

Daniel Campello Queiroz

RELAÇÃO ENTRE COMPOSITORES E EDITORAS MUSICAIS
instituições, contratos, cooperação e conflito

Rio de Janeiro – RJ

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

INSTITUTO DE ECONOMIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS,
ESTRATÉGIAS E DESENVOLVIMENTO
MESTRADO ACADÊMICO EM INOVAÇÃO,
PROPRIEDADE INTELECTUAL E DESENVOLVIMENTO

Daniel Campello Queiroz

RELAÇÃO ENTRE COMPOSITORES E EDITORAS MUSICAIS

instituições, contratos, cooperação e conflito

**Dissertação de Mestrado apresentada à
Universidade Federal do Rio de
Janeiro – UFRJ, Programa de Pós-
graduação em Políticas Públicas,
Estratégias e Desenvolvimento, para a
obtenção do Título de Mestre em
Inovação, Propriedade Intelectual e
Desenvolvimento**

Daniel Campello Queiroz

RELAÇÃO ENTRE COMPOSITORES E EDITORAS MUSICAIS

instituições, contratos, cooperação e conflito

Dissertação apresentada ao Corpo Docente do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do Título de MESTRE em Ciências, em Políticas Públicas Estratégias e Desenvolvimento

Orientador: Professor Doutor Ronaldo Fiani

Aprovado em:

Banca examinadora

Professor Doutor Denis Borges Barbosa

Instituição: Universidade Federal do Rio de Janeiro

Assinatura:

Professor Doutor Cláudio Lins de Vasconcelos

Instituição: Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Assinatura

Campello Queiroz, Daniel. Relação entre investidores e criadores na área da música – instituições, contratos, cooperação e conflito. Daniel Campello Queiroz – Rio de Janeiro – UFRJ, 2012.

Dissertação (Mestrado em Inovação, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Instituto de Economia, Programa de Pós-graduação em Políticas públicas e desenvolvimento, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2012.

1. Direito Autoral. 2. Contratos. 3. Instituições. 4. Cooperação e Conflito. I. Campello Queiroz, Daniel. II. Relação entre compositores e editoras musicais – instituições, contratos, cooperação e conflito.

Aos meus pais, Mauros e Glória. Pessoas inigualáveis. Meus heróis. Os verdadeiros heróis dessa batalha.

“Gilberto Gil, Caetano Veloso, Chico Buarque, Edu Lobo, Francis Hime, tudo formado, diplomado, doutorado, mas ninguém tem os direitos sobre as suas músicas, as editoras fazem o que querem com a obra deles, eles são roubados e não podem fazer nada, é tudo otário. Já eu, que sou o presidente da Vitória Régia Discos e da Seroma Edições Musicais, sou dono de tudo (...), posso vender, alugar, sublocar, faço o que quiser com meus direitos....e eu que sou o doidão?”

Tim Maia

“Vejo um samba ser vendido, e o sambista esquecido, o seu verdadeiro autor. Eu estou necessitado, mas meu samba encabulado, eu não vendo não senhor.”

Paulinho da Viola

Ao meu irmão Rafael, pela amizade, carinho e companheirismo de sempre.

Ao meu primo irmão Alexandre Cordeiro, pela orientação e amizade de um irmão mais velho.

Ao Professor Bruno Lewicki, amigo do Direito Autoral, amigo da vida, pela paciência e orientação.

Ao Professor Ronaldo Fiani, pelo brilhantismo e por ter aceitado orientar este trabalho, apesar do pouco tempo hábil para a tarefa.

RESUMO

Os debates sobre o tema do Direito Autoral no Brasil vieram novamente à tona com o advento da *internet* e a possibilidade de compactação, armazenamento e difusão de conteúdos protegidos por Direito Autoral por meio digital. Nesse contexto, passou a ganhar relevância a análise da relação do compositor – criador da matéria-prima da cadeia produtiva existente em torno da música – com as editoras musicais, constituída juridicamente por contratos firmados entre essas partes, bem como a interação desses contratos com as instituições pertinentes ao âmbito econômico em que ocorre essa relação, sobretudo em função do aumento dos conflitos entre compositores e editoras musicais levados ao judiciário. O aumento dos conflitos, relacionados ao fato de a interação dos contratos com as instituições darem margem aos mesmos, potencializa a existência de custos de transação, tendo em vista que a complexa divisão do trabalho que envolve toda a cadeia produtiva da música tem custos de transação associados. Assim, a descrição do ambiente institucional, dos arranjos institucionais e dos contratos dá margem à análise da interação entre esses vetores, de modo a verificar-se o porquê de haver tantos conflitos entre compositores e editoras musicais, e a se estabelecer de que modo as instituições podem atuar de modo a minorar tais conflitos. Os conceitos de organizações, instituições, custos de transação, direitos de propriedade e estruturas de governança tornam-se, desta forma, essenciais para a utilização de uma teoria das instituições como ferramenta de análise da relação entre compositores musicais. Objetiva-se demonstrar que a prática contratual nesta área não está bem definida na lei vigente, de modo que deve haver profundas mudanças na legislação. Para isso, necessário analisar as principais espécies de contrato praticadas neste mercado. O grande número de conflitos entre compositores e editoras musicais levados à solução do Poder Judiciário, bem como a descrição e análise desses conflitos, permitem verificar a necessidade de que haja uma estrutura de governança pública para mediar e arbitrar essa relação no sentido de evitar que o judiciário seja a vala comum e o único recurso a que os compositores e as editoras musicais possam ter para solução dos conflitos. Isto notadamente em função da morosidade do Poder Judiciário, e dos altos custos de transação envolvidos para se recorrer a este mecanismo de solução dos conflitos, bem como à dificuldade de se obter um julgamento especializado no tema, já que há pouquíssimas varas e câmaras especializadas em propriedade intelectual no país. Uma estrutura de governança pública e especializada com funções de mediação e arbitragem dos conflitos poderia mitigar a profusão desses, e, somada a uma melhoria da legislação, reduzir sobremaneira os custos de transação envolvidos. Fazem-se necessárias alterações na atual legislação para garantir aos compositores um reequilíbrio na relação com as editoras musicais e com estruturas de governança privadas como o ECAD, possibilitando a fiscalização do aproveitamento econômico de suas obras, garantida pela Constituição da República.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Autoral; Instituições; Editoras Musicais; Compositores; Contratos; Cooperação; Conflito; Custos de Transação.

ABSTRACT

The debates on the topic of copyright in Brazil again came to the fore with the advent of the Internet and the possibility of compression, storage and dissemination of copyright protected content via digital. In this context, it started to gain relevance of the relationship of the composer - creator of the raw material in the production chain makes existing music - with the music publishers, legally constituted by contracts between these parties and the interaction of these contracts with relevant to the economic institutions in which this relationship occurs mainly due to the increase of conflicts between composers and music publishers brought to justice. The increase in conflicts related to the fact that the interaction of contracts with institutions give the same margin, leverages the existence of transaction costs, given that the complex division of labor that involves the entire production chain of music has transaction costs associated. Thus, the description of the institutional environment, institutional arrangements and contracts gives rise to the analysis of the interaction between these vectors, so check yourself why there are so many conflicts between composers and music publishers, and to establish how institutions can act to mitigate such conflicts. The concepts of organizations, institutions, transaction costs, property rights and governance structures become thus essential for the use of a theory of institutions as a tool for analyzing the relationship between musical composers. It aims to demonstrate that the contractual practice in this area is not well defined in current law, so there must be profound changes in legislation. For this, necessary to analyze the main species of contract practiced this market. The large number of conflicts between composers and music publishers led to the solution of the Judiciary, as well as the description and analysis of these conflicts, the need for verifying that there is a governance structure for public mediate and arbitrate this relationship in order to prevent the judiciary is the mass grave and the only resource that composers and music publishers may have to solve the conflict. This mainly due to the slowness of the judiciary, and the high transaction costs involved to use this mechanism to solve the conflict, as well as the difficulty of obtaining a trial specialist in the subject, since there are very few sticks and specialized cameras intellectual property in the country. A governance structure of public and specialized functions of mediation and arbitration of disputes could mitigate such profusion, and, coupled with improved legislation, greatly reducing the transaction costs involved. The improvement of contractual instruments is necessary to create a culture of respect for copyright in Brazil. Changes are necessary in the current legislation to ensure the composers rebalancing the relationship with music publishers and private governance structures such as ECAD, enabling the monitoring of economic exploitation of their works, guaranteed by the Constitution.

KEY WORDS

Copyright; Institutions; Music Publishers; Composers; Contracts; Cooperation, Conflict, Transaction Costs

SUMÁRIO

Introdução.....	11
Capítulo 1 – Uma teoria das instituições.....	18
Capítulo 2 – O ambiente institucional e os arranjos institucionais na relação entre compositores e editoras musicais.....	44
Capítulo 3 – Contratos e conflitos entre compositores e editoras musicais.....	76
Conclusão.....	105
Referências Bibliográficas.....	110

Introdução

Tema e Objeto

O tema dos direitos autorais tem passado por importantes transformações. Para a *propriedade intelectual*, em geral, usar a palavra *crise* pode soar exagerado a alguns, mas extremamente cabível para outros. Para o *direito autoral*, em específico, além da *crise*, a expressão *em xeque* não soa exagerada para muitos jovens que trocam arquivos literários, audiovisuais e musicais através da *internet*. Este contexto é, então, a linha mestra que não apenas delimitou como, principalmente, impulsionou a elaboração da pesquisa que deu origem a esta dissertação.

É bem verdade que a instituição *direito autoral* não é questionada de forma uníssona. O advento da grande rede mundial de computadores, e a possibilidade de difusão de conteúdo através da mesma, causou uma série de questionamentos a respeito do sistema de propriedade intelectual vigente. Com a possibilidade de compactação e armazenamento de arquivos em formato digital, iniciou-se uma série de profundas transformações em relação à forma como os indivíduos consomem as obras artísticas, e sem dúvida a música foi a área que sentiu de forma mais evidente essa série de mudanças. No início dos anos 2000, jornais e veículos especializados passaram a noticiar números alarmantes que apontavam a queda das vendas físicas de músicas – principalmente de CDs – no período que alguns denominam de *a derrocada da indústria do disco* no Brasil e no mundo.

O fato é que esse cenário possibilitou uma realocação de papéis dos envolvidos na indústria cultural, o que, por essas razões, ocorreu de forma sensivelmente notória no mercado da música. Com um mercado em virtual *crise* de vendas, reduziram-se as possibilidades de investimento das gravadoras e editoras musicais, fazendo com que houvesse uma série de questionamentos, por parte dos artistas – compositores, intérpretes e outros envolvidos na cadeia produtiva –, a respeito dos instrumentos contratuais firmados com gravadoras e editoras.

Como se verá nesta dissertação, uma série de conflitos foram levados ao crivo do Poder Judiciário para serem solucionados, envolvendo principalmente compositores e editoras musicais. Houve, também, e como restará demonstrado neste estudo, uma migração das editoras musicais para o controle das receitas obtidas pelas entidades de gestão coletiva de direitos de execução pública e pelo ECAD – Escritório Central de Arrecadação e

Distribuição de Direitos Autorais –, já que esse sistema passou a ser o mais bem remunerado, tendo em vista a queda das vendas físicas. Talvez por essas razões, as editoras musicais tenham sido as que, para alguns veículos especializados, as que menos sentiram com a queda das vendas. Em 2006, por exemplo, uma matéria veiculada no jornal francês *Le Monde Diplomatique*, intitulada “Num mercado do disco acidentado, a edição musical está com boa saúde” – divulgada pelo site UOL – informa que, *enquanto as gravadoras colecionaram perdas, as editoras musicais, muito ao diverso, apresentam níveis estáveis de faturamento.*¹

Dentro deste cenário, abordado nesta introdução de forma intuitiva e apenas para contextualizar a discussão que se propõe, esta dissertação tem como objeto estudar, especificamente, *a relação entre compositores e editoras musicais*, com vistas a avaliar de que forma as *instituições* e os *contratos* firmados entres essas partes interagem, para verificar se esta interação dá margem a uma potencialização da cooperação ou do conflito entre as partes dessa relação.

Importância da pesquisa

Como exposto, o advento do digital reintroduziu o tema da Propriedade Intelectual, em geral, e do Direito Autoral, em específico, na agenda de discussões de políticas públicas relevantes para o desenvolvimento do país. De forma oportuna, o Estado brasileiro passou a tomar, a partir de 2007, uma série de atitudes no sentido de rediscutir a legislação pertinente ao Direito Autoral, iniciativa esta que teve como ponto basilar a realização de uma série de debates em torno da questão, intitulado de *Forum Nacional de Direito Autoral*². Este forum realizou mais de duas dezenas de palestras e atividades de discussão da Lei brasileira de Direito Autoral, a Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que redundaram na formulação de um projeto de reforma da legislação brasileira de Direito Autoral. Assim, o momento de formulação e finalização desta pesquisa coincide com o momento de proposição de uma reformulação da legislação brasileira, impulsionada pela alteração substancial na dinâmica da indústria da música ocorrida em consequência do advento do digital.

Dentro desse contexto, esta dissertação, centralizada na relação entre compositores e editoras musicais, é dotada de importância no sentido de que seu conteúdo pode ser utilizado como substrato para a verificação da possibilidade de alterações legislativas, que levem em

¹ Disponível em: <http://bit.ly/Y1pF9j>

² A descrição e o conteúdo das discussões do Forum encontram-se disponíveis em: <http://bit.ly/c3VNha>

conta a formulação de políticas públicas voltadas aos compositores musicais. Isso notadamente no que se refere às grandes dificuldades financeiras enfrentadas, no Brasil, por alguns dos grandes expoentes do ofício da criação da matéria prima com a qual toda a cadeia produtiva da música é fomentada.

Objetivos da pesquisa

Importante esclarecer que esta pesquisa está inserida em um programa interdisciplinar, de modo que seus objetivos envolvem a área econômica e a área jurídica. Nesse sentido, a questão central a ser analisada, ao se estudarem as consequências da interação entre *instituições* e *contratos*, verificando a existência de cooperação e conflito, tem alguns objetivos. O primeiro deles, com viés exploratório, consiste em elaborar um panorama do mercado de música no Brasil, buscando-se levantar uma perspectiva histórica da relação entre compositores e editoras musicais, concentrando a análise no período que vai dos anos 1990 até a primeira década dos anos 2000, período em que foi notória uma série de transformações nesse mercado. O intuito é conhecer e mapear as relações econômicas entre os agentes nesse setor da economia, com a função de fomentar o objetivo geral da pesquisa. Além deste, a dissertação tem o objetivo descritivo de estudar as características dos contratos relativos à relação entre editoras musicais e compositores no Brasil; procurando identificar fontes de conflitos e, assim, de custos de transação.

Com vistas a fundamentar os conceitos econômicos utilizados nesta dissertação, é um dos objetivos exploratórios centrais do estudo apresentar uma teoria econômica das instituições em que se baseia a análise da interação entre *instituições* e *contratos*. Assim, os conceitos de *instituições* – ambiente institucional, arranjos institucionais –, *custos de transação* e *estruturas de governança* são detalhados para darem sustentação teórica à análise dos aspectos jurídicos envolvidos na análise da relação entre compositores e editoras musicais.

Nesse aspecto, é um objetivo descritivo desta pesquisa elaborar um detalhamento do *ambiente institucional* e dos *arranjos institucionais* em que se insere a atividade econômica engendrada em torno da música no Brasil. São abordadas as leis que formam o *ambiente institucional*, bem como as estruturas de governança privadas que atuam no setor, quais sejam as editoras musicais e as entidades de gestão coletiva de direitos autorais de música, com ênfase ao sistema ECAD, escritório central de arrecadação e distribuição de direitos autorais.

Outro objetivo da pesquisa é o de descrever e analisar, de forma sistemática, os tipos de contratos firmados entre compositores e editoras musicais, apresentando-se sua natureza jurídica, e seus reflexos. Ainda, são descritos e analisados casos de conflitos de interesse ajuizados entre compositores e editoras musicais; conflitos estes que surgem em regra por demanda dos criadores, visando, por um lado, à retomada do controle econômico de suas obras, e, por outro, à rescisão de contratos de exclusividade com mecanismos de recuperação de adiantamento concedidos pelas editoras. Esta análise terá destaque com a função de explicar como as *estruturas de governança* e os *contratos* interagem com o arcabouço jurídico relacionado aos direitos autorais, gerando uma série de conflitos de interesse, o que redundará no aumento dos custos de transação e, em consequência, prejudica a cooperação entre os *players* desse mercado

Como a dissertação está organizada

Esta dissertação é subdividida em três capítulos, criando-se, por meio do método dedutivo – do mais geral para o mais específico – a estrutura para as análises propostas. Dessa forma, o capítulo 1 é destinado a abordar a teoria econômica das instituições na qual esta pesquisa é baseada. Essa teoria é formulada com base na Teoria dos Custos de Transação de Williamson, de modo que o capítulo 1 é destinado a explicar os conceitos de *instituições*, *ambiente institucional*, *arranjos institucionais*, *custos de transação* e *estruturas de governança*. O capítulo 1, dessa forma, é a base conceitual que é utilizada como ferramenta nos demais capítulos da dissertação.

Após terem sido estabelecidos o referencial teórico e os conceitos econômicos, no capítulo 1, o capítulo 2 destina-se a descrever *i) o ambiente institucional* em que ocorre a relação entre compositores e editoras musicais – isto é, a Constituição da República, o Código Civil e a Lei de Direito Autoral –; e *ii) as estruturas de governança* que formam os *arranjos institucionais* em que essa relação ocorre – quais sejam as editoras musicais, e o ECAD e as entidades de gestão coletiva de direitos de execução pública de música.

Assim, tendo sido explicitado o cenário em que a relação entre compositores e editoras musicais se dá, o capítulo 3 tem por objetivo descrever a estrutura de governança pública existente no Brasil até o início dos anos 1990 – o Conselho Nacional de Direito Autoral –, de modo a introduzir-se a descrição dos tipos de contrato *mais comuns* de serem firmados entre compositores e editoras musicais, os reflexos oriundos desses contratos para

os compositores, e apresentarem-se os casos de conflitos decorrentes de cada um desses reflexos, em conjunto com as soluções do Poder Judiciário para os casos apresentados.

Resultados esperados

Como afirmado a respeito da importância desta pesquisa, espera-se, inicialmente, a partir da análise da interação entre as *instituições* e os *contratos* firmados entre compositores e editoras musicais, verificar se essa interação dá origem a uma potencialização da cooperação entre as partes, ou dá margem a um aumento de conflitos. Além disso, há o intuito de que esta pesquisa possa ser utilizada como fonte de subsídios para a verificação da natureza jurídica dos contratos firmados em maior quantidade na indústria editorial de música, bem como possibilidade de verificação dos reflexos a que o conteúdo desses contratos submete a parte hipossuficiente nesta relação, que são os compositores.

Nada obstante, como também já expressado, espera-se que esta pesquisa possa de alguma forma servir como subsídio para a formulação de políticas públicas relacionadas ao Direito Autoral no Brasil. Objetiva-se demonstrar a necessidade de novas políticas públicas que envolvam tanto a reformulação da legislação, em função da alteração substancial no contexto da indústria da música – o que é abordado neste estudo como um problema *ex ante* à formulação e formação das relações contratuais –; como quanto à necessidade de se criar uma estrutura de governança pública para coordenar a atividade econômica e atuar na mediação e arbitragem de conflitos – o que se denomina na pesquisa como um problema *ex post* à formalização da relação entre compositores e editoras musicais.

Passa-se, então, ao capítulo 1, em que será apresentada a teoria das instituições que é utilizada como referencial econômico nesta dissertação.

Capítulo 1 – Uma teoria das instituições

Introdução

Este capítulo tem por objetivo estabelecer o referencial teórico, oriundo da teoria econômica, em que a análise proposta nesta dissertação é fundamentada. Trata-se de definir de que forma os conceitos econômicos devem ser interpretados, com vistas à compreensão do objeto da pesquisa. Como se trata de uma dissertação elaborada em uma abordagem multidisciplinar, levando em consideração que o tema e o conteúdo têm viés fortemente jurídico, é importante estabelecer, com vistas a possibilitar a compreensão dos conceitos econômicos, de que maneira e em que bases o ferramental de análise interage com o viés jurídico para dar origem ao objeto da pesquisa.

Dessa forma, importante salientar que a abordagem adotada nesta dissertação está centrada na interação que ocorre entre *instituições*, *estruturas de governança*, e *contratos* relativos à relação entre compositores e editoras musicais, e de que forma essa interação resulta em um maior grau de cooperação ou de conflito entre os envolvidos. Para tanto, considera-se que a existência de conflitos nesta relação resulta em *custos de transação*, que tendem a se elevar em ambiente de disputa, e a se reduzir em ambiente de cooperação. Por isso, este primeiro capítulo tem a função de explicar cada um dos referidos conceitos econômicos, de modo que as seções que o compõem são destinadas a abordá-los separadamente, para que ao final fique estabelecido de que forma a interação entre esses conceitos conduz à análise proposta como objeto desta dissertação.

Assim, na seção 1.1, estabelece-se o conceito econômico de *instituições*. Essa definição está centrada **i)** na distinção entre a abordagem econômica deste conceito, em relação à forma como é utilizado no cotidiano de outras áreas, em que *instituições* são muitas vezes confundidas com *organizações*, de modo que reste claro que aquelas e estas têm significados diferentes, e devem ser interpretadas à luz das definições aqui apresentadas para a correta interpretação deste estudo; **ii)** na diferença entre as *instituições formais* e as *instituições informais*, distinção esta que tem fundamental importância para este estudo, na medida em que se buscará fundamentar o argumento de que a predominância de *instituições informais* no mercado brasileiro de música tende a dar margem a conflitos entre autores e editoras musicais; e **iii)** em uma explicação mais aprofundada sobre os conceitos de *ambiente institucional* e de *arranjo institucional*, demonstrando-se que o ambiente é o cenário mais

geral em que se formam os arranjos como forma de possibilitar as transações entre os agentes.

Já a seção 1.2 tem por objetivo abordar o conceito de *custos de transação*; abordagem que é baseada na Teoria dos Custos de Transação, de Oliver Williamson. Pretende-se, essencialmente, delimitar o conceito de *custos de transação* à teoria que os considera como uma resultante da divisão do trabalho, em determinado setor da economia, em contraponto à teoria que associa os *custos de transação* a *direitos de propriedade*. É importante salientar que há uma distinção entre o uso da expressão *direitos de propriedade* nas ciências econômicas e nas ciências jurídicas; por isso, a segunda seção tem por objetivo, também, esclarecer esta distinção. Justifica-se essa necessidade na medida em que se trata de uma dissertação em que o tema do Direito Autoral é central e, visto que esta natureza de direito está elencada no conjunto mais amplo dos direitos de propriedade intelectual – para uma parcela da doutrina jurídica –, faz-se ainda mais necessário se compreender a distinção.

Na seção 1.3, trata-se do terceiro conceito econômico fundamental que norteia esta dissertação: o conceito de *estruturas de governança*. Aborda-se o enfoque moderno das *instituições* que delimita o conceito de *estruturas de governança*, aplicando-o ao objeto da pesquisa, isto é, de modo a determinar quais são as *estruturas de governança* que atuam na relação entre compositores e editoras musicais. Dessa forma, objetiva-se estabelecer o referencial teórico que permitirá verificar qual é a *estrutura de governança* em que essa relação ocorre, descrevendo-se de que forma as transações são negociadas e executadas tomando por base esta estrutura. Para estudar esta estrutura de governança, é preciso especificar quais os agentes envolvidos nas transações que dizem respeito às utilizações econômicas das obras musicais e descrever que tipo de interações podem ocorrer entre estes. Isso, levando-se em consideração que essas transações ocorrem em um ambiente institucional específico, o que dá margem à formação dos arranjos institucionais existentes no mercado brasileiro de direitos autorais de música.

Este capítulo tem, ainda, uma seção de conclusão, em que são revisados, de forma sintética, os conceitos econômicos abordados, apontando-se de que modo a interação entre esse conceitos com as questões jurídicas a serem abordadas dará margem aos próximos dois capítulos do trabalho. Essa pequena seção de conclusão tem importância como forma de situar o leitor na transposição entre este primeiro capítulo, cujo viés é eminentemente econômico, com os dois próximos capítulos, em que serão abordadas as *instituições*, as

estruturas de governança e os *contratos*; capítulos que têm um viés fortemente jurídico. Como se trata de uma abordagem multidisciplinar, é importante que haja uma transposição natural, o que justifica a seção de conclusão.

Passa-se, então, à descrição do conceito de instituições, na seção 1, que é o conceito mais geral a ser abordado. Após esse, descreve-se o conceito de *custos de transação*, na seção 2, conceituação esta que dará margem à abordagem mais específica que é feita na seção 3, em que são apresentadas as *estruturas de governança*. Uma seção final conclui o capítulo, apresentando os próximos passos deste trabalho. Por meio dessa apresentação, partindo do geral para o mais específico, objetiva-se dotar o leitor do ferramental necessário para o entendimento da análise específica proposta nos capítulos seguintes da dissertação.

1.1 Instituições

O fato é que um sistema econômico engendra um desafio, que é oriundo da complexidade envolvida em sua existência, e que surge em razão de os recursos serem escassos, e a vontade humana ser ilimitada. Em relação ao objeto desta dissertação, na relação entre editoras musicais e autores – compositores de obras musicais com ou sem letra –, é bastante claro que ambos têm o mesmo objetivo: fazer com que as obras musicais alcancem o maior proveito econômico possível. Porém, este não é o único objetivo de ambos, e a partir do momento em que se identificam interesses conflitantes entre os agentes envolvidos, surge a necessidade de se estabelecer uma coordenação para que os conflitos, naturalmente gerados pelas atividades econômicas que envolvem esses agentes, possam ser atenuados.

Ocorre que o entendimento de que a coordenação é necessária para induzir a cooperação entre os agentes não condiz com a abordagem da teoria econômica convencional. Tomando por base o princípio de que mercados perfeitamente competitivos são capazes de solucionar as questões, a teoria econômica convencional não tem conseguido responder aos problemas gerados pela predominância de conflitos em determinado sistema econômico. Fiani (2011) explica a questão da teoria econômica convencional na análise dos mercados:

“(…) a teoria econômica convencional focaliza sua atenção em um tipo particular de mercados: os mercados perfeitamente competitivos. Não que ela não admita outros tipos de mercados, ou seja, mercados imperfeitamente competitivos. Mas quando se

trata de estudar o sistema econômico como um todo, a sua maior construção teórica – a Teoria do Equilíbrio Geral – supõe que há mercados para todos os produtos (hipótese de mercados completos) e que eles são perfeitamente competitivos.³

Nesse sentido, entregar a coordenação das atividades econômicas apenas aos mercados é presumir que todas as atividades engendradas em torno das mais diversas atividades econômicas teriam seu funcionamento eficiente, se houvesse uma competição perfeita no transcorrer das transações. Porém, não é necessário maior esforço para perceber que no mercado de música, por exemplo, há uma série de transações que ocorrem sem que seja possível haver uma competição perfeita. Sob a alegação de que exercer uma coordenação seria uma intervenção forçada, muitos são os adeptos, na área da música, de que a existência de coordenação neste mercado, por parte de instituições e estruturas de governança estatais, seria uma intervenção em direitos eminentemente privados.

Em “*ECADonomics – understanding the brazilian unique model of collective rights management*”⁴, Gandelman e Page (2010) afirmam que a ocorrência de uma *intervenção* poderia causar anomalias econômicas em determinado mercado:

*“As any regulator should know, there are good and bad forms of competition and the notorious ‘waterbed effect’ can mean that pushing down with an intervention in one part of the market can cause economic anomalies to rise up elsewhere.”*⁵

Importante salientar que os articulistas Gandelman e Page citados são dirigentes de associações de gestão coletiva no Brasil – a primeira autora – e na Inglaterra – o segundo; associações essas que, como se verá nesta dissertação, são estruturas de governança constituídas para cobrar e distribuir os valores arrecadados com a execução pública de obras musicais, e que, com a crise nas vendas de discos, passaram a ser uma das mais importantes fontes de receitas das editoras musicais. No Brasil, contudo, tais estruturas se posicionam de forma fortemente contrária à criação de uma estrutura de governança estatal para fiscalizar suas atividades, o que tem dado margem a uma série de discussões a respeito do tema.

O fato é que o referencial teórico em que está fundado este estudo, muito ao diverso de compreender o uso das *instituições* como uma intervenção feita a *fórceps*, estabelece que

³ FIANI, Ronaldo. *Cooperação e Conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁴ GANDELMAN, Marisa; PAGE, Will - *ECADonomics – understanding the brazilian unique model of collective rights management* – 2010 – disponível em www.prsformusic.com/economics

⁵ “Como qualquer regulador deveria saber, existem formas boas e más de concorrência, e o notório ‘efeito colchão d’água’ pode significar que forçar uma intervenção em uma parte do mercado pode causar anomalias econômicas que podem ocorrer em outra parte.”

as *instituições* têm fundamental importância, na medida em que para Fiani (2011, p.2) “todo sistema econômico (...) enfrenta o mesmo problema básico: como coordenar as atividades que empregam recursos disponíveis de forma a aumentar o bem-estar social, reduzindo os conflitos naturalmente gerados pela atividade econômica?” A resposta a esta indagação é dada por Douglas C. North, em seu estudo “*Institutions, institutional change and economic performance*”⁶. Logo na introdução de seu trabalho, North (1990, pp. 3-4) constrói uma imagem, comparando a vida em sociedade, e as regras para discipliná-la, a um jogo esportivo de competição:

*“Institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction (...) They are perfectly analogous to the rules of the game in a competitive team sport.”*⁷

Então, as *instituições* são, nas palavras de North (1990), as restrições, isto é, as regras do jogo criadas pelos indivíduos para disciplinar sua relação e suas interações em sociedade, que, em sua imagem, são análogas às regras de um esporte competitivo por equipes, como o futebol. Douglas C. North, economista norte-americano ganhador do prêmio Nobel de 1993, estabelece, como tese central de seu trabalho, que as *instituições* podem auxiliar na coordenação dos sistemas econômicos, de modo a reduzir o que denomina de *incertezas oriundas das relações humanas*. Para North (1990, p. 1), as *instituições* tornam possível a captura dos ganhos oriundos das transações:

*“All human interaction is characterized by pervasive uncertainty, which manifests itself in transaction costs to exchange. Institutions are a way to reduce this uncertainty and make it possible to capture gains from trade. Institutions can be informal (norms of behavior, societal codes of conduct) or formal (laws, rules). Both forms involve enforcement, and as society becomes more complex, the need for third-party enforcement arises. This role is played by the state with its coercive powers. A major issue then, becomes the credible commitment by the polity not to abuse its force.”*⁸

Além de estabelecer o marco de sua tese, que estabelece que os indivíduos elaboram

⁶ NORTH, Douglas C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

⁷ “Instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, são as restrições inventadas pelos indivíduos para disciplinar a interação humana (...) Eles são perfeitamente análogas às regras do jogo em um esporte competitivo de equipe.”

⁸ “Toda a interação humana se caracteriza pela incerteza generalizada, que se manifesta em custos de transação. As instituições são uma maneira de reduzir essa incerteza e tornar possível capturar ganhos com as atividades econômicas. As instituições podem ser informais (normas de comportamento, os códigos sociais de conduta) ou formais (leis, regras). Ambas as formas envolvem níveis de obrigatoriedade, e à medida que a sociedade se torna mais complexa, a necessidade de que terceiros cumpram as regras aumenta. Este papel é desempenhado pelo Estado com seus poderes coercitivos. Uma questão importante, então, torna-se o compromisso do governo de não abusar da sua força”

regras com o objetivo de promover a cooperação e, em consequência, buscando a redução dos conflitos decorrentes das suas relações, essa sumarização da tese central de North (1990) expõe, também, duas importantes questões, que serão debatidas mais à frente neste capítulo: as *instituições formais* e *instituições informais*, bem como o *enforcement* – isto é, a capacidade coercitiva das regras – que essas instituições têm. Contudo, antes dessa distinção, North (1990, p. 4) considera crucial para a compreensão das *instituições* a distinção entre estas e as *organizações*.

Instituições e Organizações

Para distinguir o conceito de *instituições* de sua aplicação cotidiana, isto é, da confusão que em geral se faz entre este conceito e a ideia de que o mesmo se refere a *organizações*, North (1990, p. 4) explica que assim como as instituições, as *organizações* provêm as estruturas para que as interações humanas ocorram. De fato, quando se utiliza o termo *instituição* como forma genérica de se referir a uma empresa, a um partido político ou até mesmo a uma religião, por exemplo, em verdade se está referindo a uma *organização*, e não a uma *instituição*, da forma como proposto pela Teoria dos Custos de Transação. Apesar de ser comum que essas *organizações* sejam denominadas cotidianamente de *instituições*, em verdade se tratam de grupos de pessoas que determinam, entre si, suas regras específicas, visando à ação coletiva desses grupos.

Já as *instituições*, como explica North (1990), são exatamente essas regras específicas, que determinam de que forma podem se dar as interações sociais, isto é, as regras que as *organizações* criam de modo a disciplinar a forma como suas ações podem ocorrer. Assim, são *instituições*, por exemplo, as leis aplicáveis em determinada sociedade ou grupo de sociedades, os usos e costumes correntes nas próprias *organizações*, isto é, o regramento que conduz a relação entre as pessoas dentro das *organizações*. O estatuto de um partido político, bem como as regras elaboradas em uma assembleia de condomínio, por exemplo, são as *instituições* que determinam de que forma se dará a relação entre os agentes das *organizações* e as demais estruturas da sociedade. North (1990) destaca os seguintes exemplos de *organizações*:

“Organizações incluem os corpos políticos (partidos políticos, o Senado, a prefeitura, uma agência regulatória), os corpos econômicos (empresas, uniões de comércio, fazendas familiares, cooperativas), os corpos sociais (igrejas, clubes, associações atléticas), e os corpos educacionais (escolas, universidades, centro de

orientação vocacional).”⁹

Estabelecida, então, a diferença entre o conceito de *organizações* e o de *instituições*, North (1990) explica outra distinção conceitual relevante, que é referida na tese central de seu trabalho, e se dá entre as *instituições formais* e as *instituições informais*. Como expressado, esta distinção é muito aplicada neste trabalho, na medida em que se busca fundamentação para o argumento de que, no mercado brasileiro editorial de música, a forte presença de *instituições informais* gera, para os agentes, um ambiente que propicia a ocorrência de uma série de conflitos de interesse, dentre os quais se destacam os conflitos entre autores e editoras musicais, que são o objeto central desta dissertação.

Instituições Formais e Instituições Informais

Dessa maneira, como forma de diferenciar as *instituições formais* e as *instituições informais*, North (1990, p. 1) afirma, no princípio de seu trabalho, que ambas as *instituições* possuem mecanismos de *enforcement*; porém, o nível de obrigatoriedade de cumprimento das regras do jogo é a questão central que diferencia as *instituições formais* das *informais*. Vale lembrar que os mecanismos de *enforcement* são a força que sujeita os indivíduos a seguir as regras, isto é, a capacidade coercitiva que essas regras têm para serem cumpridas. As *instituições informais*, então, são as regras que têm origem no comportamento oriundo do convívio social, na forma como firmas e investidores fazem negócios em determinado mercado, determinando sua obediência a partir de convenções surgidas de práticas de mercado, o que origina um menor nível de *enforcement* dessas regras.

Já as *instituições formais*, como define Mantzavinos (2001, pp. 84-85), “impõem obediência por meio de lei, enquanto as instituições informais não necessitam do Estado para impor obediência.”¹⁰ É nesta *obediência* às regras do jogo que se observa a questão da necessidade de coordenação por meio de instrumentos que a imponham por força de lei. No mercado brasileiro de música, por exemplo, e como se verá adiante nesta dissertação, a forma como a disciplina contratual se construiu pode ser considerada uma *instituição informal*, uma vez que foi instituída mais a partir da prática do que com base na Lei do Direito Autoral (Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 – adiante LDA). Como se demonstrará neste estudo, os contratos muitas vezes vão de encontro à letra da própria LDA, notadamente pelo fato de não

⁹ Id, *ibid*

¹⁰ MANTZAVINOS, Chrysostomos. *Individuals, institutions and markets*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

haver na própria lei uma estruturação específica e clara a respeito dos contratos entre autores e editoras musicais.

North (1990, p. 37), define os *informal constraints* para explicar a importância dos mecanismos de *enforcement* no cumprimento das regras do jogo:

“Informal constraints (...) come from socially transmitted information and are part of culture. They are not mere extensions of formal rules and will not change immediately in reaction to such rules. These constraints arise from the need to structure interaction and reduce uncertainty but we still don't have a good explanation of how it happens.”¹¹

Fiani (2011, p. 3) explicita outras duas definições para *instituições*: a primeira, de Furobotn e Richter (1998, p. 6), em que os autores afirmam que “uma instituição será definida como um conjunto de regras formais e informais, incluindo os arranjos que garantem a sua obediência.”; e a segunda, de Schmid (2004, p.1), em que o autor afirma que “Instituições são relações humanas que estruturam oportunidades por meio de restrições e capacitações”. Uma síntese para essas definições apresentadas sugere que a matriz do conceito de *instituições* consiste em definir as restrições ao que os indivíduos podem fazer em sociedade. Assim, *instituições* são as regras e as restrições que atuam de forma a organizar a sociedade, de modo geral, e determinado sistema econômico, mais especificamente. Como neste texto se faz um recorte específico – que é o mercado brasileiro de música, e a relação entre criadores e investidores neste mercado – consideram-se como as *instituições formais* aplicáveis a Constituição da República, o Código Civil brasileiro e a Lei de Direito Autoral. Importante ressaltar que não se pretende desconsiderar a existência de *instituições informais* no mercado brasileiro de direitos autorais de obras musicais; muito antes ao contrário, se verá, como explicitado, que uma série de regras contidas nos contratos é oriunda de convenções entre as partes.

Essas *instituições formais* constituem o *ambiente institucional* em que são construídos os *arranjos institucionais* em que as transações se dão. Portanto, delimitado o uso dos termos *instituição formal* e *instituição informal*, bem como a distinção entre *instituições* e *organizações*, é de fundamental importância, para a compreensão deste estudo,

¹¹ “Restrições informais (...) advêm de informações transmitidas socialmente, fazendo parte da cultura. Essas restrições não são meras extensões de regras formais e não mudam imediatamente em reação a tais regras. Essas restrições surgem a partir de uma necessidade de ‘estruturar’ a interação e reduzir a incerteza entre as pessoas, mas ainda não temos uma boa explicação de como isso acontece”.

estabelecerem-se os limites entre os conceitos de *ambiente institucional* e *arranjo institucional*.

Ambiente Institucional e Arranjo Institucional

Lance E. Davis e Douglass C. North, na obra *Institutional change and american economic growth*¹², definem com clareza a distinção entre os dois conceitos, que são diferenciados por uma linha bastante tênue. Os autores estabelecem, logo no princípio da obra, dedicada a estudar a influência das instituições no desenvolvimento econômico, algumas definições importantes para a compreensão dessa influência. Nesse sentido, Davis e North (1971, pp. 6-7) definem ambiente institucional – *institutional environment* – e arranjo institucional – *institutional arrangement* –, nos termos em que devem ser compreendidos nesta dissertação. Primeiro, estabelecem que o *ambiente institucional* é constituído pelas regras gerais que comandam as relações entre os agentes em uma dada sociedade, como as leis que definem como deve ocorrer uma eleição, ou de que forma devem ser redigidos os contratos:

*“The institutional environment is the set of fundamental political, social and legal ground rules that establishes the basis for production, exchange, and distribution. Rules governing elections, property rights, and the right of contract are examples of the type of ground rules that make up the economic environment.”*¹³

Já os arranjos institucionais especificam as regras originadas do *ambiente institucional*; regras essas que, em conjunto com as organizações envolvidas no setor, dão origem às denominadas *estruturas de governança*, cujo conceito será definido na seção 3 deste capítulo. Davis e North (1971, p. 7) não só definem os *arranjos institucionais*, como apontam os objetivos que devem ser alcançados em uma sociedade a partir da estruturação desses arranjos:

“An institutional arrangement is an arrangement between economic units that govern the ways in which these units can cooperate and/or compete. The institutional arrangement is probably the closest counterpart of the most popular use of the term ‘institution’. The arrangement may be either formal or an informal one, and it may be temporary or long-lived. It must, however, be designed to accomplish at least one of the following goals: to provide a structure within which its members can cooperate to obtain some added income that is not available

¹² DAVIS, Lance E.; NORTH, Douglass C. *Institutional change and american economic growth*. Cambridge: Cambridge University Press, 1971.

¹³ “O ambiente institucional é o conjunto de regras fundamentais no terreno político, social e jurídico que estabelece as bases para a produção, distribuição e trocas. Regras que regem as eleições, direitos de propriedade, e o direito do contrato são exemplos do tipo de regras básicas que compõem o ambiente econômico.”

outside the structure; or to provide a mechanism that can effect a change in laws or property rights designed to alter the permissible ways that individuals (our groups) can legally compete.”¹⁴

Nota-se, portanto, que, baseados nas regras da matriz institucional de determinada sociedade, os agentes constroem arranjos institucionais em que as regras do jogo se aplicam. Como didaticamente sintetiza Fiani (2011, p. 95):

“O ambiente institucional define as regras gerais que presidem as relações em uma dada sociedade, e que servem de base exatamente para que os agentes constituam estruturas de governança como arranjos institucionais específicos para dar conta de transações particulares”.

Em uma sociedade em que houvesse apenas *instituições formais*, por exemplo, a organização do sistema econômico se daria da seguinte forma: teríamos as leis – *instituições formais* – que são o ambiente institucional nos quais serão formadas as *estruturas de governança* – a partir de arranjos institucionais –, nas quais ocorrem as transações que são formalizadas por meio de contratos, estabelecendo os limites da relação jurídica expressada nos mesmos.

Definida, portanto, a forma como o conceito de *instituições* deve ser compreendido nesta dissertação, bem como alguns conceitos correlatos à definição de *instituições*, passa-se ao estudo dos *custos de transação*, de modo a se definir de que modo esse conceito deverá ser interpretado para a compreensão do estudo que deu origem a esta dissertação. O conceito de *custos de transação*, inclusive, foi indiretamente abordado nesta seção, tendo em vista que os mesmos resultam da ausência de coordenação em determinado mercado, quando passa a prevalecer o conflito em detrimento da cooperação. Isso, levando-se em conta que os *custos de transação* estão relacionados aos custos que as instituições geram para a economia, de modo que o estudo dos *custos de transação* se segue naturalmente ao estudo econômico das *instituições*. A próxima seção tem por objetivo abordar o conceito de *custos de transação*, bem como delimitá-lo para a correta compreensão neste estudo.

¹⁴ “Um arranjo institucional é um arranjo entre unidades econômicas que regem as maneiras pelas quais essas unidades podem cooperar e/ou competir. O arranjo institucional é provavelmente o mais próximo do uso mais popular do termo "instituição". O arranjo pode ser formal ou um informal, e pode ser temporário ou de longa duração. Deve, contudo, ser concebido para realizar pelo menos um dos seguintes objetivos: proporcionar uma estrutura dentro da qual os seus membros possam cooperar para obter algum rendimento adicional e que não está disponível fora da estrutura, ou para proporcionar um mecanismo que possa efetuar uma mudança em leis ou direitos de propriedade destinados a alterar as formas admissíveis nas quais os indivíduos (os grupos) podem concorrer legalmente.”

1.2 Custos de Transação

De acordo com Fiani (2011, p. 59), “Promover a cooperação significa, simultaneamente, reduzir as possibilidades de conflito”. A cooperação reduz os custos de determinada transação, tendo em vista que esses custos são consideravelmente aumentados com a ocorrência dos possíveis conflitos nas transações, correntes em função da divisão do trabalho na economia. Expressado de outra forma, o fato de que há uma divisão de tarefas entre empresas e setores na economia, ou seja, de que o sistema econômico não é gerido por uma única organização integrada, cria um potencial de conflitos que pode afetar o funcionamento do sistema econômico. Ocorre, porém, que há uma grande parcela dos economistas, notadamente os que se alinham à tese de que uma economia organizada apenas por mercados seria bastante para coordenar o sistema econômico, que adotam o entendimento no sentido de que para as possibilidades de conflito serem reduzidas, bastaria que houvesse direitos de propriedade bem definidos; economistas estes que têm como expoentes o grupo denominado de a Escola de Chicago de *law and economics*.

Nesse sentido, direitos de propriedade bem definidos em uma relação contratual, o que significa dizer uma definição antecipada de todas as possibilidades de conflito, bem como o estabelecimento de solução para todos eles com uma alocação eficiente dos ganhos e das perdas entre as partes em cada situação, solucionariam o problema dos *custos de transação*. Deste ponto de vista, problemas de custos de transação decorreriam simplesmente de direitos de propriedade mal definidos. Desde logo, então, importante salientar que esta dissertação não considera como referencial teórico a tese de que os *custos de transação* são custos associados apenas à falta de uma definição exaustiva dos direitos de propriedade. Optou-se, neste estudo, por considerar, e tomar como referencial teórico, o conceito de *custos de transação* como associados à divisão técnica do trabalho no sistema econômico. No mercado de música, por exemplo, é clara a divisão do trabalho em torno da circulação das obras musicais produzidas pelos compositores.

O compositor, é bem verdade, pode se confundir com a figura do intérprete – e tal fato tem sido corrente no Brasil, sobretudo após a queda das vendas físicas –; no entanto, em geral o intérprete é o artista que fixa a obra do compositor em um fonograma (ou gravação). Um conjunto de fonogramas dá origem a um produto fonográfico, com ou sem imagem (por exemplo, um CD ou DVD). Essa divisão do trabalho entre autores e intérpretes dá origem a

duas outras figuras importantes: o editor musical e o produtor fonográfico (também conhecido como gravadora). Em tese, o papel do editor musical é o de adquirir as obras musicais do autor, e posteriormente atuar na divulgação e licenciamento dessas obras musicais.

O papel da gravadora, por outro lado, é o de contratar o intérprete e investir na produção e gravação dos fonogramas, que posteriormente serão vendidos em grupo (CD, LPs, DVDs), ou, como tem ocorrido nos últimos anos, vendidos e baixados (muitas vezes gratuitamente) por meio da *internet*. Assim é que a divisão do trabalho, no que se refere à produção do conteúdo, tem duas figuras exercendo o papel de investidores – editoras musicais e gravadoras –, e duas outras no papel de criadores – compositores e intérpretes. Desse modo, toda essa cadeia produtiva engendrada em torno da exploração econômica das obras musicais dá origem, como explicitado, a uma complexa divisão do trabalho, que, dependendo do cenário em que ocorram, ocasiona cooperação ou conflitos. Caso haja conflitos, os *custos de transação* são aumentados tendo em vista que a existência dos conflitos demanda dispêndio pelas partes para uma atuação nesses conflitos de modo a garantir soluções que sejam mais adequadas às mesmas.

No Brasil, é corrente a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para a solução de conflitos que envolvem os direitos dos autores, e esta dissertação se dedica ao estudo dos conflitos correntes entre autores e editoras musicais. No entanto, muitos economistas apontam uma relação direta entre esses conflitos e a definição dos direitos no instrumento que formaliza a relação, qual seja, o contrato; como se a correta delimitação dos direitos nesses instrumentos pudessem dirimir todas as possibilidades de conflito, reduzindo a possibilidade de haver *custos de transação* oriundos desses conflitos. Ronald Coase foi o primeiro autor a analisar a relação entre custos de transação e direitos de propriedade, no famoso artigo “*The problem of social cost*”¹⁵. Coase (1960), na primeira parte desse artigo, elabora uma argumentação de acordo com a qual se não houver custos de transação na negociação dos direitos de propriedade – isto é, se os mercados para a negociação dos direitos funcionarem adequadamente – bastaria atribuir com clareza os direitos de propriedade para eliminar qualquer problema de ineficiência no sistema econômico, especialmente aquelas derivadas de externalidades (ganhos ou perdas geradas sobre um agente por outro sem que haja

¹⁵ COASE, Ronald H. *The Problem of social cost*. *Journal of law and economics*. Chicago, v. 3, pp. 1-44, 1960. Disponível em www.coase.org

compensação).

Isto porque, independentemente de a quem fosse concedido o direito em questão, ele sempre acabaria por ser adquirido pelo agente que mais valorizasse o direito, desde que o mercado para isso funcionasse adequadamente. Logo, deste ponto de vista, se há custos de transação – isto é, se os agentes não conseguem se apropriar dos ganhos ou serem ressarcidos por todos os custos resultantes dos direitos de propriedade, é porque os direitos não foram bem definidos e alocados desde o início. Desconsidera-se, contudo, o fato de que na segunda parte do artigo Coase discute como este resultado conveniente é completamente alterado pela presença de custos de transação – ou seja, na continuação do artigo Coase discute o fato de que em presença de custos de transação significativos a definição e atribuição de direitos de propriedade antes da transação frequentemente não conduz a resultados eficientes. Isto deixa bem claro que os custos de transação são independentes da definição dos direitos de propriedade e que uma alocação de direitos de propriedade clara e inequívoca pode não ser a solução para custos de transação.

Contudo, antes da explicação acerca da abordagem que considera os *custos de transação* como custos associados à má definição ou atribuição imperfeita de *direitos de propriedade*, faz-se necessário estabelecer outra distinção, tendo em vista a multidisciplinariedade em que este trabalho está inserida. Isso porque a expressão *direitos de propriedade* tem significado distinto na área das ciências econômicas e na das ciências jurídicas, de modo que também é crucial para o entendimento do argumento aqui apresentado a delimitação deste conceito, e a forma como o mesmo deve ser aqui interpretado.

Direitos de propriedade: direito e economia

O conceito de *direitos de propriedade*, da maneira como é utilizado nas ciências econômicas, sobretudo no estudo das *instituições*, tem significado que não é sinônimo ao conceito de *direitos de propriedade* nas ciências jurídicas. Maria Tereza Leopardi e Heloísa Lopes Esteves¹⁶ abordam a questão no artigo “Direito e Economia na noção de ‘direitos de propriedade’” no qual expõem que, nas ciências jurídicas, “a expressão pode levar à impressão de que se trata apenas de direitos reais – aqueles que relacionam um sujeito a uma

¹⁶ LEOPARDI, Maria Tereza Mello; ESTEVES, Heloísa Lopes Borges. *Direito e Economia na noção de ‘direitos de propriedade’*. Disponível em <http://bit.ly/MPsd7r>

coisa, objeto do direito.” De fato, no Direito brasileiro, os *direitos de propriedade* representam um dos direitos basilares que compõem o sistema jurídico nacional. Tanto assim que a Constituição da República positiva, no artigo 5º, as regras que definem um rol de direitos e garantias fundamentais e indisponíveis. Esse dispositivo constitucional elenca diferentes categorias de direitos, entre eles, àqueles relacionados à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Assim é que o regime jurídico dos *direitos de propriedade* tem seu principal fundamento na Constituição da República, que afirma tal garantia no artigo 5º, inciso XXII, *in verbis*:

Artigo 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: (...)
XXII – é garantido o direito de propriedade

O Código Civil brasileiro, no art. 1.228, delimita a garantia constitucional à propriedade, informando suas características e estabelecendo seus limites:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Nesse sentido, o *direito de propriedade* no âmbito jurídico é um dos princípios fundamentais elencados na Constituição da República, sendo certo que, conforme define Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p. 306), a propriedade é um direito constitucional que não está acima nem abaixo dos outros; estando sujeito a adaptações corriqueiras em prol do interesse público, de modo que não pode ser classificado como um direito intocável.¹⁷ José Afonso da Silva (2005, p. 271) explica o direito à propriedade da seguinte forma:

“[...] entende-se como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo, e assim o direito de propriedade se revela como um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito.”¹⁸

Tem-se, portanto, que o direito à propriedade advém de uma relação entre o indivíduo e aquilo que detém, e se exterioriza nas diferentes formas que o sujeito de direitos reais pode utilizar no uso, gozo ou disposição do bem. A utilização da coisa, da forma como melhor convier ao proprietário, é a garantia que o *direito de propriedade*, no âmbito jurídico civilista,

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 6º ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

dá ao seu titular, isto é, usar, emprestar, locar, da maneira que lhe seja mais bem aproveitado. Seguindo esse raciocínio, Maria Helena Diniz (2004, p. 113) explica que a propriedade é a plenitude do direito sobre a coisa; as diversas faculdades, que nela se distinguem, são apenas manifestações dessa plenitude. Assim, deve-se entender que o *direito de propriedade* exterioriza o domínio que o detentor tem e a capacidade de se utilizar do bem da forma como melhor lhe convier.¹⁹

Dessa forma, o conceito econômico está contido no conceito jurídico de *direitos de propriedade*; no entanto, não se limita a esse conceito. Os *direitos de propriedade*, como aplicáveis às ciências econômicas, referem-se, também, a outros tipos de direitos que podem ser criados, inclusive, na esfera das relações privadas, como são os chamados *direitos pessoais* (também denominados de obrigacionais). Esses direitos obrigacionais dizem respeito a uma relação entre pessoas que tem por objeto uma prestação, e, apesar de não estarem elencados no rol dos *direitos de propriedade* no âmbito jurídico, fazem parte da expressão *direitos de propriedade* tal qual é utilizada nas ciências econômicas. De fato, a prestação pode até envolver um bem – que seria alvo dos *direitos de propriedade* jurídicos –; porém, o objeto em si do direito pessoal não é o *bem* e sim o comportamento de uma das partes da transação.

Assim, os *direitos de propriedade* jurídicos incidem sobre a coisa; os direitos pessoais, a seu turno, são compostos por três partes: o sujeito *ativo*, o sujeito *passivo* e a *prestação*. É o que explicam Leopardi e Esteves:

“Nos direitos pessoais a obrigação só existe para o sujeito passivo a ela vinculado, pessoa certa e determinada, sobre a qual recai não simplesmente o dever de respeitar um direito de outrem, mas sim a obrigação a uma prestação. Direitos pessoais e reais se distinguem também quanto ao tipo de ação judicial que pode ser proposta em suas respectivas defesas; na esfera dos direitos obrigacionais, a ação judicial visa à reparação do prejuízo e, assim, qualquer ofensa a direitos protegidos se resolve em *perdas e danos*. Tal é o caso, por exemplo, dos mecanismos judiciais para correção de externalidades, que se enquadram nas regras da responsabilidade por danos, e não da propriedade. Já na defesa do *direito de propriedade*, a ação judicial visa precipuamente ao cumprimento de obrigação específica – a restituição da coisa ao proprietário titular do direito ou impedir que terceiros turvem a propriedade –, e só subsidiariamente se resolve em perdas e danos.”²⁰

Nota-se, assim, que a expressão *direitos de propriedade*, quando utilizada no âmbito das ciências econômicas, refere-se aos direitos de propriedade jurídicos propriamente ditos –

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. v. 4 . 19a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

²⁰ LEOPARDI, Maria Tereza Mello; ESTEVES, Heloísa Lopes Borges. *Direito e Economia na noção de 'direitos de propriedade'*. Disponível em <http://bit.ly/MPsd7r>

direitos reais sobre coisas – bem como aos direitos obrigacionais. Ainda, os *direitos de propriedade* tal qual utilizados na economia referem-se a um direito que determina os graus de liberdade nos mais diversos procedimentos de tomada de decisões. Esse direito advém de um princípio oriundo do sistema jurídico, de acordo com o qual *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, e significa que, na ausência de lei ordenando algum comportamento, a liberdade de decidir é juridicamente garantida.

Portanto, se quisermos “traduzir” para o âmbito jurídico a expressão *direitos de propriedade* da literatura econômica, a noção mais próxima é a de *direitos subjetivos* – ou simplesmente *direitos* – conceituados como *interesses juridicamente protegidos*, aos quais corresponde um direito de ação, no sentido de poderem ser defendidos no Judiciário. Trata-se de uma noção suficientemente ampla, que se adequa melhor ao sentido econômico do conceito, por comportar os mais diversos tipos de direitos; o *objeto de direito* pode ser variado, podendo caracterizar direitos reais ou obrigacionais, além das liberdades juridicamente garantidas.²¹ A expressão *direito de propriedade* (no sentido econômico) se define pela possibilidade (em termos de expectativas) de um indivíduo consumir um bem (ou serviços relacionados a um ativo) *diretamente* ou *indiretamente* pelo processo de troca.²²

Custos de transação e direitos de propriedade

Estabelecida a distinção entre os *direitos de propriedade* no âmbito jurídico e no âmbito econômico, importante ressaltar que Coase (1960, pp. 1-44), na primeira parte de seu trabalho, elabora a ideia de acordo com a qual as condições iniciais dos *direitos de propriedade*, isto é, a quem a definição desses direitos favoreça, não seriam relevantes no que se refere à eficiência da alocação de recursos em determinada transação. A irrelevância da alocação inicial com relação à alocação final adviria do fato de que, se os *custos de transação* forem irrelevantes, a parte que valoriza mais o direito não teria dificuldades em fazer a maior oferta por ele, independentemente de a quem o direito fosse concedido inicialmente.

Na parte inicial de seu estudo, então, Coase (1960) elabora a tese segundo a qual a *questão* seria resolvida simplesmente definindo-se e alocando-se o direito para qualquer uma das partes, de modo que as trocas se encarregariam de produzir a alocação mais eficiente. É bem verdade que, na segunda parte do artigo, Coase (1960) considera a presença de *custos de*

²¹ Idem, ibidem

²² Idem, ibidem

transação e como a existência desses custos afeta o resultado da transação; porém, isso foi desconsiderado pelos defensores do assim chamado “Teorema de Coase” – que o próprio Coase rejeitou a paternidade. Então, para os que defendem a solução dos problemas de custos de transação pela simples alocação de direitos de propriedade com base na primeira parte do artigo de Coase (1960), a definição *inicial* dos *direitos de propriedade* não seria relevante para a obtenção de uma alocação final eficiente, desde que fosse possível negociá-los livremente. Isso, na medida em que os custos de trocá-los ou transacioná-los fossem nulos, e que os mercados fossem competitivos.

Trata-se, dessa maneira, da tese segundo a qual os mercados perfeitamente competitivos seriam capazes de coordenar determinado sistema econômico sem que houvesse a necessidade de qualquer tipo de coordenação externa aos agentes econômicos, desde que os direitos de propriedade estivessem alocados sem ambiguidades. Contudo, essa definição sem ambiguidades e indefinições, exigida por aqueles que adotam o assim chamado Teorema de Coase não é factível na realidade: Fiani (2011, p. 71) explicita a impossibilidade de definir todas as possibilidades futuras em um contrato, tendo em vista que, ainda que houve onisciência dos agentes, isso por si só já geraria custos altíssimos:

“(…) O mundo onde há custos de transação é um mundo onde o custo de elaborar contratos que antevejam todas as possibilidades futuras é muito elevado, ou simplesmente proibitivo. Assim, nem todas as circunstâncias futuras estarão previstas. Com isso, qualquer um dos agentes envolvidos (...) pode ser surpreendido com o surgimento de novos direitos que não tenham sido antecipados no documento, e assim surgirem transferência de renda e riqueza que não tenham sido compensadas”

Dessa forma, Williamson (1985, p. 17), por meio de sua Teoria dos Custos de Transação, propõe que qualquer relação que possa ser formulada como um problema de contratação, nas quais se incluem as relações de troca decorrentes da divisão do trabalho – as *transações* – podem ser examinadas a partir da Teoria dos Custos de Transação. Propõe-se que as *transações* sejam a unidade básica de análise das relações econômicas em determinado mercado, de modo que as características das transações passam a ser vistas como principal determinante da forma de organização da divisão do trabalho. Em uma imagem apresentada pelo próprio autor (WILLIAMSON, 1996a, p. 350) os custos de transação, associados à divisão do trabalho, são análogos ao atrito em sistemas estudados pela Física.

Importante ressaltar outro desdobramento da análise proposta pela Teoria dos Custos de Transação, que também inclui, segundo Williamson (1985), a análise relacionada aos custos de se estabelecer e cumprir contratos. Trata-se de verificar dois tipos de custos: os custos *ex ante* e os custos *ex post*. Para o autor, os custos *ex ante* têm maior possibilidade de serem verificados, uma vez que estão presentes na negociação das cláusulas contratuais, isto é, nos levantamentos que têm como função avaliarem-se qual será o conteúdo dos elementos fundamentais do contrato: objeto, prazo de execução, preço e hipóteses de rescisão. Para Williamson (1985, p. 29), no entanto, não é possível garantir, a partir das condições *ex ante* da contratação, que todos os eventos ocorridos ao longo da execução das transações se darão da forma como previsto:

“[...] What institutions are created with what adaptive, sequential decision-making and dispute settlement properties? To ownership and incentive alignment, therefore, transaction cost economics adds the proposition that the ex post support institutions of contract matter. [...] Transaction cost economics maintains that is impossible to concentrate all of the relevant bargaining action ex ante contracting stage.”²³

De fato, existe uma série de custos *ex post* na contratação, e eles assumem diversas formas, tais como de custos de má execução do objeto do contrato; de custos necessários quando surgem condições supervenientes que exigem uma renegociação das bases contratuais; de custos de criar e gerir uma estrutura para o acompanhamento da execução do contrato; os custos para a criação de foros para a resolução de disputas, sem a necessidade de se recorrer ao poder judiciário, como é o caso de câmaras arbitrais; e os custos de assegurar a execução dos compromissos assumidos. Para Williamson (1985, p. 29), a arbitragem é responsável pelo desenho institucional das relações, uma vez que não só atua resolvendo disputas, como prevenindo que as mesmas ocorram:

“[...] The governance approach adopts the science of contract orientation but join the arbitrator with an institutional design specialist. The object is not merely to resolve conflict in progress but also recognize potential conflict in advance and devise governance structures that forestall or attenuate it.”²⁴

²³ “Quais instituições são criadas com capacidade de adaptação, tomada de decisões sequenciais e de solução de controvérsias? Para o alinhamento dos direitos de propriedade e do incentivo, dessa forma, a economia dos custos de transação propõe que as instituições deem apoio *ex post* às questões contratuais. [...] A teoria dos custos de transação sustenta que é impossível esgotar a negociação do contrato na fase *ex ante* da contratação.”

²⁴ “[...] A abordagem das estruturas de governança adota a ideia de que o contrato deve orientar a relação, mas entende o árbitro como um especialista que define o desenho institucional da transação. O objeto da atuação do árbitro não é apenas resolver conflitos em andamento, mas também reconhecer um potencial conflito potencial com antecedência e desenvolver estruturas de governança que possam prevenir ou atenuar esse conflito.”

Williamson (1985) argumenta que as instituições são importantes para o apoio ao contrato *ex post* e, portanto, na redução dos seus custos *ex post*. A resolução de tais conflitos pode ser bastante complexa, de modo que é interessante notar que o autor indaga se a justiça formal seria o foro mais apropriado à solução de todos os problemas surgidos na vigência dos contratos, o que vai ao encontro da tese defendida nesta dissertação a respeito da criação de uma *estrutura de governança* que exerça essa função de mediação e arbitragem na área de direitos autorais no Brasil.

Racionalidade limitada, condições de incerteza e complexidade, e ativos específicos

Williamson (1985) explica que existem, na TCT, quatro pressupostos básicos, que determinam o cenário em que as transações ocorrem, como forma de estabelecer as condições para que os custos de transação sejam relevantes em uma transação, quais sejam: a *racionalidade limitada*, o *oportunismo* dos agentes, o fato de as transações ocorrerem em *ambiente de complexidade e/ou incerteza*, e quando as transações envolvam *ativos específicos*. *Racionalidade limitada* significa que os indivíduos têm restrições em sua capacidade cognitiva para processar todas as informações disponíveis. Já o *oportunismo* se funda no fato de que os indivíduos são autointeressados e podem, na busca de seus interesses, usar todos os artifícios possíveis, inclusive a manipulação de assimetrias de informação, o que, via de regra, gera conflitos, e possibilita o surgimento de custos de transação (WILLIAMSON, 1985). As condições de *complexidade e/ou incerteza* associam-se à incapacidade de se prever adequadamente as condições futuras, o que está relacionado aos custos de se obter informações, bem como ao desconhecimento e as variações dos elementos futuros relacionados às transações.

Adicionalmente, há o fato de que muitas transações envolvem ativos específicos. Considerado por Williamson (1985) o atributo *determinante* do custo econômico das transações, deriva do fato de que ativos especializados não podem ser reempregados sem sacrifício do seu valor produtivo se os contratos tiverem que ser interrompidos. Por isso é que, para Pondé (1993, p. 39), a presença de ativos específicos “[...] faz com que a identidade dos participantes da transação, assim como a continuidade dos vínculos estabelecidos entre estes, ganhe a dimensão econômica fundamental – as interações entre os agentes deixam de ser impessoais e instantâneas, o que acarreta custos para geri-las e conservá-las”. Desse

modo, a realização de transações recorrentes que envolvam esses ativos estimulará o desenvolvimento de instituições que garantam sua continuidade.

Dessa forma, nas transações em que, além de haver racionalidade limitada, condições de complexidade e/ou incerteza e oportunismo, o ativo objeto da transação apresentar significativo grau de especificidade, o fato é que os mercados irão apresentar problemas de funcionamento já que não promove a cooperação, e sim a adaptação autônoma das partes a mudanças na situação, o que potencializa os conflitos. Nesse contexto, as expectativas quanto às condições futuras do mercado e da conduta dos participantes geram incertezas e custos. De fato, se houvesse apenas racionalidade limitada e oportunismo, não haveria problemas nas transações, já que as situações seriam simples e com isso a racionalidade limitada dos agentes não seria pressionada na hora de elaborar contratos que anteviessem todas as situações futuras possíveis e estabelecessem cláusulas antecipando todos os problemas.

Por isso, o fato de haver ativos específicos é preponderante para a Teoria dos Custos de Transação, já que na ausência destes não haveria vínculo entre as partes, uma vez que a qualquer suspeita de atuação oportunista, as partes poderiam livremente buscar outro agente para desenvolver a mesma transação. Isso não ocorre se os ativos são específicos. Então, a partir desses quatro pressupostos, e como expressado na seção 2, por mais perfeita que seja a alocação *ex ante* dos direitos de propriedade nos contratos, formulados para formalizar as transações, não se poderá prever todas as situações futuras, de modo que a necessidade de coordenação para minimizar as possibilidades de conflito é inerente à atividade econômica quando há os quatro pressupostos referidos.

O fato é que apesar de os agentes serem dotados de *oportunismo* e de *racionalidade limitada*, de as transações ocorrerem em condições de *incerteza e/ou complexidade*, e de envolverem *ativos específicos*, os agentes buscam o resultado mais favorável nas transações, uma vez que este resultado será mais benéfico, ou deveria ser, para todos os envolvidos na transação. Assim, os agentes constituem *estruturas de governança* para lidar com as limitações correntes no ambiente em que as transações ocorrem; estruturas essas que apresentam características diferenciadas que as fazem mais ou menos aptas para coordenar as transações entre os agentes, minimizando *custos de transação* e buscando a eficiência dos resultados. Essas *características* são organizadas em função de sistemas de incentivos, do controle de conduta e da adaptabilidade a situações imprevistas.

Dessa forma, e em síntese, esta pesquisa toma por base, como ferramenta para a análise da questão da cooperação e do conflito, e de que forma esta questão afeta os *custos de transação*, um conceito de *custos de transação* que os considera levando em consideração situações de complexidade e incerteza, com ativos específicos – como é típico no mercado de música –, de modo que os direitos de propriedade nunca poderão ser bem definidos *ex ante*. Como explicitado, o aparente esgotamento da definição de direitos de propriedade em um contrato que regula uma relação entre usuários de música e os titulares dos direitos sobre a obra musical, por exemplo, não eliminaria completamente a possibilidade de ocorrerem novas questões que impliquem em novos conflitos pela revisão dos termos iniciais do contrato, fazendo com que a existência de *instituições* que atuem de maneira a possibilitar o reequilíbrio e a cooperação se torne fundamental.

Por isso, nesta dissertação, o termo custos de transação considera estes custos como os que resultam da divisão do trabalho. Esta definição, de acordo com Fiani (2011, pp. 64-66), se baseia no fato concreto de que em determinado sistema econômico existe um elevado grau de divisão do trabalho, fato que tem duas facetas importantes:

“Existe a **divisão técnica do trabalho**, que resulta na separação de tarefas no interior de uma empresa ou organização, e há a **divisão social do trabalho**, que resulta na distribuição de diferentes etapas produtivas entre empresas ou organizações na sociedade. Tanto uma como outra tende a aumentar com o desenvolvimento econômico.

O fato, assim, é que ao se considerar a definição dos custos de transação como aqueles que resultam da divisão do trabalho se está dando ênfase à importância de que exista um ambiente institucional que dê origem a arranjos institucionais capazes de fazer com que o funcionamento do sistema econômico – e neste caso, o do mercado de música – ocorra de forma a possibilitar que diferentes agentes, que as diversas atividades oriundas de uma crescente divisão do trabalho, sejam capazes de transferir entre si cada vez mais bens e serviços. Por isso, a importância de haver regras que possibilitem que esta divisão do trabalho se dê de forma cooperativa se sobrepõem à necessidade de haver direitos de propriedade bem definidos, de resto que dificilmente, na prática, atingirão as exigências da teoria. De fato, direitos de propriedade aparentemente bem definidos solucionariam apenas parte do problema, e como se verá nesta dissertação, no caso específico da relação entre investidores e criadores na área da música, a ausência de regras do jogo que possibilitem uma maior fluidez de bens e serviços acaba por gerar um aumento significativo dos custos transação.

Delimitados, então, os conceitos de *instituições*, na seção 1, e de *custos de transação*, nesta seção 2, passa-se a estabelecer de que forma o terceiro conceito econômico que é utilizado nesta dissertação deve ser compreendido para a correta interpretação deste trabalho. Tratam-se das *estruturas de governança*, que são analisadas na seção 3 seguinte.

1.3 Estruturas de governança

O fato é que as *instituições* definem o *ambiente institucional* em que ocorre a divisão do trabalho e que possibilita as trocas. O *ambiente institucional*, então, são as regras mais gerais aplicáveis às transações na economia. No que se refere ao mercado de direitos autorais de música no Brasil, o *ambiente institucional* é definido por meio das leis fundamentais que delimitam esses direitos. A primeira delas é a norma jurídica fundamental, a Constituição da República, que garante aos criadores o direito sobre suas criações, e o direito de fiscalizar o aproveitamento econômico dessas obras. Além disso, em várias questões relativas a contratos e responsabilização por danos, aplica-se o Código Civil brasileiro às relações que digam respeito a direito autoral. Obedecendo ao princípio da especialidade das normas, ambos diplomas legais se aplicam às relações de direito autoral, naquilo que a Lei de Direito Autoral não regular.

Assim, e de forma especial em relação à matéria – mas genérica quanto às relações jurídicas formadas a partir dela – a Lei de Direito Autoral define – ou pelo menos deveria fazê-lo – quais são os limites aplicáveis aos negócios, usos e demais transações ocorridas com as obras. Delimita o que é ou não protegido, quais os usos permitidos sem necessidade de autorização do autor ou titular de direito – as denominadas limitações –, em síntese, estabelece, ou deveria estabelecer, de forma especial em relação à Constituição da República e ao Código Civil brasileiro, de que forma podem ocorrer as transações no mercado de música, que nesta dissertação está delimitado ao mercado editorial de música e à relação entre compositores e editoras musicais.

O fato é que a Constituição da República, o Código Civil brasileiro e a Lei de Direito Autoral são as *instituições formais* que formam o *ambiente institucional* no qual se organizam os *arranjos institucionais* em que ocorrem as transações em torno das obras musicais. Esses arranjos são denominados de *estruturas de governança*. Como se pode verificar na seção 1 deste capítulo, as *instituições formais* têm mecanismos de *enforcement*, isto é, são dotadas de regras cogentes, com obrigatoriedade de serem cumpridas pelos

agentes. Importante ressaltar, no entanto, que podem se formar, também, *estruturas de governança* com base em *instituições informais*, o que ocorre no mercado editorial de música no Brasil, como se abordará no capítulo 2. Importante salientar que as *estruturas de governança* formadas a partir de *instituições informais*, são dotadas de menor nível de *enforcement*, uma vez que não são garantidas de forma sistemática por autoridades públicas, o que pode dar margem a maiores incertezas nos negócios feitos nesses arranjos institucionais.

O fato é que Williamson (1986, p. 105) define as *estruturas de governança* como “a matriz institucional na qual as transações são negociadas e executadas”. Nesse sentido, as regras que definem uma *estrutura de governança* são fornecidas a partir das *instituições*, que estabelecem o arcabouço no qual as transações se desenvolvem. Essas regras têm a função de definir qual é o objeto das transações, quais são os agentes envolvidos, e como interagem os agentes no desenvolvimento das transações. Por isso, o referencial teórico utilizado nesta dissertação considera a definição de Williamson como útil para delimitar o conceito de *estruturas de governança*, em contraponto à definição de *estruturas de governança* que as associa à garantia de direitos de propriedade.

A definição que associa *estruturas de governança* à definição dos *direitos de propriedade*, como proposto por Furubotn e Richter (1998, p. 5), propõe que “a qualquer momento, a configuração de direitos de propriedade que existe em uma economia é determinada e garantida por uma estrutura de governança ou ordem. Ela pode ser entendida como um sistema de regras juntamente com os instrumentos que servem para garanti-las”. Fiani (2001, p. 95) conclui de forma diversa, para estabelecer como dotada de maior pertinência a definição de estruturas de governança de Williamson:

“Portanto, a definição de estruturas de governança como sendo mecanismos que definem e garantem direitos de propriedade se mostra muito restritiva. Por isso, manteremos aqui a definição de estrutura de governança de Oliver Williamson: ‘a matriz institucional na qual as transações são negociadas e executadas.’”

Tipos e limites das estruturas de governança

Williamson (1985) descreve, a partir desses sistemas de incentivos e controles, três tipos de *estruturas de governança*: **i)** a que se dá por meio do mercado; **ii)** a hierárquica; e **iii)** a forma híbrida entre ambas. A *estrutura de governança* que se dá por meio do mercado tem controle praticamente ausente em relação ao comportamento dos indivíduos, uma vez que o

sistema básico de ajuste das transações se dá por meio de adaptação autônoma frente a incentivos, como, por exemplo, os preços. Já a *estrutura de governança hierárquica* é caracterizada pela internalização completa das atividades estruturadas em uma única organização, fazendo uso intensivo de controles. Por sua vez, a *estrutura de governança híbrida* é a forma de coordenação dos indivíduos por meio simultaneamente de sistemas de incentivos e de controles do comportamento oportunista.

Estabelecida, assim, a definição, necessário delimitar o que faz e o que não faz parte de uma *estrutura de governança*, isto é, estabelecer com precisão os limites que a cercam. Isso será fundamental no que se refere a este estudo, tendo em vista que limitaremos a duas as cabíveis para a análise proposta, quais sejam as editoras musicais e o escritório central de arrecadação e distribuição de direitos autorais – ECAD. Estas duas *estruturas de governança* são parte relevante do arranjo institucional engendrado em torno do mercado editorial de música, e têm papel relevante para a análise da relação desses com os compositores de obras musicais. Portanto, delimitar o que faz e o que não faz parte dessas estruturas está intimamente relacionado à distinção entre ambiente institucional e arranjo institucional.

Nesse sentido, o termo *estruturas de governança*, nesta dissertação, está delimitado a duas estruturas que compõem o arranjo institucional em que as transações ocorrem: às editoras musicais e às entidades de gestão coletiva que formam o escritório central de arrecadação e distribuição – o ECAD. Estas estruturas serão analisadas no capítulo 2, de modo que se verifique se a existência das mesmas tem dado origem a uma coordenação das atividades no sentido de gerar cooperação e reduzir os conflitos.

Este capítulo 1, portanto, teve por objetivo estabelecer de que forma os conceitos de *instituições*, *custos de transação* e *estruturas de governança* devem ser compreendidos, para o correto entendimento da análise proposta nesta dissertação. Com base nessas definições, os próximos dois capítulos, que têm a função de descrever e analisar a relação entre autores e editoras musicais, utilizam um ferramental baseado no referencial teórico econômico estabelecido neste capítulo, o que visa a permitir, uma análise algo distinta daquela usual nas ciências jurídicas. Definir *instituições*, *custos de transação* e *estruturas de governança* torna possível a tarefa de descrever os arranjos *institucionais* – as *estruturas de governança* – do mercado editorial de música brasileiro, o que será feito no capítulo 2, bem como enriquece a análise da interação entre os agentes desse mercado e os contratos, visando a abordar os

conflitos que têm ocorrido, de modo a estabelecer como a ausência de coordenação nesse setor da economia tem dado margem a elevados custos de transação.

Passa-se, então, ao capítulo 2, em que será feito um recorte descritivo e histórico do mercado editorial de música brasileiro; da evolução histórica da figura das editoras musicais; além de uma descrição da formação das associações que compõem o escritório central de arrecadação e distribuição – o ECAD. A partir da descrição do ambiente institucional e das estruturas de governança – quais sejam editoras musicais e ECAD – será analisada a relação entre criadores e investidores, no capítulo 3.

Capítulo 2 - O ambiente institucional e os arranjos institucionais na relação entre compositores e editoras musicais

Introdução

Este capítulo é destinado a descrever o *ambiente institucional* e os arranjos institucionais – com as *estruturas de governança* que o compõem – em que ocorrem *i)* a relação entre compositores e editoras musicais e *ii)* as transações decorrentes dessa relação. Dessa forma, feita a delimitação do arcabouço teórico oriundo da teoria econômica no primeiro capítulo, este segundo capítulo tem o objetivo de delimitar o marco legal em que as transações são desenvolvidas, descrevendo-se as *instituições formais* pertinentes ao tema. Por meio dessa descrição, que abordará a Constituição da República, o Código Civil e a Lei de Direitos Autorais, busca-se estabelecer o *ambiente institucional* que em que se formam os *arranjos institucionais* para a realização das transações engendradas em torno das obras musicais.

Como exposto na seção 1, do Capítulo 1, o *ambiente institucional* é provido pelas *instituições*, que determinam as regras do jogo baseadas nas quais as transações de uma forma geral devem ocorrer. Ocorre que este *ambiente* dá margem à criação de estruturas específicas em que se operam as transações; estruturas estas que formam os *arranjos institucionais*, delimitando o *modus operandi* das transações e a aplicação das regras do jogo. No assunto em análise nesta dissertação, os agentes se organizam, com base na Constituição da República, no Código Civil e na Lei de Direito Autoral, em um arranjo do qual fazem parte os compositores das obras musicais; as editoras musicais; o ECAD – que é constituído por criadores e editoras musicais para arrecadar e posteriormente distribuir os direitos autorais de execução pública; e os usuários – neste estudo compreendidos como firmas ou indivíduos que utilizem obras musicais para agregarem valor a seus negócios, tais como emissoras de televisão, rádios, realizadores de espetáculos ao vivo, entre outros.

Assim, além da descrição do *ambiente institucional* que estabelece as regras do jogo da relação entre compositores e editoras musicais, este segundo capítulo é destinado a descrever, também, os dois principais *arranjos institucionais* em que as transações se dão, que são o regramento base para a formação das *estruturas de governança* estabelecidas a partir do *ambiente institucional* descrito. Serão consideradas, nesta análise, duas *estruturas de governança*, quais sejam as Editoras Musicais e o Escritório Central de Arrecadação e

Distribuição de Direitos Autorais, o ECAD. Ambas as *estruturas de governança* encontram-se definidas na legislação que forma o *ambiente institucional*, e são, ainda que de maneira pouco explícita, responsáveis por coordenar a atividade em torno da exploração econômica das obras musicais, no Brasil.

Por essas razões, este segundo capítulo está dividido em outras quatro seções, além desta introdução – que tem por objetivo apresentá-lo e definir seus objetivos. A segunda seção apresenta o marco legal que forma o *ambiente institucional* em que ocorre a relação entre compositores e editoras musicais. Abordam-se, nessa, os dispositivos constitucionais aplicáveis à relação em estudo, com ênfase aos ditames da Constituição da República que dotam o autor de direitos exclusivos sob as obras que criam, bem como aos que garantem aos criadores o direito de fiscalizar o aproveitamento econômico de suas obras. Além dos aspectos constitucionais, a segunda seção descreve, ainda, as delimitações infraconstitucionais aplicáveis. São apresentados os artigos do Código Civil brasileiro aplicáveis aos contratos em geral, isto é, que determinam os princípios contratuais que delimitam a relação entre autores e editoras.

Faz-se, na mesma medida, uma comparação entre a forma como o Código Civil explicita a natureza jurídica dos contratos, o que não se encontra bem definido na Lei de Direito Autoral, como se verá no terceiro capítulo. Apresentam-se, na última parte da segunda seção, os artigos da Lei de Direito Autoral aplicáveis ao objeto desta dissertação, que delimitam *i)* de que forma devem se dar os contratos entre criadores e editoras musicais; *ii)* qual a natureza jurídica das editoras musicais; e *iii)* de que forma é estabelecida a criação do ECAD.

Assim, tomando por base o cenário constituído a partir da segunda seção, este segundo capítulo tem duas outras seções, que têm o objetivo de descrever as duas *estruturas de governança* atuantes na atividade econômica de direitos de autor de obras musicais no Brasil: as Editoras Musicais, e o ECAD e as associações que o compõem. A terceira seção, dessa maneira, destina-se a abordar as *editoras musicais*, tomando por base inicialmente um pequeno histórico de sua atuação no Brasil; seguindo-se com a abordagem do papel que deveriam exercer, e a função que de fato exercem. Descrevem-se, assim, a natureza jurídica das editoras musicais, e a maneira como atuam, de modo a apontar se sua operação no mercado de música, e a coordenação que exercem nesse mercado, dá margem a conflitos ou a cooperação. A terceira seção opera uma coerência textual com a quarta seção, apontando a

forma como as editoras musicais passaram a exercer, a partir da queda das vendas físicas de música, um papel central na reestruturação do ECAD e das associações que o formam.

É esse papel de protagonismo que dará margem à descrição realizada na quarta seção deste segundo capítulo, qual seja a de apresentar as associações de gestão coletiva de direitos autorais, que em razão de determinação da LDA, formam um Escritório de Arrecadação e Distribuição de valores oriundos da execução pública de obras musicais e fonogramas no Brasil. No período denominado pelos próprios integrantes das entidades de gestão coletiva como de “retomada”, o ECAD passou a ter forte incremento de receita a partir do final dos anos 1980, quando já se prenunciava a queda nas vendas físicas de música no Brasil e no mundo. A quarta seção, dessa forma, tem o objetivo de descrever o ECAD e as associações, bem como de explicar essa tomada de poder por parte das editoras musicais no ECAD. Na quarta seção são abordados, também, os pontos de vista de integrantes dessas entidades de gestão coletiva que defendem a desnecessidade de que haja uma coordenação das *instituições formais* nas atividades econômicas ligadas a música.

A quinta e derradeira seção deste segundo capítulo tem por função retomar os principais pontos abordados ao longo do capítulo, de modo a ratificá-los. Nada obstante, a seção de conclusão funciona como elo entre o segundo e o terceiro capítulo; capítulo esse em que são analisados os tipos e cláusulas dos contratos entre editoras musicais e compositores, bem como casos de conflitos relacionados ao objeto desta dissertação. Passa-se, então, à segunda seção, destinada a descrever o *ambiente institucional* aplicável ao objeto deste estudo.

2.1 O Ambiente Institucional – Constituição da República, Código Civil brasileiro, e Lei de Direito Autoral

Constituição da República

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1998 (adiante Constituição da República ou CR), contém dispositivos basilares para o Direito Autoral brasileiro, e que são os pilares do *ambiente institucional* em que ocorre a relação entre editoras e compositores, assim como as transações relacionadas aos direitos envolvidos nessa relação. Esses dispositivos se situam no artigo 5º da CR, que é o artigo em que as garantias individuais à

vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade estão positivadas. É o que consta do caput do artigo 5º:

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

Barbosa (2002) tece elogios ao fato de a Constituição brasileira estabelecer os ditames relativos à propriedade intelectual entre as garantias fundamentais:

“Não é em todo sistema constitucional que a Propriedade Intelectual tem o prestígio de ser incorporado literalmente no texto básico. Constituições de teor mais político não chegam a pormenorizar o estatuto das patentes, do direito autoral e das marcas; nenhuma, aparentemente, além da brasileira, abre-se para a proteção de outros direitos.”²⁵

No mesmo sentido, Barbosa (2002) salienta, em orientação que vai ao encontro do viés econômico que é utilizado como referencial teórico nesta dissertação, que há necessidade de uma *institucionalização formal*, que não obrigatoriamente presente na Constituição da República, da propriedade intelectual para que este direito exista:

“Não há direito natural aos bens intelectuais. (...) Um dos mais interessantes efeitos da doutrina do *market failure* é evidenciar a natureza primária da intervenção do Estado na proteção da Propriedade Intelectual. Deixado à liberdade do mercado, o investimento na criação do bem intelectual seria imediatamente dissipado pela liberdade de cópia. As forças livres do mercado fariam com que a competição – e os mais aptos nela – absorvessem imediatamente as inovações e as novas obras intelectuais. Assim é que a intervenção é necessária – restringindo as forças livres da concorrência – e criando restrições **legais** a tais forças. Pois que a criação da Propriedade Intelectual é – completa e exclusivamente – uma elaboração da lei, que não resulta de qualquer direito imanente, anterior a tal legislação.”²⁶ (grifos no original)

Dessa forma, no ordenamento jurídico brasileiro, que forma o *ambiente institucional* em que se estruturam os *arranjos institucionais* em torno das obras musicais – aqui se restringe a análise às obras musicais uma vez que são a célula central do objeto em estudo nesta dissertação – a Constituição da República intervém, nas palavras de Barbosa (2002), para que os autores sejam dotados de direitos relativos às obras musicais. Os incisos do artigo 5º, responsáveis por detalhar as garantias constitucionais positivadas no *caput*, referem-se aos direitos dos criadores em algumas oportunidades, dentre as quais se destacam nesta seção

²⁵ **BARBOSA**, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. In: Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual no 59, jul/ago de 2002, p. 16.

²⁶ Idem, *ibidem*

aquelas que interagem diretamente com a relação em estudo nesta dissertação. Assim é que, o inciso XXVII, do art. 5º da CR, determina a célula da qual se origina todo o mercado engendrado em torno das obras musicais, dotando os autores de direitos exclusivos sob as obras que criam:

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

A partir dessa norma, que positiva a regra segundo a qual os autores têm direitos exclusivos sob suas obras, a Constituição da República estabelece, como consequência silogística, o direito dos autores de só terem as obras utilizadas, regra geral, com a autorização dos mesmos. É a partir dessa necessidade de autorização para o uso das obras que se forma todo o mercado em torno das músicas, uma vez que essa regra constitucional cria para os autores o que os economistas denominam de *direitos de propriedade* sob as obras.

Observe-se que, como um dos objetivos desta seção é o de descrever as regras constitucionais que formam a base do *ambiente institucional* em que ocorrem a relação entre compositores e editoras musicais, e as transações com as obras musicais, não são abordadas neste estudo *i)* as questões relativas à funcionalização do direito autoral; e *ii)* a discussão acerca de ser ou não o direito autoral um *direito de propriedade*, na acepção jurídica do termo, em contraponto aos estudiosos que reputam esses direitos como um direito de exclusiva, e não um *direito de propriedade* propriamente dito. Essa discussão, no sentido da delimitação do direito de autor como direito de exclusiva ou direito de propriedade, se encontra em “Do bem incorpóreo à propriedade intelectual”²⁷.

Assim, feito esse pequeno parêntese, destaca-se outra regra constitucional que interage de forma direta com o objeto em estudo nesta dissertação. O fato é que, além da regra constitucional que cria para os autores um direito – exclusivo ou de propriedade – sob as obras musicais que compõem, a Constituição da República, ciente o legislador constitucional de que essa regra daria origem à formação de transações em torno das músicas, determina que os autores têm direito constitucional, com *status* de cláusula pétrea, de fiscalizarem o aproveitamento econômico das obras musicais que criarem. É o que determina a norma constitucional contida na letra (b), inciso XXVIII, art. 5º, da Constituição da República:

²⁷ Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/teoria.pdf>

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

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;

Nesse sentido, a Constituição da República não apenas reconhece aos autores um direito exclusivo sob as obras que criam, como da mesma forma garante aos mesmos o direito de fiscalizar o aproveitamento econômico oriundo da exploração do direito exclusivo que é reconhecido. Assim, além de garantir aos autores o direito exclusivo sob suas obras, e o direito de fiscalizar o aproveitamento econômico das mesmas, a Constituição da República contém outra norma que influencia diretamente na formação dos *arranjos institucionais*. Isso porque a coordenação da atividade econômica engendrada em torno das obras musicais, no cenário vigente no Brasil, é exercida, ainda que de maneira pouco clara, por *estruturas de governança* privadas, que serão descritas na terceira e quarta seções deste capítulo; quais sejam as editoras musicais, e o ECAD e as entidades que o formam.

Como restará melhor delimitado na seção 4, o ECAD é um escritório central formada por associações, cujo objeto social é a gestão coletiva de direitos de execução pública de música. Nesse sentido, essas associações são criadas a partir da norma constitucional aplicável a todas as associações, dos mais variados objetos sociais, existentes no Brasil; regra esta que também integra o rol de garantias fundamentais do Art. 5º da CR, e que delimita o direito associativo da seguinte forma:

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

É importante descrever essas regras tendo em vista que haverá, também na seção 4, uma apresentação da discussão sobre a necessidade de haver, no Brasil, uma *estrutura de governança* que envolva presença do Estado, e que fiscalize as atividades do ECAD e de suas associações, o que em tese se conflitaria com os ditames constitucionais contidos nos incisos XVIII e XIX, do art. 5º da CR, citados.

Desta forma, foram destacados nesta seção os dispositivos constitucionais que se aplicam à relação entre compositores e editoras musicais, e que norteiam, em conjunto com

as regras do Código Civil e da Lei de Direito Autoral – adiante descritos – a formação dos arranjos institucionais engendrados em torno da atividade econômica de exploração das obras musicais. Feita a descrição dos ditames constitucionais, passa-se, então, às regras do jogo contidas no Código Civil que interagem com o objeto em estudo.

Código Civil

Ocorre que a Constituição da República, por ser a carta basilar da qual as demais legislações e regramentos decorrem, tem a função de criar os pilares do *ambiente institucional* em que ocorre a relação entre compositores e editoras musicais. Por sua vez, o Código Civil brasileiro estabelece as regras do jogo aplicáveis à formulação e à manutenção da expressão jurídica da relação em estudo, limitando e disciplinando, de forma principiológica, os termos dos contratos, bem como as etapas posteriores à confecção e assinatura dos contratos entre editoras e compositores. Em que pese os termos específicos dos contratos em direitos autorais estarem adstritos à Lei de Direito Autoral, especial em relação ao Código Civil, é pacífico que os princípios contidos no Código Civil, bem como aspectos como onerosidade excessiva na continuação da relação contratual, aplicam-se de forma imediata às relações de Direito Autoral.

O fato é que o Código Civil brasileiro de 2002 trouxe uma série de alterações à prática contratual no Brasil. Tendo em vista que a relação em estudo nesta dissertação é formalizada por meio de contratos, as alterações trazidas pelo chamado Novo Código Civil interagem de forma direta com a relação estudada. Nesse sentido, a função social dos contratos, que passou a ser expressamente adotada, tem como consequência a possibilidade de revisão de uma série de contratos firmados entre autores e editoras. Importante estabelecer, inicialmente, que o *contrato* se conceitua como “negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam.”²⁸

Dentre os princípios que o regem, assim como a seus efeitos, destacam-se dois: o da força obrigatória dos contratos e o da intangibilidade. Pelo princípio da força obrigatória dos contratos, tem-se a obrigatoriedade de seu cumprimento pelas partes contratantes, tal como avençado, sendo o contrato considerado, em regra, *lei entre as partes*; justificado pela própria autonomia da vontade. Já o princípio da intangibilidade informa que, também em regra, é

²⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Forense, 24a ed. 2001, RJ, p.10

vedada qualquer alteração não consensual do conteúdo do contrato, como consequência da *irretratabilidade*.

Há ainda outro aspecto relevante a ser destacado na disciplina contratual – que interage diretamente com a face multidisciplinar desta dissertação –, que é a faceta econômica dos contratos. O conteúdo do contrato, como negócio jurídico que é, tem natureza econômica. Assim, não apenas as nuances jurídicas da questão, mas também as econômicas, devem ser consideradas, para que seja possível uma formulação justa dos contratos. Segundo Orlando Gomes (2001), “o contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos são instrumentais da operação econômica, constituem a veste formal, e não seriam pensáveis abstraindo dela (...)”²⁹ Dessa maneira, é de se salientar que o *pacta sunt servanda* – muitas vezes alegado pelos editores como forma de negativa à revisão da relação contratual com autores, como se verá no terceiro capítulo – é aspecto jurídico que não deve se sobrepor aos aspectos econômicos, práticos, do desenvolvimento dos vínculos contratuais; e sim, estar harmonizado com esses aspectos.

Em razão deste ser o seu conteúdo material, o contrato se baseia em equilíbrio das prestações devidas e em previsão das margens de ganho e perda para cada contratante. Nesse sentido, uma das mais importantes inovações do Código Civil de 2002 foi a de positivizar a regra matriz da função social dos contratos, contida no artigo 421, que determina:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.³⁰

Sem artigo correspondente no Código anterior, o art. 421, como expressado, inaugurou no Brasil a doutrina da função social do contrato, que limita a anterior concepção individualista dos contratos, determinando que as partes norteiem um acordo que as satisfaça sem prejudicar a coletividade. Semelhante à boa-fé objetiva, o princípio da função social do contrato foi inserido no Código Civil de 2002 em forma de uma cláusula geral. Dessa maneira, por meio da função social, impõe-se que uma relação jurídica, como a relação entre compositores e editoras, deva sempre levar em consideração o contexto social em que é firmada, e não apenas estar adstrita às cláusulas pactuadas no momento da formulação do contrato.

²⁹ Idem, *ibidem*

³⁰ Código Civil brasileiro – Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002

O contrato passa a ser, portanto, mecanismo que busca o bem comum, que almeja o interesse social. É o que explica Teresa Negreiros:

“Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sócias que o cercam e que são por ele próprio afetadas.”³¹

Além do estabelecimento da função social do contrato, o Código Civil brasileiro positiva outras regras que são aplicáveis, de forma geral, aos contratos, e que, por formarem o *ambiente institucional*, são aplicáveis aos contratos entre compositores e editoras musicais. Isso porque circunstâncias ocorrem que afetam o *pseudo* equilíbrio existente na etapa da formulação dos contratos, causando ganhos a uma parte e perdas à outra. Nestes casos, diz-se haver *onerosidade excessiva*, isto é, a superveniência de fato que altere o equilíbrio econômico do contrato autoriza sua resolução, com retorno ao estado anterior – desobrigando a parte cuja prestação se tornou excessivamente onerosa, o que excepciona o princípio da força obrigatória – ou ainda a alteração do contrato, restabelecendo-se o equilíbrio entre as partes – o que representa exceção ao princípio da intangibilidade, pois a alteração decorre de decisão judicial, imposta às partes, prevalecendo, portanto, sobre o consenso.

A *onerosidade excessiva* foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 478 do Código Civil de 2002, de acordo com o qual:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Importante salientar que, na visão da teoria econômica, este artigo do Código Civil é um reconhecimento explícito de que, em função de complexidade e incerteza, dada a racionalidade limitada dos agentes, pode ser necessária a revisão contratual. Orlando Gomes ensina que a onerosidade excessiva ocorre “quando uma prestação de obrigação contratual se torna, no momento da execução, notavelmente mais gravosa do que era no momento em que surgiu”.³² Trata-se, assim, de causa de resolução do contrato que se caracteriza basicamente por desequilíbrio de valor econômico entre os dois termos da troca contratual combinada entre as partes, sendo sua finalidade a tutela da economia originária do contrato e seu

³¹ **NEGREIROS**, Teresa. Teoria do contrato. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 208

³² Idem, *ibidem*

fundamento a justa e oportuna repartição entre os contraentes do risco das circunstâncias supervenientes. Insere-se no contexto das causas que afetam a execução do contrato, manifestando-se após a formação do vínculo.

Entretanto, não é qualquer circunstância que gera *onerosidade excessiva* passível de provocar a resolução do contrato, uma vez que variações nas prestações das partes são normais, e se inserem no risco contratual, assumido por ambas, de acordo com a matéria objeto do contrato e dentro do que é esperado em uma relação contratual. Em verdade, o contrato é celebrado dentro de um contexto fático específico, ao qual se refere e para o qual é adequado, segundo a vontade manifestada pelas partes. Se este contexto se altera, para os contratantes, objetiva e involuntariamente, sem que haja culpa *lato sensu* de qualquer deles, está alterada a base do negócio jurídico, o que vem a justificar, conforme o caso, sua alteração ou resolução. No entanto, o fato é que as editoras musicais resistem sobremaneira à revisão de contratos pactuados com os compositores, levando a uma série de conflitos – que serão apresentados no terceiro capítulo – que elevam sobremaneira os *custos de transação* relativos às atividades engendradas em torno da exploração econômica das obras musicais.

Tal situação é fruto, não obstante, do fato de uma avaliação histórica da atividade contratual, no direito autoral brasileiro, permitir verificar a ausência de uma padronização na legislação pátria no que se refere à matéria contratual. A LDA não estabelece, de forma organizada, quais os modelos de negócio se aplicam a cada caso, como ocorre, por exemplo, no Código Civil brasileiro, em que, no Título VI, restam claramente delimitadas as “Várias Espécies de Contrato”. Vale citar, a título de ilustração, os art. 481, 482 e 483, que integram o arcabouço inicial do Capítulo I do Código Civil, que trata do Contrato de Compra e venda:

TÍTULO VI

Das Várias Espécies de Contrato

CAPÍTULO I

Da Compra e Venda

Seção I

Disposições Gerais

Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.

Art. 483. A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório.³³

Nota-se a preocupação do legislador em delimitar, de forma didática e funcional, o negócio jurídico a ser firmado. Além disso, no Código Civil procura-se detalhar as possíveis causas de rescisão ou resilição do contrato. O fato, porém, é que a mesma preocupação que teve o legislador do Código Civil não está refletida na legislação que regula as relações jurídicas em direitos autorais no Brasil. A própria natureza jurídica dos contratos firmados é muitas vezes questionada por decisões judiciais, como se poderá avaliar mais detalhadamente no capítulo 3 desta dissertação. Nestas decisões, em mais de uma oportunidade, afirmou-se que *o título dado ao contrato não correspondia ao conteúdo do negócio firmado*, sendo certo que ao julgador coube a necessidade de definir o tipo de negócio estabelecido entre as partes.

Assim, passa-se a descrever, na próxima subseção, a parte mais específica do *ambiente institucional*³⁴ em que a relação entre compositores e editoras musicais ocorre.

Lei de Direito Autoral

De fato, a Lei de Direito Autoral não é dotada de uma topografia adequada, que possibilite ao operador do direito um instrumento prático e organizado para a subsunção de situações fáticas, como a formulação de contratos. Além disso, a LDA não define de forma exaustiva os negócios jurídicos possíveis de serem firmados, dando margem a construções doutrinárias que muitas vezes redundam em desequilíbrios na relação contratual. Como a mais específica das *instituições formais* aplicáveis à relação entre compositores e editoras, e notadamente tendo em vista que as *instituições* devem exercer o papel de não dar margem a conflitos, de modo a também diminuir os *custos de transação* envolvidos, a Lei de Direito Autoral tem problemas sérios no que se refere à definição dos instrumentos aplicáveis à formalização da relação entre compositores e editoras.

³³ Código Civil Brasileiro, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002

³⁴ Importante comentar que a especificidade da Lei de Direito Autoral, de acordo com o marco teórico proposto no capítulo 1, poderia até mesmo fazer com que se referisse à LDA como a um *arranjo institucional* da relação em estudo. No entanto, devido ao entendimento de que a lei não deve *descer a minúcias*, considera-se neste estudo que a Lei de Direito Autoral é o componente mais específico – em que pese dotado da generalidade necessária – do *tripé* formador do ambiente institucional do qual formam-se os arranjos institucionais que dão origem às *estruturas de governança* que “coordenam” a atividade econômica que envolve as obras musicais.

O capítulo V da LDA, destinado aos contratos de *transferência* de direitos –isto é, a mesma natureza jurídica dos contratos de compra e venda, citados no exemplo do Código Civil – tem como artigo central o de número 49, segundo o qual:

Capítulo V

Da Transferência dos Direitos de Autor

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de *licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito (...)* (grifou-se)³⁵

Note-se, de plano, que o artigo elenca uma série de possibilidades de negócios jurídicos, tais como o *licenciamento*, a *concessão* e a *cessão* de direitos, denominando todos de meios de *transferência de direitos*. Ocorre que a transferência de direitos não pode ser confundida com o licenciamento. O Prof. Newton Silveira, comentando a ausência de harmonia entre o sistema de direito autoral e os demais campos da Propriedade Intelectual, faz crítica à redação do art. 49 da Lei 9.610/98, afirmando que:

“Lamentavelmente, e seguindo velha tradição, a lei de direitos autorais não trata, separadamente, da *cessão* e da *licença*, como o faz a lei de propriedade industrial.”³⁶

O fato inquestionável é que o sistema de Direito Autoral brasileiro não abarca modelos de negócio bem delimitados e definidos na Lei, notadamente quando o assunto é música. No que se refere à *edição*, como é analisado na terceira seção deste capítulo, a redação dos artigos da LDA não se refere expressamente à edição musical, havendo direcionamento expresso à disciplina dos negócios ligados à edição de livros. Para além disso, como bem salientado pelo Prof. Newton Silveira, a figura da *licença de direitos* – também referida genericamente como *licenciamento* – não está expressamente definida, havendo termos distintos – como *autorização* e *concessão* – utilizados como se fossem licenças.

É corrente, ainda, a equivocada utilização, feita por alguns operadores do direito autoral, do termo *cessão* em conjunto com a palavra *uso*, de modo que utilizam a expressão

³⁵ Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998

³⁶ SILVEIRA, Newton *in* A Propriedade Intelectual e as novas Leis Autorais, São Paulo, Ed. Saraiva, 21 ed., 1998, p.69

cessão de uso, quando em verdade têm a intenção de se referir a uma *autorização*, que tecnicamente deveria restringir-se ao termo *licença*, uma vez que a *cessão* implica transferência do fundo de direitos, e não se confunde com a efemeridade da figura do *uso*, cabível a modelos de negócio em que não ocorre a transferência de direitos

Esses conceitos, nos demais ramos da Propriedade Intelectual e do Direito Civil, encontram-se claramente definidos em Lei. Há ainda os casos em que se constituem instrumentos contratuais com características nítidas de *licença exclusiva*, como é o exemplo da *edição musical* – tratada na terceira seção deste capítulo –, mas que abarcam a *cessão de direitos* em seu conteúdo, de modo que o compositor, no momento em que assina o contrato, pretendendo entregar suas obras à exploração econômica, em função dos termos contidos no contrato, acaba impelido a uma cessão definitiva de seus direitos. O Professor Denis Borges Barbosa delimita com clareza a distinção entre os institutos da cessão e da licença:

“Na prática comercial e na legislação em vigor, licença e cessão são coisas diversas. Licença é a autorização concedida para a exploração do direito (como no caso de locação de bens físicos), enquanto a cessão é negócio jurídico que afeta o direito em si (como a venda de um apartamento). A diferença é importante, no caso do registro, por que se o contrato é de licença não há, em princípio, obrigação legal de registrar a obra autoral. Outra distinção importante é a que se faz entre venda de direitos - a cessão - e ‘venda’ de uma cópia de obra autoral. Ao contrário do que ocorre com um livro, caso em que cessa o poder do autor sobre a cópia vendida (não se imagina que Jorge Amado possa opinar sobre em que estante o leitor guarde Jubiabá...), em cada ‘venda’ de uma cópia da obra autoral pode existir uma licença de uso. Não há nunca, porém, cessão de direitos. Alguns poucos especialistas aconselham que se trate algumas licenças de forma idêntica à cessão, obrigando-se ao registro: parece razoável, com efeito, exigir da licença exclusiva o requisito do registro.”³⁷

Importante ratificar, por meio da explicação de Barbosa, que *cessão* e *licença* são figuras distintas, que não se confundem, uma vez que aquela implica na transferência do fundo de direitos patrimoniais de autor – como a venda no direito civil; enquanto esta é uma autorização concedida para a exploração de um direito – como a locação no direito civil – que pode ou não ser exclusiva. A edição musical, por exemplo, é nitidamente uma *licença exclusiva* na qual o compositor dá ao editor uma autorização para explorar economicamente suas obras, em troca do dever do editor de divulgá-las e empreendê-las.

Em sua análise acerca do *contrato de cessão de direitos autorais*, o Prof. Eduardo Vieira Manso define que a *cessão* seria um contrato típico apenas no ramo de Direito Autoral,

³⁷ Disponível em: <http://bit.ly/148L2K0>

uma vez que, nos demais ramos, não se estaria diante de um negócio jurídico propriamente dito:

“O ‘contrato de cessão de direitos autorais’ é típico, no direito brasileiro, representando, a cessão, um autônomo negócio jurídico, gerador de direitos e obrigações patrimoniais específicos do Direito Autoral, em que se opera a substituição subjetiva do titular de tais direitos. Sabe-se que, no sistema geral do Direito das Obrigações, a cessão não é, em si mesma, um negócio jurídico. Ela apenas constitui um indicador de certo modo de cumprir determinadas obrigações. Assim, quem se obriga a vender, quando cumpre essa obrigação, cede ao comprador o direito de propriedade, quase sempre transmitindo simultaneamente a posse da coisa vendida. É por isso que Gondin Netto, em monografia à qual ele mesmo se refere em parecer publicado na RT 274/63, disse que ‘a cessão não é um ato constitutivo da obrigação, mas um ato de disposição, pelo qual se dá cumprimento a uma obrigação de transferir para outrem um direito de nosso patrimônio, um crédito, um objeto incorporável...’. Pode-se, portanto, afirmar que a cessão é um negócio causal, no direito comum, de modo que, em tal regime, sempre haverá de existir uma causa *a priori*, que está logicamente situada antes, e que é determinante do ato de ceder.”³⁸

Plínio Cabral, em “A nova Lei de Direito Autoral” define o contrato de cessão como transferência de direitos feita de forma definitiva. O autor define a cessão com uma transferência de direitos, e explica que:

“Em face dessa transferência e dos problemas que ela implica, a lei estabelece condições geradoras de obrigações. É que, na cessão, o autor despoja-se de seus direitos sobre uma propriedade que pode continuar a existir indefinidamente e, inclusive, assumir um valor futuro extraordinário. O cessionário adquire o direito de explorar a obra economicamente, de forma absoluta e definitiva. Mas, nem por isso, ele se investe nos direitos e na condição do próprio autor que continua na posse de suas prerrogativas morais. Pode, por exemplo, arrepender-se da obra e até retirá-la de circulação ou emendá-la. Trata-se, realmente, de um negócio *sui generis*. O objetivo da legislação autoral em todo o mundo é ‘proteger o autor’ na formulação dos contratos, especialmente no caso da cessão definitiva de seus direitos, pois com esse ato, ele abdica de um patrimônio.”³⁹

A advogada Eliane Abrão⁴⁰ tenta confrontar a cessão com a licença, mas fala em cessão parcial, o que, no caso específico da música, está em desacordo com a própria definição de cessão. Importantes as exceções referidas pela autora no que diz respeito às vedações que a legislação esparsa estabelece quanto à cessão:

“À exceção da interpretação artística não musical, de atores e demais profissionais de que trata a Lei 6533/78 e da lei do radialista (Lei 6615/78), todas as demais obras protegidas podem ser objeto de contrato de cessão, incluindo a interpretação artística musical, obra dos cantores. Mas nem todos os direitos de autor podem ser transferidos. De acordo com o legislador (art.49, I) não podem ser objeto de cessão

³⁸ MANSO, Eduardo Vieira in *Contratos de Direito Autoral*, Editora Revista dos Tribunais, 1989 – pág. 21 a 22

³⁹ CABRAL, Plínio in “A Nova Lei de Direitos Autorais”, São Paulo: Rideel, 1ª ed. 1999, p. 26-27

⁴⁰ ABRÃO, Eliane in “Direitos de Autor e Direitos Conexos”, São Paulo: Ed. do Brasil, 1ª ed., 2002, p.136

ou qualquer outro tipo de transferência, os direitos de natureza moral e os expressamente excluídos em lei. Os direitos que o legislador, atualmente, considera inalienáveis e irrenunciáveis são, além dos morais, os direitos de seqüência, e, excluídos em lei, os de autor desconhecido (art.45, II). *A cessão parcial confunde-se muitas vezes com a licença*, porque ambas têm eficácia menor em relação à cessão total a título universal ou singular. A lei não define licença, tampouco a regulamenta, mas é certo afirmar-se que se trata de uma autorização de uso, de exploração, e não de uma transferência de direitos.” (grifou-se)

Válido citar, ainda, a sucinta lição do Prof. Sérgio Vieira Branco Júnior, que delimita de maneira muito didática os termos de cessão e licença em direitos autorais, comparando-as com institutos comuns ao direito civil brasileiro:

“Caracteriza-se a cessão pela transferência de titularidade da obra intelectual, com exclusividade para o(s) cessionário(s). Já a licença representa uma autorização por parte do autor para que terceiro se valha da obra, com exclusividade ou não, nos termos da autorização concedida. Ou seja, a cessão se assemelha a uma compra e venda (se onerosa) ou a uma doação (se gratuita) e a licença, a uma locação (se onerosa) ou a um comodato (se gratuita).”⁴¹

Dessa forma, fica explícito, por meio da análise do problema relacionado à cessão e à licença, que o sistema brasileiro de Direito Autoral não está harmonizado na lei de regência do tema, uma das principais *instituições* em que está fundada todo o sistema. Como consequência da ausência de padronização e definição dos negócios jurídicos em direitos autorais de forma harmônica, tem-se a formulação de contratos que, quando interagem com a LDA, dão margem a uma série de conflitos entre autores e editoras, como fica demonstrado no capítulo 3 desta dissertação.

Assim é que é importante ressaltar que antes mesmo de se considerarem os *custos de transação* oriundos da divisão do trabalho, já há uma fonte de *custos de transação* oriundos da má definição de direitos de propriedade, de modo que, embora os *custos de transação* tenham causas mais amplas do que a má definição de direitos de propriedade, esta má definição também pode agravar os *custos de transação*. De fato, na relação entre compositores e editoras musicais, há fontes de custos de transação *ex ante* – oriundas de problemas legislativos – e fontes *ex post* – oriundas da impossibilidade de definição exaustiva nos contratos de todas as possibilidades futuras de conflitos, bem como da complexa divisão do trabalho existente na relação.

⁴¹ BRANCO, Sérgio *in* Direitos Autorais – Circulação da obra, limitações e exceções

Feita, portanto, a apresentação do ambiente institucional em que os *arranjos institucionais* nos quais as transações decorrentes da relação entre editoras musicais e autores se dão, passa-se à apresentação das duas *estruturas de governança* privadas que exercem uma forma de *coordenação* da atividade econômica de música no Brasil, em função de, entre outros fatores, haver um vazio institucional no que se refere a essa atividade. Dessa forma, são apresentadas, nas próximas duas seções: as editoras musicais, na terceira seção deste capítulo; e, na quarta seção, as entidades de gestão coletiva de direitos autorais de execução pública de música, bem como a entidade central que as congrega, o ECAD

2.2 Os Arranjos Institucionais – Estruturas de Governança – Editoras Musicais

É importante salientar que esta seção tem o papel de apresentar uma atividade não tão conhecida pelo grande público brasileiro, que, via de regra, confunde as *editoras musicais* com as *produtoras fonográficas*, também conhecidas como gravadoras. Como demonstrado na pequena apresentação da cadeia produtiva da música, feita no capítulo 1, a divisão do trabalho em torno da exploração econômica das obras musicais e dos fonogramas é bastante complexa, o que gera, inclusive, *custos de transação* associados a essa complexa divisão do trabalho, de acordo com o referencial teórico utilizado neste estudo. Assim, a atividade das *editoras musicais* – ou *music publisher*, como é já bastante difundida no exterior – é pouco conhecida no Brasil, sobretudo em razão de não haver uma expressão clara, nas *instituições formais*, a respeito dessa divisão do trabalho corrente em torno da música.

A ausência de uma menção específica a este tipo de edição na LDA, que se restringe a abordar a edição de literária, demonstra esse vazio nas *instituições* quanto a esta importante atividade. Além disso, a forte ligação das *editoras musicais* com as produtoras fonográficas dá margem a confusões entre as duas, principalmente porque as editoras foram, por algum tempo, um anexo das grandes gravadoras – que formalizavam a atividade de edição musical apenas para, além dos fonogramas, serem também donas das obras musicais.

O fato é que algumas editoras musicais exerceram papel de protagonismo no Direito Autoral brasileiro. Esse papel de protagonismo, inclusive, dará margem à descrição e análise realizadas na quarta seção deste segundo capítulo, qual seja a de apresentar as associações de gestão coletiva de direitos autorais, que em razão de determinação da LDA, formam um

Escritório de Arrecadação e Distribuição de valores oriundos da execução pública de obras musicais e fonogramas no Brasil. A quarta seção, dessa forma, tem o objetivo de descrever o ECAD e as associações, bem como de explicar essa “retomada” por parte das *editoras musicais* no ECAD. Antes, porém, passa-se à natureza jurídica e ao marco legal que estabelece a função das editoras, bem como a um pequeno histórico a respeito da atividade de edição musical no Brasil

Natureza jurídica e marco legal

A atividade da *edição musical* está prevista na LDA, por meio do artigo 53, segundo o qual:

Art. 53. Mediante o contrato de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária artística ou científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade, a publicá-la e a explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas pelo autor.

Como expressado, esse artigo da LDA não faz uma referência específica à *edição musical*, do que se depreende que o legislador, à época da formulação da lei, não tinha ciência da importância da atividade de *edição musical*.

A *edição musical* é uma atividade com intuito de lucro, que deve ser constituída na forma de sociedade empresária, de acordo com o determinado pelo Código Civil para as atividades que tem como objetivo social o de distribuir resultados entre seus sócios. Como expressado, a edição musical tem papel relevante na complexa divisão do trabalho que se dá em torno da exploração econômica de obras musicais. Como descrito no capítulo 1, é o editor musical o responsável por fazer a obra musical circular, isto é, ser gravada por intérpretes, ser utilizada em propagandas comerciais, em jogos eletrônico, em programas de televisão; em suma, a editora musical deve divulgar e empreender as obras musicais entregues a seus cuidados.

Diferentemente do *editor de livros*, que além da atividade de licenciamento das obras literárias tem a tarefa de, em regra, realizar a reprodução física das obras literárias para venda, o editor musical não tem essa preocupação. É fato que a atividade já exerceu, na indústria da música, o papel de reproduzir partituras de obras musicais para venda, o que praticamente deixou de ocorrer com o advento do digital. Porém, apesar de não ser obrigado a reproduzir exemplares, o *editor musical* deve empreender e divulgar as obras. É o que explica José de Oliveira Ascensão, em assertiva a respeito da atividade do *editor*:

“Não há edição se quem reproduz os exemplares os guarda para si, facultando apenas a consulta. (...) Tem de haver ainda a exploração da obra. (...) *O editor deve pôr em circulação a obra, como atividade comercial, assumindo por consequência os riscos da comercialização desta.* Portanto, o editor toma sobre si o direito e o dever de reproduzir a obra e de lançá-la em termos de empreendimento comercial” (grifos nossos)⁴²

Dessa maneira, a *edição musical* é uma atividade empresária típica, definida na Lei de Direitos Autorais – em que pese não expressamente, e sim por meio de remissão –, dotada de direitos e obrigações em relação às obras musicais que gere, seja por meio de licença exclusiva, seja por meio de contratos de *cessão de direitos* – sendo certo que contemporaneamente a cessão de direitos é a regra.

Estabelecidos, então, a natureza jurídica e o marco legal no qual se funda a edição musical, passa-se a um pequeno histórico a respeito dessa atividade no Brasil.

Histórico da edição musical

Em um crescente mercado de direitos autorais, a divisão do trabalho tornou-se cada vez mais complexa, necessitando de uma série de operadores para que a economia em torno da exploração da música pudesse se dar de forma lucrativa. Como salientado, antes das reproduções fonográficas, o *editor de música* exercia papel semelhante ao do *editor de obras literárias*: a partir de uma criação original, produzia cópias das partituras e providenciava sua distribuição. Neste processo, a figura do *editor de música* passou, em tese, a ter uma importância secundária, à medida que o mercado do disco, com a venda das reproduções fonográficas, predominava.

Nesse cenário, a figura do editor passou a ser quase que cartorária, isto é, a editora musical tinha a função de autorizar o uso das obras fixadas em discos, e de recolher o pagamento dos direitos referentes às vendas, também denominados de *direitos fonomecânicos*. Após o recolhimento, a editora retirava sua parte, e transferia os demais valores ao compositor da obra. Assim, as editoras tinham, no cenário de vendas de discos com volume elevado, papel que em tese era secundário. No entanto, com a queda das vendas físicas, e a necessidade de incremento da arrecadação, o editor musical passou a exercer forte protagonismo, sobretudo nas entidades de gestão coletiva de direitos autorais, na medida em que os direitos de execução pública, com a queda das vendas físicas, passou a ser a principal fonte de receita do mercado de direitos autorais de música.

⁴²ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 382.

Como se pode observar no capítulo 3 desta dissertação, muitos compositores, no início de suas carreiras – e com o afã de verem suas obras empreendidas e divulgadas pelas editoras – cederam a editoras musicais, em caráter definitivo, seus direitos patrimoniais sob as obras. De fato, a cessão de direitos de caráter definitivo é figura central no arranjo institucional no qual a estrutura de governança privada *editora musical* se forma. Como detém os direitos patrimoniais *ad eternum*, as editoras musicais operam com os direitos de propriedade sob as obras. Deter os direitos de propriedade de forma definitiva sob as obras musicais é o principal instrumento de poder econômico das *editoras musicais*.

Estudo realizado pelo Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação – GEPOPAl⁴³ –, que realizou uma análise do mercado musical brasileiro, demonstra a atuação das *editoras* do ramo da música, e a maneira como organizam *estruturas de governança* para coordenar as transações em torno da música no Brasil:

“Em geral, a administração do licenciamento de composições não é feita pelo próprio artista, mas por empresas e/ou associações de gestão coletiva criadas especificamente para essa finalidade: são as chamadas editoras musicais. O mercado dessas editoras é bastante diversificado. Como a diferenciação entre a atividade de composição e execução que, historicamente, marcou a produção de música no ocidente, manteve-se como um aspecto importante da indústria da música ao longo do século XX, foi comum, por um longo período, que a editora musical se mantivesse como uma empresa diferente da gravadora: ou seja, as editoras “representavam” os compositores e as gravadoras, os cantores e bandas. Como essa diferenciação explícita foi tornando-se cada vez mais fluída, as gravadoras passaram a criar suas próprias editoras, acrescentando à exploração comercial do fonograma (ou seja, da música gravada), mais um tipo de receita: o licenciamento das composições enquanto obras lítero-musicais.”

Ainda no estudo, é estabelecida a divisão do mercado entre as editoras atuantes:

(...) a editoração musical é uma atividade relativamente simples, que requer apenas a administração de um portfólio de obras lítero-musicais, dispensando a necessidade de grandes volumes de capital, os próprios artistas passaram a abrir suas próprias editoras para controlar mais diretamente a sua produção musical. Por todos esses desdobramentos, esse mercado apresenta-se, hoje, no Brasil, multifacetado: no qual as editoras tradicionais, voltadas exclusivamente para a organização e comercialização de portfólios de compositores, dividem espaço com as editoras ligadas às gravadoras, grandes ou pequenas, *majors* ou independentes, e com as editoras pertencentes aos próprios artistas, que podem ou não controlar o portfólio de mais de um compositor. Mas essa diversificação não se traduz completamente na estrutura desse mercado, nem na sua distribuição regional e nacional. Segundo as entrevistas que realizamos ao longo da pesquisa com editoras, associações de editoras, gravadoras de música e artistas, 95% do repertório musical brasileiro é, atualmente, controlado por apenas 60 editoras musicais, sendo que as duas principais associações do setor — a Associação Brasileira dos Editoras de Música (ABEM) e a Associação Brasileira de Editoras Reunidas (ABER) — congregam, juntas, 46 editoras das quais apenas 4 estão fora do eixo Rio-São Paulo.

⁴³ Disponível em <http://www.gpopai.usp.br/wiki/images/8/83/Relatorio-musica-gpopai-2010.pdf>

Não sem razão, com o avanço das tecnologias digitais e da circulação do conteúdo armazenado por meio da internet, enquanto as gravadoras atingidas pela queda brutal na venda de CDs, e comerciantes, donos de lojas de venda de CDs, faliram e tiveram que fechar suas portas, as editoras conseguiram se manter vivas e fortes no mercado musical. No cenário atual, é notório que as gravadoras, ou produtoras fonográficas, têm constantemente tentado buscar o caminho para superar os problemas, investindo em relançamentos de CDs de músicos renomados, ou de CDs antigos que um dia alcançaram níveis altíssimo de vendas, tendo, mais recentemente, acreditado no retorno do antigo e clássico *Long-Play* de vinil (LP). Nehemias Gueiros Jr., ao abordar a atual situação tecnológica mundial, afirma que:

“simultaneamente, todas as formas de reprodução, transmissão e manipulação de informações, em nível planetário, impactaram fortemente o mercado musical mundial, permitindo novas formas de utilização de obras musicais, que ameaçam os direitos autorais e abrem grandes brechas na legislação. A quase infinita capacidade de se transportar música hoje ao redor do mundo, por meio da miríade de novos equipamentos e formatos, sem necessariamente ter que ostentar muita qualidade, principalmente nos países menos favorecidos, aumenta a importância do mercado musical mundial como *business*, mas traz consigo, no alforje, os problemas legais e econômicos correspondentes.”⁴⁴

Nota-se, portanto, que com o crescimento independente pelas editoras, que foram criadas para, em verdade, dar um suporte para as gravadoras, chama a atenção as estratégias de mercado utilizadas pelas editoras, para que se possa garantir o sucesso desse negócio econômico em meio a tantas mudanças e avanços.

Dando andamento à análise e descrição propostas neste capítulo 2, passa-se à seção 4, que tem por objetivo abordar uma importante estrutura de governança privada que, em conjunto com as editoras musicais, exercem a coordenação da atividade econômica engendrada em torno da exploração das obras musicais e dos direitos patrimoniais de autor delas decorrentes. Trata-se do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais, o ECAD, e das entidades de gestão coletiva que o formam.

2.3 Arranjos Institucionais – Estruturas de Governança – o ECAD

Na medida em que esta dissertação tem como questão central a análise da relação entre compositores e editoras musicais, é essencial que haja uma seção dedicada a explicar, ainda que de forma breve – visto que a questão das entidades de gestão coletiva é bastante

⁴⁴ **GUEIROS JR.**, Nehemias. O Direito Autoral no Show Business, A Música. Rio de Janeiro: 3ª Edição, Editora Gryphus, 2005. Pág. 447.

complexa –, o sistema de gestão coletiva de direitos autorais de execução pública brasileiro. Assim, esta seção é dedicada a descrever a estrutura de funcionamento e as funções do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais – a maior parte das vezes referido nesta como ECAD –, bem como das nove entidades de gestão coletiva que, no Brasil, integram esse escritório central.

A princípio, serão discutidos a natureza jurídica do escritório central, bem como o marco legal, que formam o *ambiente institucional*, e que dá margem ao arranjo institucional em que essa *estrutura de governança privada* se funda. Na subseção seguinte, descreve-se e se discute o histórico e a estrutura de funcionamento do ECAD, no arranjo institucional formado pelas nove entidades que o compõem, além dos percentuais cobrados pelo escritório para realizar as atividades a que se propõe, sob o viés dos altos custos de transação associados a essa atividade.

Importante salientar que considerar o ECAD como uma *estrutura de governança* que age de forma relevante na relação entre autores e editoras musicais tem uma justificativa importante: as editoras musicais, no período em que verificaram que a queda das vendas físicas de música – que se iniciou já com o lançamento das fitas cassetes – perceberam a necessidade de atentarem mais para uma fonte de receita que estaria, em tese, imune aos movimentos de quedas de vendas físicas oriundos da possibilidade de se copiar e distribuir de forma ilegal os discos fabricados pelas gravadoras. Esta receita é precisamente a oriunda da execução pública de música, uma vez que não há a necessidade de reprodução e venda de cópias físicas para haver a remuneração pelos usuários⁴⁵ de música.

Assim, em finais dos anos 1980, início dos anos 1990, as editoras musicais tomaram a iniciativa de realizar uma estratégia que denominam de *retomada*. Esse registro se encontra na publicação “UBC 70 anos – o autor existe”, preparado pela União Brasileira de Compositores – UBC – uma das principais associações que compõem o ECAD –, em comemoração aos setenta anos de sua fundação:

“No final de 1987, início de 1988, na ABEM (Associação Brasileira de Editores de Música) os editores perceberam que havia chegado a hora de se ocupar e participar diretamente das atividades das sociedades de gestão coletiva. Naquele momento, todos estavam insatisfeitos e, por isso, acharam que a melhor solução seria participar da diretoria de uma das sociedades brasileiras em vez de ficar reclamando. Os editores procuraram as sociedades existentes, mas não foram bem

⁴⁵ O termo *usuário* é utilizado para referir-se à pessoa física ou jurídica que se utiliza da execução pública de música para obter proveito econômico.

recebidos e em algumas delas ficou bem claro que eles não poderiam ter voto na diretoria. Assim, resolveram criar uma sociedade dos editores. Um deles, muito conhecido, o Corisco do grupo Arlequim, indicou um advogado para fazer os estatutos. Enquanto isso, os diretores da UBC procuraram os editores e ofereceram a participação em uma chapa que concorria às eleições de 1988, para um período de dois anos, conforme determinavam os estatutos em vigor na época. Ofereceram duas vagas na chapa da situação, que acabou por ser eleita. Nessa primeira diretoria entramos eu e José Loureiro como representantes das editoras, junto com Paulinho Tapajós, Romeu Nunes e Bidú Reis. Aqui abro parênteses para falar sobre o meu amigo, o saudoso José Loureiro – ‘Todo o crescimento da UBC que observamos nos últimos 20 anos devemos à incansável dedicação do Loureiro’. Voltando à história que eu contava, de acordo com os estatutos, os diretores vogais vinham da segunda chapa colocada nas eleições e participavam da diretoria. Assumimos a diretoria em 1989. A partir daí, vieram se filiar à UBC, de uma só vez, compositores importantes e conceituados, como Paulo Sérgio Valle, Cláudio Rabello, Dalton, Djavan, Abel Silva e também alguns em fase mais inicial de carreira como Paralamas do Sucesso e Legião Urbana. Em seguida vieram Fernando Brant, Ronaldo Bastos e outros que participavam até então, ativamente, de outra associação. As coisas começaram a mudar e a sociedade foi se profissionalizando. Da mesma forma, as coisas começaram a mudar no ECAD, especialmente no que diz respeito às regras de distribuição e os cuidados com a fiscalização e arrecadação”⁴⁶.

De modo, então, a compreender de que forma a atividade das entidades de gestão coletiva que formam o ECAD – e que são em larga escala controladas pelas editoras musicais –, passa-se à descrição da natureza jurídica e ao estabelecimento do marco legal em que se fundam estas entidades.

Natureza jurídica e marco legal

Em texto intitulado “Ecad é exemplo de empresa privada que deu certo”, o advogado Hildebrando Pontes, que atua como advogado do ECAD em diversos processos judiciais, afirma que o ECAD seria *uma empresa que deu certo*:

“(…) o ECAD é um das maiores instituições de direitos autorais da América Latina, que em 2011 arrecadou R\$ 540,5 milhões, tendo distribuído R\$ 411,8 milhões. Esses dados são um indicativo, até para os mais desavisados, de que *o Ecad constitui-se numa empresa privada que deu certo*. Na atividade privada só se alcança tão expressivos resultados com um mínimo de organização. O Ecad de hoje é o Ecad possível, é o que suporta o peso da inadimplência da radiodifusão nacional, e de parcela do Poder Público. O Ecad ideal virá, mesmo contra a vontade de seus detratores de plantão.”⁴⁷ (grifou-se)

⁴⁶ “UBC 70 anos – o autor existe.” Disponível em: http://www.ubc.org.br/o-autor-existe/ubc_livro_70anos.pdf pag. 80

⁴⁷ PONTES, Hildebrando. *Ecad é exemplo de empresa privada que deu certo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-18/hildebrando-pontes-ecad-exemplo-empresa-privada-deu-certo>

É bem verdade que o Código Civil, por meio do artigo 44, refere-se às associações como pessoas jurídicas de direito privado⁴⁸; entretanto, o art. 53, do mesmo diploma legal, determina que:

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Como ensina Miguel Reale Júnior:

“Uma das modificações básicas do novo Código Civil refere-se ao *Direito Empresarial* que constitui o objeto do Livro II de sua Parte Especial. Na realidade, a alteração começa na Parte Geral com a distinção do Art. 53 entre *sociedade e associação*, aquela constituída pela união de pessoas que se organizam para fins econômicos, e esta por terem outras finalidades.”⁴⁹

Nesse sentido, o conceito de associação vai de encontro ao conceito do que erradamente se denomina de *empresa*; o que faz com que a terminologia com que alguns, como o autor supra citado, se referem ao ECAD esteja dotada de dois erros conceituais bastante importantes. O *primeiro* deles é afirmar que o *ECAD é uma empresa*: não só o ECAD não é uma empresa, como nenhuma outra sociedade empresária é *uma empresa*, já que empresa é a atividade econômica, e não a *organização* que realiza esta atividade. Como explica Fábio Ulhoa Coelho:

“A pessoa jurídica cotidianamente denominada ‘empresa’, e os seus sócios são chamados de ‘empresários’. Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade.”⁵⁰

Dessa maneira, o ECAD não é uma *empresa*. De início, porque empresa é a atividade, e não a organização que exerce essa atividade; e, principalmente, na medida em que a atividade econômica de empresa só pode ser exercida pelas sociedades empresárias, que *visam ao lucro* e à distribuição desses lucros entre seus sócios; o que também não é o caso das entidades de gestão coletiva de direitos autorais de música no Brasil, nem do Escritório Central que as congrega. A LDA define de forma expressa a natureza jurídica das entidades de gestão coletiva e do ECAD, por meio dos artigos 97 e 99:

Art. 97. Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e os titulares de direitos conexos **associar-se sem intuito de lucro**. (grifos nossos)

⁴⁸ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações

⁴⁹ Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/socse.htm>

⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 1, 13. Ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 63

Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

§1º O escritório central organizado na forma prevista neste artigo **não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado pelas associações que o integrem.** (grifos nossos)

Nesse sentido, voltando à análise da assertiva de que ECAD seria “uma empresa que deu certo”, nota-se que a mesma não corresponde à técnica jurídica aplicável. E, no mesmo sentido, a assertiva também não se coaduna com a realidade econômica dos fatos, notadamente no sentido econômico proposto por este trabalho. A natureza jurídica do ECAD, e das entidades que o formam, é a de associação de direito privado; porém, é uma entidade privada que detém o monopólio da cobrança de valores oriundos da execução pública de obras musicais, como expresso no art. 68 e §4º da Lei de Direito Autoral:

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

§ 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.

Assim, é notório que o legislador dotou o Escritório Central de um viés *institucional* que ultrapassa as características das demais entidades privadas. O ECAD depende do monopólio concedido pela *instituição formal* – Lei de Direito Autoral – para que possa exercer sua atividade, que não deve ter intuito lucrativo, e menos ainda o intuito de dividir resultados entre aqueles que trabalham na entidade central, bem como nas entidades que a formam. O ECAD deve tão somente *arrecadar* para *distribuir* os valores aferidos com a exploração econômica da execução pública de obras musicais. Em síntese, o ECAD não é uma empresa, e tanto menos uma empresa que deu certo. É o que se passa a demonstrar a partir de uma narrativa do histórico da entidade⁵¹.

Estrutura de funcionamento e Histórico

De acordo com seu *site* na *internet*, e como já explicitado, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD – é uma entidade instituída pela Lei Federal nº 5.988, de

⁵¹ Tendo em vista a parca bibliografia de caráter científico em que esteja exposto de forma organizada um histórico sobre o ECAD, utilizou-se um documento bastante detalhado, e baseado em estudo aprofundado a respeito do tema, qual seja o Relatório Final da CPI do ECAD, realizada no ano de 2012, no âmbito do Senado Federal da República do Brasil, cujo conteúdo integral encontra-se disponível em: <http://bit.ly/NfloND>

14 de dezembro de 1973, e mantida pela atual LDA. A associação é administrada por outras nove associações de música, para realizar a arrecadação e a distribuição de direitos autorais decorrentes da execução pública de músicas nacionais e estrangeiras no Brasil. Com sede na cidade do Rio de Janeiro, 27 unidades arrecadoras, 840 funcionários, 52 escritórios de advocacia prestadores de serviço e 110 agências autônomas instaladas em todos os Estados da Federação, a entidade alega possuir ampla cobertura em todo o Brasil.⁵²

Ainda de acordo com seu *site*, o controle de informações seria realizado por um sistema de dados totalmente informatizado e centralizado, que possuiria cadastrados em seu sistema 536 mil titulares de obras musicais e fonogramas. Estariam catalogadas, nessa base de dados, 3.225 milhão de obras, além de 1.194.003 de fonogramas, que contabilizariam todas as versões cadastradas de cada música. O site informa, ainda, que os números envolvidos fariam com que aproximadamente 81 mil boletos bancários fossem enviados por mês, cobrando os direitos autorais daqueles que utilizam as obras musicais publicamente, os chamados *usuários de música*, que somam 532 mil no cadastro do ECAD.⁵³

A instância decisória da entidade, que define os critérios de arrecadação e distribuição, é a Assembléia Geral, formada por sete das nove associações que administram o escritório central. Os titulares de direitos autorais são filiados a estas associações, que por sua vez são responsáveis pelo controle e remessa ao ECAD das informações cadastrais de cada associado e dos seus respectivos repertórios, a fim de alimentar seu banco de dados e possibilitar a distribuição dos valores arrecadados dos diversos *usuários de músicas*. As sete associações que têm poder de voto na Assembléia Geral são denominadas de associações efetivas.⁵⁴

São as associações efetivas que definem os rumos do escritório central, e o poder de voto das mesmas é definido de acordo com o valor arrecadado, isto é, quem arrecada mais tem maior poder de voto. As associações efetivas são as seguintes: ABRAMUS – Associação Brasileira de Música e Artes; AMAR – Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes; ASSIM – Associação de Intérpretes e Músicos; SBACEM – Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música; SICAM – Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais; SOCINPRO – Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais; e UBC – União Brasileira de Compositores. Além dessas, há duas

⁵² Disponível em: www.ecad.org.br

⁵³ idem, ibidem

⁵⁴ idem, ibidem

associações administradas, que compõem o sistema ECAD, mas que não têm direito a voto na Assembléia Geral: ABRAC – Associação Brasileira de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos e SADEMBRA – Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical do Brasil.

O fato é que a entidade denominada Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD – foi criada, como expressado, em 1973, pela Lei nº 5.988. Em que pese a previsão legal ter entrado em vigor em 1973, sua instalação só foi efetivada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA – em 1976. Toda a dinâmica de criação e fortalecimento das entidades de gestão coletiva no Brasil está intimamente vinculada às transformações por que passou o mercado de música, sobretudo com o advento do digital, e as consequentes possibilidades de difusão das obras musicais por meio desse formato.⁵⁵ Nesse sentido, as diversas demandas de consumo proporcionam constantes e significativas mudanças na arquitetura da exploração econômica das obras musicais, inclusive quanto às retribuições aos titulares de direitos pelo uso de obras.

Ocorre que, nas primeiras décadas do século XX, predominavam, quanto à execução pública de obras musicais, os espetáculos teatrais e musicais, bem como uma combinação de ambos. Até mesmo por esta razão, a primeira associação de gestão coletiva de direitos autorais brasileira foi formada, predominantemente, por autores teatrais. À época, as associações ainda podiam adotar a forma societária de *sociedades* – o que foi posteriormente alterado pelo Código Civil de 2002, como explicado na seção anterior a esta –, de modo que a primeira entidade de gestão coletiva brasileira denominou-se de *Sociedade Brasileira de Autores Teatrais*, mais referida pela sigla SBAT. Fundada em 1917, época em que a comunicação ao público de músicas – outra denominação que a LDA estabelece para a execução pública – dependia da presença dos artistas executantes.⁵⁶

Entretanto, à medida que as tecnologias evoluíram, ampliavam-se as possibilidades de execução pública de obras musicais, sobretudo com o incremento das rádios, e com a possibilidade de fixação das obras musicais em fonogramas; dando origem ao que a indústria da música convencionou denominar de direitos *fonomecânicos*⁵⁷. Com a possibilidade de

⁵⁵ Relatório Final da CPI do ECAD no Senado Federal, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951>

⁵⁶ Idem, *ibidem*

⁵⁷ A Lei de Direito Autoral não faz referência à denominação *direitos fonomecânicos*; apenas a *direitos de reprodução*.

gravação, surgiram as produtoras fonográficas – gravadoras – que também têm direitos conexos sobre as gravações. Essa complexa divisão do trabalho, com gravadoras, editoras musicais, intérpretes e músicos executantes, e compositores, passou a demandar uma receita que pudesse remunerar todo o trabalho envolvido na produção e difusão do conteúdo musical produzido.

O fato, assim, e como já expressado, é que uma das mais importantes fontes de receita para remunerar a complexa divisão do trabalho relacionada à música é a receita advinda da execução pública das obras musicais. Traçando-se um histórico a respeito da trajetória das entidades de gestão coletiva, poderá se notar que, de 1917 a 1976, houve, no Brasil, diversas iniciativas para constituir e manter entidades de autores⁵⁸. O relatório final da CPI do ECAD, ocorrida no Senado Federal em 2011 e 2012, aponta algumas dessas iniciativas:

“Assim foi que, pioneiramente, com o propósito de criar condições efetivas para o recolhimento dos direitos de autor, a exemplo de instituições semelhantes em outros países, em 1917, como expressado, foi criada a primeira sociedade de autores, a Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (SBAT). Entretanto, em 1938, ocorreria uma divisão dessa sociedade, permanecendo os autores teatrais da instituição pioneira, e sendo criada outra, a Associação Brasileira de Compositores e Autores (ABCA), para a qual migraram os autores de música. Tal arranjo novamente viria a ser cindido, pois, em 1942, nova sociedade de autores surgiu, a União Brasileira de Compositores (UBC), que congregou autores de música e compositores egressos do SBAT. Uma nova sociedade, resultante do conflito de compositores com editores, foi criada em 1946, a Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Editores de Música (SBACEM). Essa aliança perduraria por uma década, até que, em 1956, após um desentendimento entre editores, é criada a Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical (SADEMBRA). Nesse episódio, a SBACEM retirou de sua sigla a palavra ‘editores’ e, em seu lugar, colocou a palavra ‘escritores’. Em 1960, foi criada a Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (SICAM), novamente em decorrência da falta de entendimento entre sociedades e detentores de direitos, no que diz respeito aos critérios de arrecadação e de distribuição. Essa instituição surgiu, portanto, como decorrência da insatisfação de compositores paulistas com os critérios que tendiam a privilegiar cariocas. Observam-se, nos anos seguintes, tentativas de unificação das sociedades; primeiro, uma entidade denominada “Coligação”; em seguida, a reunião no Serviço de Defesa do Direito Autoral (SDDA). A nenhuma destas tentativas a SICAM se aliou, por entender que seria preterida quanto aos critérios de arrecadação e de distribuição”⁵⁹

Importante notar que, até a década de 1960, a proteção conferida pelos tratados internacionais dirigia-se, especificamente, aos *direitos de autor*, estabelecidos na Convenção de Berna. Desde a adoção dessa convenção, em nível internacional, as leis brasileiras

⁵⁸ Idem, ibidem

⁵⁹ Idem, ibidem

passaram a admitir a proteção do direito de autor. Entretanto, em 1961, a Convenção de Roma, assinada em 26 de outubro de 1961, determinou a proteção também aos *direitos conexos*. Essa convenção foi internalizada formalmente com o Decreto nº 57.125, de 19 de outubro de 1965, em decorrência da aprovação do Decreto Legislativo n. 26, de 1964, pelo Congresso Nacional. Assim, desde a aprovação, em Roma, essa convenção legitimou a gestão coletiva de direitos conexos de execução pública no Brasil, e, logo em 1962, foi criada a primeira entidade de gestão coletiva destes direitos, a Sociedade Brasileira de Administração e Proteção dos Direitos Intelectuais (SOCINPRO); uma sociedade de gestão que nasceu animada pelo interesse das gravadoras nesse segmento.

Em que pese as gravadoras também terem passado a exercer o poder no âmbito da Assembléia Geral do ECAD, o que foi possível a partir da internalização da Convenção de Roma mas foi efetivado apenas em finais dos anos 1980 – em que as gravadoras tomaram assento em diretorias de algumas associações –, as editoras musicais sempre demonstraram maior força dentro do sistema ECAD. O relatório final da CPI do ECAD no Senado Federal aponta esse predomínio da influência das editoras musicais:

“De fato, as editoras musicais são fundamentais para a divisão de ganhos no conjunto das entidades de gestão coletiva de direitos. Antes dos movimentos que, em 1973, redundariam na criação do Conselho Nacional de Direitos Autorais (CNDA) e do ECAD, houve ensaios de reunião de sociedades, como a Coligação das Sociedades de Autores, Compositores e Editores, do início da década de 1960 (composta por SBAT, SADEMBRA e SBACEM). Entretanto, persistia a concorrência e, mais que concorrência, sobreposição de cobrança dos direitos autorais, por parte das diversas sociedades de autores. O contexto de concorrência e sobreposição de cobranças era particularmente desfavorável aos usuários de obras. Mas também era profundamente prejudicial aos interesses dos detentores de direitos, pois o alcance da cobrança era limitado pela própria possibilidade de alcance das sociedades de gestão.”⁶⁰

Assim que as editoras musicais concluíram que os *usuários* – tais como promotores de eventos, emissoras de rádio e de televisão – tinham que pagar a mais de uma sociedade para poderem utilizar a execução pública de música em suas atividades, o que se tornou prejudicial ao sistema como um todo, consolidou-se a estratégia de formalização de uma entidade central para a cobrança e posterior distribuição dos direitos de execução pública:

“Os conflitos tornavam-se mais acirrados, tendo em vista que o rádio alcançava cada vez mais domicílios brasileiros e ampliava seus ganhos, sem que, necessariamente, os detentores de direitos recebessem sua parte. Maior impacto, entretanto, advinha das televisões abertas, na década de 1970, com

⁶⁰ Idem, *ibidem*

o estabelecimento das redes nacionais. Sob pressão de criadores, sociedades de gestão e grupos empresariais de mídia, o Congresso Nacional e órgãos especializados do Poder Executivo iniciaram os estudos para a adoção de uma lei específica para o setor e também para a criação de mecanismos que resolvessem os conflitos de gestão, arrecadação e distribuição dos direitos autorais.”⁶¹

Porém, é importante salientar que a criação de uma cobrança central dos direitos de execução pública, e sua formalização em lei, não se deu de forma estanque. Criou-se, conjuntamente, uma *estrutura de governança pública* que pudesse fiscalizar as atividades da estrutura privada. O relatório final da CPI do ECAD no Senado Federal aponta como se deu essa dinâmica:

“Como decorrência dos esforços iniciados em 1969, foi aprovada e promulgada a Lei nº 5.988, de 1973, que continha definições básicas de categorias de detentores de direitos, de execução e, particularmente, de organização da arrecadação e distribuição de direitos autorais. A Lei estabeleceu, entre as competências do CNDA, a de criar as condições orgânicas para a instalação de um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos direitos autorais. Porém, suas competências iam muito além disso. Uma dessas competências, por exemplo, era a de registrar obras, caso estas não pudessem ser registradas na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (art. 17, caput, da Lei nº 5.988, de 1973). Além disso, nos termos do art. 18 desse diploma legal, as dúvidas de registro porventura levantadas deveriam também ser submetidas, pelo órgão de registro, à apreciação do CNDA. Dentre as prerrogativas e obrigações do extinto Conselho Nacional de Direitos do Autor (CNDA), destacavam-se aquelas que diziam respeito ao funcionamento das sociedades de gestão coletiva. Nos termos do art. 105, estabelecia-se que, para funcionarem no País, as associações necessitavam de autorização prévia do Conselho Nacional de Direito Autoral. E às associações com sede no exterior, era permitido fazerem-se representar por associações nacionais. Essa premissa é a que permite atender aos Tratados de Berna e de Roma, já que viabilizam a rede internacional de representações mútuas. A Lei nº 5.988, de 1973 criava limitações aos estatutos das associações, os quais deveriam conter, nos termos do art. 106, a denominação, os fins e a sede da associação; os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; os direitos e deveres dos associados; as fontes de recursos para sua manutenção; os modos de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos; e também os requisitos para alterar as disposições estatutárias, e para dissolver a associação.

Pelo art. 114 daquela lei, as associações tinham uma série de obrigações em relação ao CNDA, como a de informá-lo, de imediato, de qualquer alteração no estatuto, na direção e nos órgãos de representação e fiscalização, bem como na relação de associados ou representados, e suas obras. Outra obrigação que constava do mesmo artigo era a de encaminhar-lhe cópia dos convênios celebrados com associações estrangeiras,

⁶¹ Idem, ibidem

informando-o das alterações realizadas. A fiscalização previa a obrigação de as associações apresentarem ao CNDA, até trinta de março de cada ano, com relação ao ano anterior, relatório de suas atividades; cópia autêntica do balanço; relação das quantias distribuídas a seus associados ou representantes, e das despesas efetuadas. As associações também eram obrigadas a prestar as informações que o CNDA solicitasse, bem como exibir-lhe seus livros e documentos.

Por fim, um grande poder do ente estatal, nos termos do art. 115 da antiga lei do direito autoral, residia em estabelecer as normas segundo as quais as associações organizariam um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos direitos relativos à execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou litero-musicais e de fonogramas. Porém, o CNDA foi extinto no governo do Presidente Fernando Collor, em meados de 1990, por conta do contexto neoliberal e desestatizante por que passava o Brasil à época. Em consequência direta disso, a LDA de 1998 não previu uma fiscalização estatal direta às atividades das entidades de gestão coletiva, e tanto menos previu a existência de um ente estatal que realizasse as atividades do extinto Conselho Nacional de Direito Autoral.”⁶²

A inexistência de formas de fiscalização das atividades do ECAD, bem como o fato de não existir mais um ente estatal que atue nos moldes do antigo CNDA, fizeram com que a coordenação da atividade econômica em torno da exploração das obras musicais passasse a ser exercida pelas *estruturas de governança* privadas descritas nesta e na seção anterior a esta. Editoras musicais e ECAD – e suas associações – passaram a ser, mesmo que de forma pouco explícita na LDA, os principais protagonistas nos *arranjos institucionais* formados a partir do *ambiente institucional* descrito nas duas primeiras seções. Assim, o capítulo 3 será dedicado a verificar se esses *arranjos institucionais* colaboram para a existência de conflitos, e de que forma, em consequência disso, afetam os custos de transação envolvidos na complexa divisão do trabalho decorrente da atividade econômica em torno da exploração das obras musicais.

Com este capítulo espera-se, portanto, que se tenha alcançado o objetivo de descrever o cenário – *ambiente e arranjos institucionais* – em que a relação em estudo transcorre, de modo a, com base neste, verificar a interação dos contratos com essas *instituições formais e informais*; avaliando-se se a interação dá margem a conflitos ou a cooperação. Essa análise, como já por mais de uma vez expressado neste estudo, visa a verificar se as *instituições formais e informais* exercem, no Brasil, o papel de coordenar as atividades econômicas de modo a reduzir a incidência de conflitos, dando ênfase à cooperação. Levando-se em consideração que a profusão de conflitos tem como consequência altos custos de transação,

⁶² Idem, *ibidem*

reduzem-se os ganhos econômicos com a exploração das obras musicais; podendo, inclusive, ser o caso de essa redução se dar de forma mais enfática para os compositores, na medida em que muitos custos de transação retroalimentam os sistemas de arrecadação constituídos como *arranjos institucionais* para aferir os resultados econômicos da exploração das obras musicais.

Passa-se, então, ao capítulo 3, em que são apresentados e analisados os tipos de contratos praticados entre compositores e editoras musicais. No próximo capítulo são, ainda, apresentados e analisados os conflitos de interesses correntes entre autores e editoras musicais, de modo a verificar-se de que modo a interação entre a Lei e os contratos dá margem a esses conflitos, bem como a fundamentar a tese da necessidade de que haja uma estrutura de governança pública para mediar e arbitrar soluções aos conflitos, que são *ex post* à elaboração e assinatura dos contratos. Nesse sentido, serão abordados mais detalhes a respeito do CNDA, suas competências de mediação e arbitragem, bem como o contexto econômico de sua extinção.

Capítulo 3 - Contratos e conflitos entre compositores e editoras musicais

Introdução

Os dois primeiros capítulos desta dissertação tiveram por objetivo *i)* estabelecer o referencial teórico, oriundo das ciências econômicas, em que o estudo se baseia; e *ii)* delinear o cenário em que ocorre a relação entre editoras musicais e compositores, apresentando-se o *ambiente institucional* e os *arranjos institucionais* em que essa relação se dá. Nesse sentido, partindo de um método dedutivo – do mais geral para o mais específico – este terceiro capítulo tem por objeto tratar dos instrumentos contratuais que formalizam as relações entre compositores e editoras musicais, abordar os conflitos que são consequência desses contratos, e demonstrar a necessidade de haver, em virtude desses conflitos, uma estrutura de governança pública que possa realizar a mediação e arbitragem de conflitos envolvendo compositores e editoras musicais, nos moldes do Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA, existente no Brasil até o início da década de 1990, como expressado no capítulo 2.

Como se pode avaliar por meio do capítulo 2, o *ambiente institucional* em que os contratos são formulados é dotado de uma série de lacunas, além de uma baixa intensidade de regras explícitas e adequadas à relação entre editoras musicais e compositores. Além disso, ainda que todas as questões legislativas fossem solucionadas – o que, na linguagem econômica, poderia solucionar *ex ante* a questão da alocação dos direitos de propriedade – há uma série de problemas *ex post* à formulação dos contratos que dão margem a conflitos e, por conseguinte, a custos de transação. Nesse sentido, nada obstante o vazio institucional que dá margem à formulação de instrumentos contratuais que tangenciam a LDA, uma vez que sequer a atividade de edição musical encontra-se expressamente definida na lei, há também a questão posterior à assinatura dos contratos que precisa ser levada em conta no Brasil.

Desse modo, este capítulo tem por objetivo apresentar, com mais detalhes que o capítulo 2, a estrutura de governança pública, que existia no Brasil até o início dos anos 1990 – adiante referido como CNDA –, para a mediação e arbitragem de conflitos em direito autoral; descrever e analisar os contratos que a indústria das editoras passou a praticar de maneira mais intensa na relação com os compositores, baseando suas cláusulas mais em práticas de mercado do que no texto da lei propriamente dito; e apresentar casos de conflitos entre compositores e editoras musicais que precisaram recorrer ao Poder Judiciário para sua solução, o que representa altos custos de transação em que as partes precisaram recorrer. Com relação à análise dos instrumentos contratuais propriamente ditos, esses serão divididos em

três tipos – em relação aos quais há bastantes casos de conflitos entre editoras e compositores: *i)* o contrato de cessão; *ii)* o contrato de edição; e *iii)* o contrato de exclusividade para obras futuras ou contrato de encomenda.

Como explica Carlos Alberto Bittar, os “mais comuns contratos de direitos autorais (...) são os de edição, cessão, representação, encomenda e proteção (...)”⁶³. De fato, apenas esta frase do Professor Bittar já demonstra o vazio institucional no que se refere aos contratos em direito autoral, uma vez que a análise doutrinária precisa se afetar ao “mais comum” e não ao que está expresso em lei, aos contratos típicos, como se dá no Direito Civil. Por esta razão, a análise deste capítulo está concentrada nos contratos *mais comuns* firmados entre autores e editoras musicais – edição, cessão e encomenda –, mas não tem a pretensão de afirmar que apenas esses contratos são os possíveis de serem firmados entre as partes referidas. A partir dessa análise, será feita uma revisão bibliográfica da doutrina existente sobre o tema, de modo a classificar e situar a natureza jurídica desses instrumentos à luz da Lei de Direito Autoral brasileira.

Importante salientar que o problema da alocação *ex ante* dos *direitos de propriedade* – na acepção econômica do termo –, como expressado, não é o único objetivo deste capítulo. Cumpre, da mesma forma, demonstrar a necessidade de, além da questão da formulação e alocação dos *direitos de propriedade* nos contratos, que exista um arranjo institucional que evite que a única solução a ser dada para os conflitos oriundos desses contratos seja emanada do Poder Judiciário – conflitos que podem existir ainda que houvesse uma alocação ideal dos *direitos de propriedade*, e que estes estivessem perfeitamente definidos na legislação. Isto porque o judiciário demanda altos custos de transação – como a contratação de advogados e pagamentos de custas judiciais – e, além disso, tem problemas para que haja julgadores na matéria específica de Direito Autoral. Dessa forma, a seção que se segue a esta introdução tem por objetivo apresentar a estrutura de governança pública em funcionamento no Brasil até o início dos anos 1990, o CNDA, que havia sido criada pela Lei 5.988 de 14 de dezembro de 1973.

A seção seguinte à da descrição do CNDA, a terceira deste capítulo, tem por objetivo elencar cada um dos três tipos de contrato *mais comuns* firmados entre compositores e editoras musicais, apresentando definições doutrinárias para cada um deles, de modo a demonstrar seu conteúdo e de que forma esses instrumentos evoluíram de acordo com as

⁶³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 94

necessidades das editoras musicais e dos compositores de os firmarem. Essa apresentação tem como objetivo dar margem à análise feita na seção seguinte, a quarta e última deste capítulo, em que se demonstra os principais reflexos desses contratos para os compositores, bem como se analisam casos de conflitos, em ações ajuizadas pelos compositores, em decorrência desses reflexos. Ao final, os pontos elencados neste terceiro capítulo são ratificados, encaminhando o raciocínio para a conclusão final deste trabalho.

Passa-se, então, à descrição do CNDA, que se segue à descrição e análise dos três contratos *mais comuns* firmados entre compositores e editoras musicais, que expressam juridicamente a relação econômica entre os mesmos.

3.1 Estrutura de governança pública para a mediação e arbitragem de conflitos em Direito Autoral – o CNDA

Ocorre que, como expressado no capítulo 1, por mais perfeita que seja a alocação *ex ante* dos direitos de propriedade nos contratos – o que no Brasil é dificultado pelo vazio institucional que há na legislação pertinente ao Direito Autoral – não se poderá prever todas as situações futuras, principalmente em transações que envolvem ativos específicos, como são os contratos entre compositores e editoras musicais. Além da questão dos ativos específicos, o problema da racionalidade limitada, e das condições de incerteza e complexidade que envolvem as transações neste contexto, potencializam a necessidade de coordenação *ex post* para minimizar as possibilidades de conflito. Para Williamson (1985), coordenar é uma atividade que os agentes devem tomar no sentido de reduzir os custos de transação, de modo que os agentes econômicos possam organizar métodos de coordenação de suas atividades, chamados de estrutura de governança, que devem respeitar as regras do jogo, para lidar com os custos de transação. Importante ressaltar que Williamson (1985) chama atenção para o fato de que a coordenação será mais eficiente se for mais adequada às características específicas das transações correntes em determinado mercado.

Por essa razão, antes de abordarem-se os tipos de contratos entre compositores e editoras musicais, e os conflitos a que os mesmos dão origem, importante salientar que, como apresentado no capítulo 2 ao abordar-se o histórico de formação do ECAD, já houve no Brasil uma estrutura de governança pública e especializada em coordenar as atividades econômicas ligadas ao Direito Autoral: o Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA. Como explicado no capítulo 2, o CNDA foi criado pela Lei 5.988/73, tendo como principais

competências fiscalizar as atividades das entidades de gestão coletiva, e principalmente do ECAD. Estabelecia o artigo 116 as funções gerais do CNDA, nos seguintes termos:

Do Conselho Nacional de Direito Autoral

Art. 116. O Conselho Nacional de Direito Autoral é o órgão de fiscalização, consulta e assistência, no que diz respeito a direitos do autor e direitos que lhes são conexos.

Já o artigo 117, da mesma Lei 5.988/73, determinava as competências do CNDA, dentre as quais destacam-se, para este estudo, as previstos no inciso V:

Art. 117. Ao Conselho, além de outras atribuições que o Poder Executivo, mediante decreto, poderá outorgar-lhe, incumbe:

I - determinar, orientar, coordenar e fiscalizar as providências necessárias à exata aplicação das leis, tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, sobre direitos do autor e direito que lhes são conexos;

II - autorizar o funcionamento, no País, de associações de que trata o título antecedente, desde que observadas as exigências legais e as que forem por ele estabelecidas; e, a seu critério, cassar-lhes a autorização, após, no mínimo, três intervenções, na forma do inciso seguinte;

III - fiscalizar essas associações e o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição a que se refere o art. 115, podendo neles intervir quando descumprirem suas determinações ou disposições legais, ou lesarem, de qualquer modo, os interesses dos associados;

IV - fixar normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais;

V - funcionar, como árbitro, em questões, que versem sobre direitos autorais, entre autores, intérpretes, ou executantes, e suas associações, tanto entre si, quanto entre uns e outras; (grifou-se)

Dessa forma, como salientado por Williamson (1985), uma coordenação exercida por uma estrutura de governança que esteja mais adequada às características específicas das transações é mais eficiente. De fato, o CNDA atuava de forma a estabelecer as diretrizes que, em que pese não terem o condão de resolver o problema dos conflitos, minoravam sua existência. O CNDA emitia pareceres a respeito de conflitos correntes em Direito Autoral⁶⁴, dando tratamento aos conflitos de forma mais específica e de acordo com entendimentos já firmados por aquele conselho, pareceres estes que também abordavam outros conflitos e atividades das entidades de gestão coletiva e do ECAD.

É notório que a existência do CNDA se alinha à teoria apresentada no capítulo 1, que

⁶⁴ Há uma série de pareceres do CNDA disponíveis em: <http://www.cultura.gov.br/site/2011/02/07/parecer-10586/>

considera a Teoria dos Custos de Transação causados por problemas *ex post* à formulação dos contratos, o que vai de encontro à Teoria convencional dos mercados, dentre as quais destaca-se a Escola de Chicago de *law and economics*. Historicamente, o Brasil passou a adotar uma escola liberal para sua política econômica a partir do início da década de 1990. Filgueiras destaca esse alinhamento ao liberalismo no Brasil ocorrido nesta época:

“Desse modo, nos anos 1990, o liberalismo, que já havia adentrado na maior parte da América Latina, implanta-se no Brasil, com toda força, a partir do Governo Collor. O discurso liberal radical, combinado com a abertura da economia e o processo de privatizações inaugura o que poderíamos chamar da ‘Era Liberal’ no Brasil.”⁶⁵

Não por acaso, o Conselho Nacional de Direito Autoral foi extinto precisamente em uma reforma administrativa proposta pelo governo Collor logo após seu início. Como destaca Arenhart (2010):

“Entretanto, em 1990, o órgão que era de competência do Ministério da Cultura foi excluído da estrutura da Secretaria de Cultura. Por sua vez, a lei 9.610/98 não especificou claramente quais as competências do poder público frente aos direitos do autor e não forneceu mecanismos semelhantes ao CNDA para que o Estado os gerisse e fiscalizasse.”

Nota-se, assim, que o Brasil já adotou o marco teórico proposto no capítulo 1 deste trabalho, na medida em que houve uma estrutura de governança pública atuando na fiscalização e coordenação das estruturas de governança privadas atuantes nas transações que envolvem direito autoral. Porém, sua extinção, à época da efetivação das políticas econômicas liberais no Brasil, fez com que, além dos problemas legislativos existente no ambiente institucional pertinente ao tema, haja também um vazio institucional na atuação *ex post*, o que potencializa os custos de transação oriundos dos conflitos oriundos dessa atividade econômica. Dessa forma, para além do problema institucional *ex ante*, mais detidamente analisado na próxima seção, os problemas *ex post* à formulação dos contratos, alvo da terceira seção, têm seus custos de transação potencializados por não mais existir um CNDA, que exerceria uma coordenação e mediação desses conflitos de forma mais especializada e, principalmente, mais barata, por se tratar de uma instância administrativa, que exige menos formalidades do que o contencioso judicial.

⁶⁵ Disponível em: <http://www.flexibilizacao.ufba.br/C05Filgueiras.pdf>

Passa-se, então, à próxima seção, que se destina a descrever e analisar os contratos que, em função do problema *institucional* legislativo, são formulados de modo a dar margem aos conflitos de interesse. Na seção seguinte, serão analisados os conflitos oriundos dos contratos, apresentando as soluções propostas pelo Poder Judiciário, e destacando os altos custos de transação envolvidos em se recorrer a esta esfera para a solução dos conflitos descritos.

3.2 Tipos de Contrato entre compositores e editoras musicais

Como expressado no capítulo 2 deste trabalho, uma avaliação histórica da atividade contratual, no direito autoral brasileiro, permite verificar a ausência de uma padronização contida nas *instituições* que regem os negócios jurídicos em direitos autorais. A *instituição* mas específica em que se baseiam esses negócios – a Lei de Direito Autoral – em muitos casos não estabelece de forma clara e organizada quais os modelos de negócio se aplicam a cada caso. Também como referido no capítulo 2, sequer a atividade da *edição musical* é expressamente referida na LDA, fazendo-se uma remissão para a aplicação dos artigos atinentes à edição de livros à atividade de edição musical; em que pese haver pouquíssima relação entre uma e outra. Um exemplo que ilustra de forma bastante clara esse fato é o do artigo 49, da LDA:

Capítulo V

Da Transferência dos Direitos de Autor

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de *licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito (...)* (grifou-se)⁶⁶

O art. 49, localizado geograficamente como o primeiro artigo do Capítulo V, que trata da transferência dos direitos autorais, é dotado de alguns pontos que causam dubiedade em sua aplicação pelo operador do Direito. Além de conter uma redação pouco clara, como salientado pelo Prof. Newton Silveira, citado no capítulo 2, o artigo mistura figuras como *licenciamento* e *concessão* – que claramente são figuras jurídicas de em que não há transferência de direitos, e sim uma *autorização* para uso de direitos, sem que o titular se

⁶⁶ Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998

despoje de sua propriedade – à figura da cessão – que, como explica o Prof. Denis Barbosa, citado também no capítulo 2 deste trabalho, é similar à compra e venda do direito civil.

Dessa maneira, como destacado no capítulo 2, o art. 49, que deveria ter importância crucial no crescente mercado de direitos autorais, notadamente porque influencia diretamente em uma das principais atividades econômicas deste mercado - que é a transferência de direitos -, acaba por ser o responsável por gerar uma série de conflitos entre compositores e editoras musicais. Conflitos esses que, com base na teoria econômica apresentada no capítulo 1, geram custos de transação, além dos custos já associados à complexa divisão do trabalho existente na cadeia produtiva engendrada em torno da exploração econômica das obras musicais.

Nesse sentido, a análise proposta neste capítulo se baseia na doutrina jurídica da área de direitos autorais, e nas práticas de mercado referenciadas por essa doutrina. Com base na atual legislação brasileira de direitos autorais, não é possível se fazer uma classificação clara dos contratos possíveis de serem firmados, uma vez que, como no exemplo do art. 49 da LDA, a lei propõe uma figura jurídica que não é aplicável ao negócio jurídico que se pretende firmar. Não sem razão, e como restará demonstrado a partir da análise de algumas decisões judiciais a respeito do tema, já houve uma série de decisões em os que os contratos entre compositores e editoras foram desconstituídos tendo em vista que, em que pese terem sido denominados de determinada forma – *contrato de cessão*, por exemplo – em verdade se tratavam de contratos cujo conteúdo não era a *cessão*, e sim uma *licença exclusiva* para a exploração econômica de obras.

Dessa forma, de modo a avaliar-se a prática contratual corrente entre compositores e editoras musicais, passasse a abordar os três contratos praticados em maior escala no mercado editorial de música brasileiro: contrato de edição de obras musicais e/ou lítero-musicais; contrato cessão de obras musicais e/ou lítero-musicais; e contrato de cessão de obras de obras musicais e/ou lítero-musicais futuras.

Contrato de Edição

Em que pese não se referir expressamente à *edição musical*, o que já demonstra o grave problema institucional de que a LDA é dotada –, a lei delimita expressamente os *contratos de edição*, estabelecendo as obrigações do editor e as consequências de sua assinatura para o autor. O contrato de edição se encontra definido no artigo 53, da LDA:

Art. 53. Mediante o contrato de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária artística ou científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade, a publicá-la e a explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas pelo autor.

Vieira Manso (1989, p. 46) explicita com clareza a natureza jurídica dos *contratos de edição*, com base no estabelecido pelo art. 53:

“O exame do texto legal informa que o contrato de edição, além de ser consensual, bilateral e virtualmente oneroso, é celebrado *intuito personae*, isto é, os direitos e obrigações que as partes outorgam-se mutuamente não podem ser transferidos a terceiros, sem autorização da outra parte, sob pena de sua plena resilição.”

Assim é que as atribuições da editora, à luz do *contrato de edição*, são as de divulgar, empreender, mover, zelar e proteger as obras musicais dos compositores no mercado, de forma que gerem receita para as partes contratantes. Como explica José de Oliveira Ascensão, a atividade editorial é uma atividade empresarial, que visa ao lucro, e que por isso deve envolver o risco do negócio:

“Não há edição se quem reproduz os exemplares os guarda para si, facultando apenas a consulta. (...) Tem de haver ainda a exploração da obra. (...) *O editor deve pôr em circulação a obra, como atividade comercial, assumindo por consequência os riscos da comercialização desta*. Portanto, o editor toma sobre si o direito e o dever de reproduzir a obra e de lançá-la em termos de empreendimento comercial” (grifamos)
67

Nesse sentido, com o *contrato de edição* a editora se obriga a envolver-se de forma ativa no processo de divulgação das obras dos compositores, que, para gerar receitas, dependem de um trabalho de empreendimento e divulgação por parte das mesmas; nas palavras de Ascensão, as *editoras* têm que assumir o risco comercial do empreendimento. Vieira Manso (1989, p. 49) explica que o *contrato de edição* tem essa peculiaridade de ter objetivos diferentes, quando observados o ponto de vista do compositor e da editora musical:

“Por essa peculiaridade, tais contratos apresentam objetivos diferentes, quando examinados com os olhos de editor ou com os de autor. Porém, uma finalidade única resulta de sua própria natureza: a publicação da obra. Tanto o editor, como o autor, somente celebram esse tipo de contrato visando, precipuamente, à publicação da obra. Para o editor, a publicação tem como primeira finalidade a retribuição de sua própria atividade empresarial, ao passo que para o autor, além da remuneração de sua atividade criadora, visa,

⁶⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 382.

de imediato, à difusão de sua própria imagem criadora, de suas idéias, de sua mensagem.”

O *contrato de edição*, dessa forma, é a espécie de contrato, ao que indicam os fatos, indicada pelo legislador para ser firmado entre compositores e editoras musicais. Ao estabelecer a possibilidade de que as partes, e principalmente o compositor – que é a parte mais fraca da relação, como destaca Ascensão⁶⁸ –, possam cobrar entre si as atividades de divulgação e administração do repertório, a serem realizadas em decorrência da assinatura desse contrato, demonstra-se a preocupação do legislador em que essa espécie de contrato fosse a mais abundante para o modelo de negócio em que o compositor contrata a editora para cuidar de seu catálogo de obras musicais e/ou lítero-musicais. Não sem razão, a atividade empresarial é de *edição musical*, e não de cessionária musical, e o nome comercial das sociedades empresárias contem, via de regra, a expressão *edição musical*.

O fato é que esse estabelecimento dessas obrigações mútuas no cumprimento da função social do contrato firmado, de acordo com o objetivo comum para o qual foi criada essa relação jurídica e econômica entre compositores e editoras – isto é, que o compositor passasse a ter uma mão de obra especializada cuidando da divulgação e empreendimento de suas obras – não são possíveis quando do *contrato de cessão*. Isto porque, como se explica na próxima subseção, nesta espécie de vínculo há, em tese, uma transferência dos direitos de propriedade do compositor para a editora musical, não se estabelecendo claramente de que forma as obras cedidas devem ser empreendidas e divulgadas pela cessionária.

De fato, e como se verá na análise das decisões judiciais feita na próxima seção, o *contrato de cessão* na área da música acaba por se tornar um instrumento que margeia a LDA, uma vez que apesar de travestido de transmissão de direitos, deveria estar subsumido às regras pertinentes ao *contrato de edição*, por em verdade se tratar de uma licença exclusiva para a exploração econômica das obras. Então, e levando em conta o fato de que o contrato de edição cria essa série de obrigações comerciais para as editoras, estas passaram a oferecer aos autores, quase que exclusivamente, os *contratos de cessão*. João Henrique Fragoso⁶⁹ apresenta com clareza a razão de os editores terem passado a se utilizar do *contrato de cessão* em substituição ao *contrato de edição*:

⁶⁸ Idem, ibidem

⁶⁹ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 290.

“Os contratos de edição e mandato, em muitos casos, têm sido substituídos por contratos de cessão, por cautela dos editores, que acreditam que a modificação do *nomem juris* e a inserção de algumas cláusulas supririam as lacunas.”

Assim é que, para que se estabeleçam de forma mais clara as distinções entre um e outro, passa-se a descrição e análise do *contrato de cessão*.

Contrato de Cessão

Como afirmado, o *contrato de cessão de direitos patrimoniais de autor* passou a ser o praticado de forma mais abundante pelo mercado editorial de música, uma vez que o *contrato de edição* foi, ao longo das transformações por que passou a relação entre compositores e editoras musicais, sendo substituído pelo *contrato de cessão*. Situando, de forma geral, a natureza jurídica do *contrato de cessão*, Carlos Alberto Bittar o define nos seguintes termos:

“É o contrato por meio do que o autor transfere, a título oneroso ou não, a outrem, um ou mais direitos patrimoniais sobre sua criação intelectual. Despoja-se o autor, por essa forma, de um ou mais de seus direitos exclusivos, no plano patrimonial (direitos de reprodução ou de representação, pelos diferentes processos existentes em cada qual)”.⁷⁰

Na obra *Contratos de Direito Autoral*, Eduardo Vieira Manso discorre a respeito dessa espécie de contrato. Primeiro, estabelece sua natureza jurídica, informando que o mesmo é:

“(…) bilateral, consensual, presumivelmente oneroso para ambas as partes, comutativo ou aleatório, podendo ser de execução diferida, instantânea ou continuada. Sua validade é condicionada aos mesmos pressupostos dos demais contratos, como a capacidade das partes, o objeto idôneo e a legitimação para sua celebração. Requisito essencial é a forma escrita e, para que valha contra terceiros, deve ser averbado à margem do registro da própria obra intelectual a que ele se refere.”⁷¹

Vieira Manso explica que no contrato de *cessão de direitos*⁷² ocorre uma substituição patrimonial entre as partes, de modo que ainda que não necessariamente ocorra a entrega do bem, também denominada de *tradição*, a cessão se opera, uma vez que os *direitos* são

⁷⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 96.

⁷¹ MANSO, Eduardo Vieira. *Contratos de Direito Autoral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 128

⁷² Como expressado no capítulo 2, o contrato de cessão de direitos autorais é muito semelhante ao contrato de compra e venda do Direito Civil. Vieira Manso (1989, p. 124) explica que a diferença terminológica do Direito Civil para o Direito de Autor tem origem no fato de que, historicamente, a doutrina autoralista não aceita que se use o termo *compra e venda*, de modo que o fato de a cessão de direito autoral ser nomeada dessa forma “é fruto de escrúpulos originados na doutrina que considera o direitos autoral como verdadeiro ‘direito da personalidade’”.

transferidos à parte cessionária. Mesmo no caso da obra de artes plásticas, em que regra geral trata-se de exemplar único, é possível o autor transferir apenas os direitos sob o quadro, sem ceder efetivamente a propriedade da tela que fixa a obra artística.⁷³ No contrato de cessão de direitos autorais sob a obra musical e/ou lítero-musical, o compositor transfere à editora musical um ou mais de seus direitos exclusivos, estipulando uma remuneração a ser recebida, o que se dá quando da exploração econômica da obra.

José de Oliveira Ascensão, que sempre procura dar maior clareza à acepção dos termos utilizados em direito autoral, utiliza a palavra *transmissão* para tratar do objeto central do *contrato de cessão* de direito autoral. Ao abordar ponto que é crucial para este estudo, notadamente no que se refere à pouca clareza da *instituição* basilar do Direito Autoral brasileiro – a LDA – o professor português ensina que, em verdade, a palavra *cessão* é aplicável quando há uma *transmissão total*⁷⁴:

“A transmissão do direito de autor só se verifica verdadeiramente no caso a que a lei chama de transmissão total; também se fala em cessão global. Dá-se esta quando as várias faculdades que compõem o direito são transmitidas em globo, *uti universi*, portanto sem discriminação de cada faculdade tomada por si.”⁷⁵

Importante ressaltar a assertiva de Ascensão (1997, p. 293) a respeito da possibilidade de o autor realizar o *contrato de cessão de direitos autorais* tal como o permite a legislação brasileira. Em comentário referente à Lei 5.988/73⁷⁶ - posteriormente revogada pela LDA, mas mantendo similaridade no que pertine à figura da *cessão de direitos* -, o professor informa o grave problema *institucional* presente na legislação brasileira, que permite que o autor realize negócio jurídico que, via de regra, lhe é imposto:

“A alienação global do direito de autor é admitida pelos direitos latinos, mas não por ordens jurídicas como a alemã. (...) Supomos que a razão está com estas últimas, e que este é um campo em que urgentemente é necessária a intervenção da lei para afastar uma liberdade contratual que acaba por se virar contra o autor, que é a parte mais fraca. De fato, as transmissões do direito de autor são muitas vezes impostas aos criadores intelectuais pelas

⁷³ Idem, ibidem.

⁷⁴ Como expressado quando dos comentários ao art. 49, a própria LDA informa que os direitos poderiam ser *total ou parcialmente transferidos*. Para Ascensão (1997, p. 292), não pode ser considerado como *transmissão* ou *cessão* se houver transferência parcial dos direitos. Em outras palavras, operando-se a cessão, a mesma diz respeito a todos os direitos patrimoniais de autor objeto do contrato.

⁷⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 293

⁷⁶ A obra de Ascensão foi editada em 1997, um ano antes da entrada em vigor da LDA.

empresas a que estes têm de recorrer para a publicação ou comercialização das suas obras.”⁷⁷ (grifou-se)

O fato é que os *contratos de cessão de direitos* não só podem gerar reflexos negativos ao compositor, no que se refere à administração de sua obra de acordo com seus interesses – como se pode observar na terceira seção deste capítulo –, como também provoca para o autor o despojamento completo da propriedade sob sua obra. Também como se pode verificar na próxima seção, boa parte dos conflitos correntes entre compositores e editoras musicais têm fruto na questão da transmissão de direitos, o que denota que há um problema *institucional* que se reflete diretamente na causa de conflitos e, em consequência, potencializa os custos de transação. Assim é que Ascensão (1997, p. 294) propõe, de forma categórica, que:

“Pensamos, pois, que a transmissão em vida do direito de autor devia ser proibida por lei. Esta restrição da liberdade do criador intelectual seria gostosamente festejada por este e não traria prejuízos à utilização normal das obras: só afastaria os ganhos de acaso obtidos à custa dos autores.”

Desse modo, o problema envolvido em torno do *contrato de cessão de direitos* tem como um dos pontos principais o fato de a LDA não determinar, expressamente, muitas das obrigações que deveriam ser impostas aos cessionários de direitos autorais. Ao contrário do *contrato de edição*, como expressado, no *contrato de cessão* não há ditames legais no sentido de que o cessionário deva divulgar e empreender a obra do compositor cedente.

Em que pese, regra geral, os *contratos de cessão* entre autores e editoras musicais estabelecerem que os valores advindos da exploração econômica das obras sejam divididos entre a editora e os compositores – de forma semelhante ao que é estipulado nos *contratos de edição de obras musicais* –, o *contrato de cessão* é a espécie que passou a ser mais utilizada no mercado editorial de música brasileiro, na medida em que as editoras se obrigam a menos atividades de divulgação das obras musicais, e por outro lado ainda se tornam as detentoras *ad eternum* das obras adquiridas. No mesmo sentido da assertiva do Prof. Ascensão citada, Fragoso (2009, p. 292) alerta que:

“A extensão dos direitos e obrigações dos editores musicais (...) é questão que merece especial atenção por parte do Judiciário brasileiro, em razão do potencial de abusos que dá podem derivar por parte de alguns editores.”

Além dessas duas espécies de contrato, outra espécie muito praticada na indústria editorial da música é o *contrato de cessão de obras futuras*, alvo da próxima subseção.

⁷⁷ Idem, ibidem

Contrato de cessão de obras futuras

Com vistas a garantir a cessão exclusiva das obras criadas por alguns compositores, que têm como característica a criação de obras musicais e/ou lítero-musicais em larga escala, as editoras oferecem este tipo de contrato a esses autores, via de regra em troca de adiantamentos em dinheiro. Assim, por meio do *contrato de cessão de obras futuras* o compositor contrata com a editora a exclusividade para a criação de obras a partir da data da assinatura do contrato, de modo que todas as suas criações de obras musicais e/ou lítero-musicais, durante a vigência do prazo estipulado em contrato, deverão ser *cedidas* com exclusividade à editora contratante.

O *contrato de cessão de obras futuras* não está expressamente definido na LDA, o que é mais um sinal a se ressaltar do prejudicial vazio institucional existente nesta lei que é o regramento básico da atividade econômica que envolve direitos autorais no Brasil. A cessão de obras futuras é referida, apenas, no art. 51 da LDA, que limita o prazo máximo a que este tipo de contrato está:

Art. 51. A cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos.

Parágrafo único. O prazo será reduzido a cinco anos sempre que indeterminado ou superior, diminuindo-se, na devida proporção, o preço estipulado

O fato é que, por se tratar de uma legislação que envolve partes de diferentes níveis de suficiência – sendo o compositor a parte mais fraca da relação, como salientado Ascensão (1997) –, e visando à proteção do compositor, a LDA estabelece um prazo máximo de cinco anos para o contrato de cessão de obras futuras, findo o qual o compositor estaria automaticamente livre da relação firmada com a editora. Porém, como se verá na seção seguinte, as editoras incluem em contrato uma cláusula de recuperação de adiantamento que mantém o compositor preso à mesma para além do prazo de cinco anos fixado na LDA, em franco desrespeito ao ditame legal que já deu origem a algumas decisões judiciais, também abordadas na próxima seção, sobre esse conflito.

Bittar (2005, p. 97) define o contrato de cessão de obra futura da seguinte forma:

“Contrato de obra futura é aquele através do qual o autor se compromete a ceder a um editor sua produção futura, total ou parcial, tendo nascido para alimentar repertórios, em que as empresas procuravam obter exclusividade, em especial na área musical”.

O contrato de cessão de obras futuras tem dois pontos a serem destacados. *Primeiro* é o fato de que se trata de um contrato do tipo guarda-chuva, isto é, um contrato que define de que forma se dará a relação entre o compositor e a editora, no prazo estipulado no mesmo, e do qual serão originados outros contratos e obrigações a serem assumidas pelo compositor. Assim, o *contrato de cessão de obras futuras* dá origem a uma série de *contratos de cessão de direitos autorais* sob as obras criadas ao longo desse contrato, de modo que o compositor, ao assinar o *contrato de cessão de obras futuras* está se obrigando a assinar, também, uma série de outros *contratos de cessão* de cada obra musical criada ao longo do contrato guarda chuva; contratos esses também denominados pelas práticas de mercado de *cessão avulsa obra a obra*.

É o que se estabelece, por exemplo, na cláusula abaixo, retirada de um *contrato de cessão de obras futuras* praticado pela editora musical Tapajós, do grupo EMI:

“I. O AUTOR, neste ato, cede e transfere à EDITORA, em caráter definitivo, irrevogável e irretroatável, na forma, extensão e aplicação em que os detém, por força das leis e tratados em vigor, ou que no futuro vierem a vigorar, por todo o prazo de duração da proteção ao direito de autor, o direito exclusivo de publicar e/ou autorizar a publicação por terceiros, através de qualquer forma ou processo, todas as obras musicais e lítero-musicais de sua autoria e propriedade, com os respectivos textos poéticos, sem limitação de número, **cujos títulos serão fornecidos à EDITORA, pelo AUTOR, posteriormente, e serão objeto de contratos individuais.** Para tanto, o AUTOR COMUNICARÁ imediatamente à EDITORA a elaboração de qualquer nova obra sua.” (grifou-se)⁷⁸

Além disso, um segundo ponto a ser destacado é que, como em regra o *contrato de cessão de obra futura* é praticado em conjunto com a concessão de um adiantamento em dinheiro oferecido ao compositor, resta estabelecido no mesmo a forma como esse adiantamento deve ser devolvido, de acordo com o aproveitamento econômico que as obras do compositor tiver. É o exemplo da cláusula abaixo⁷⁹, retirada do mesmo contrato supracitado:

⁷⁸ Cláusula contratual obtida no processo nº 2005.001.131215-2, movido por Djavan Caetano Viana em face de Edições Musicais Tapajós Ltda. Como expressado, foi possível notar a partir da pesquisa em processos judiciais que as editoras adotam o mesmo modelo de contrato para vários autores.

⁷⁹ Idem, ibidem

“XX. O AUTOR percebe, neste ato, como preço certo e irrevogável pela cessão de seus direitos autorais fonomecânicos relativos à vendagem de 274.650 (duzentos e setenta e quatro mil e seiscentos e cinquenta) faixas que reproduzam as obras a que se referem as Cláusulas I e XVII e seus respectivos parágrafos, a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), da qual dá o AUTOR à EDITORA plena, geral, rasa e irrevogável quitação.

Parágrafo Primeiro - Caso a conta-corrente do AUTOR, junto à EDITORA, não apresente saldo devedor até 21 de agosto de 2001, com os proventos estabelecidos na Cláusula VI, a EDITORA pagará ao AUTOR até 15 (quinze) dias após mais a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), como preço certo pela cessão dos direitos autorais fonomecânicos relativos à vendagem de 274.650 (duzentos e setenta e quatro mil e seiscentos e cinquenta) faixas que produzem as obras a que se referem às cláusulas I e XVII e seus respectivos parágrafos.

Parágrafo Segundo - Entende-se por número de faixas, mencionadas acima: o valor do preço médio, de cada trimestre do calendário civil, apurada através da tabela de preços da BMG BRASIL LTDA., referente a série Luxo, após as respectivas deduções acordadas entre as associações ABEM e ABPD – em vigor, que será multiplicado pela quantidade de faixas relativa a cada faixa. Finalmente, dividir-se-a o valor dos direitos autorais do trimestre pela citada taxa, obtendo-se assim, o número de faixas no período.”

Como se pode observar na seção específica sobre concessão de adiantamento que está contida na próxima seção deste capítulo, o contrato de cessão de obras futuras em regra cria um mecanismo de engenharia contábil para a recuperação do adiantamento concedido, que gera para o compositor, no mínimo e de início, a necessidade de contratação de um contador experiente para orientá-lo. Da forma como essa espécie de contratação se dá, em regra resta a esses compositores ajuizar ações no judiciário para se verem livres dessa espécie de contrato. Como se pode observar na próxima seção, essa série de conflitos de interesse deduzidos em Juízo geram ainda mais custos de transação para os compositores, e têm fruto precisamente no fato de que o *ambiente institucional* não tem subsídios para que esse tipo de situação seja evitada, e para que os conflitos sejam evitados.

Assim, tendo sido descritos e analisados os três tipos *mais comuns* de contratos entre compositores e editoras musicais, bem como tendo sido analisada a interação desses contratos com as *instituições* aplicáveis a essa relação, dentre as quais se destaca a LDA, pode-se chegar à conclusão de que essa interação – entre *contratos* e *instituições* – gera uma série de conflitos, que são originados nos reflexos que os contratos criam para os compositores, passa-se, então, à análise desses reflexos, bem como à apresentação de casos concretos de conflitos

que envolvem cada um desses reflexos, e que foram deduzidos ao Poder Judiciário para serem solucionados.

Na próxima seção, portanto, analisam-se os principais reflexos negativos para os compositores dos três tipos de contrato descritos e analisados nesta seção. Não obstante, são descritos e analisados, também, alguns casos concretos de conflitos ajuizados, bem como as decisões judiciais oriundas desses conflitos.

3.2 Reflexos dos contratos entre compositores e editoras musicais e casos de conflito

Vieira Manso (1989, p. 55) faz um alerta que pode ser considerado como a linha mestra deste trabalho, e do objetivo central desta seção – que é o de apresentar os reflexos dos contratos, apresentados na seção anterior, para os compositores, bem como casos de conflitos referentes a esses reflexos. O ilustre professor, em sua obra sobre *Contratos de Direito Autoral* – já várias vezes citada neste estudo – aponta um ponto fundamental, e já urgente à época em que sua obra foi lançada, dez anos antes de a LDA de 1998 ser promulgada, isto é, há mais de 20 anos:

“(…) é preciso estabelecer, por via legislativa, a formação válida dos contratos que envolvem o exercício dos direitos autorais, para que, coercitivamente embora, possam imperar nesses negócios jurídicos a moralidade e a equidade. (...) É preciso, para tanto, que se reformulem, fundamentalmente, as normas que regulam a celebração desses negócios jurídicos, de modo a se coibirem os abusos que até hoje se cometem, principalmente em virtude da flagrante desigualdade que há entre as partes contratantes, em quase todas as oportunidades.”

Prosseguindo em sua análise, Vieira Manso (1989, p. 55) elabora uma frase que, apesar de ter sido escrito há mais de 20 anos, caberia perfeitamente no cenário atual em que se insere a relação entre compositores e editoras musicais:

“Por isso é que uma nova formulação legal se faz urgente, para melhor regulamentar as condições de celebração dos contratos de cessão de direitos autorais e os contratos de edição. Impõe-se a atualização das regras de direito à nossa atualidade cultural, econômica e profissional.”

As assertivas do Professor Vieira Manso citadas demonstram um ponto nevrálgico para a análise da relação entre editoras musicais e compositores: há uma parte hipossuficiente em relação à outra, de modo que a legislação – que forma o *ambiente institucional* em que essa relação ocorre – deve atuar para reequilibrar as forças quanto à parte mais fraca desta

relação. O que se pode notar, a partir dos reflexos dos contratos e dos conflitos analisados esta seção, é que na prática os grandes grupos de editoras musicais atuantes no mercado musical têm ferramental – que se apresenta na forma de um vazio institucional – para sujeitar os compositores a contratos de adesão que têm cláusulas que lhes são flagrantemente desfavoráveis.

Os compositores, em razão de serem a parte mais fraca da relação, e como tal se encontrarem desprovidos da real noção de que, em dois ou três anos, acumularão dívidas de volume expressivo com as editoras, e ainda serão obrigados à entrega de mais obras do que as inicialmente acordadas, firmam esses contratos notadamente em virtude de as editoras oferecerem uma quantia em dinheiro como *adiantamento*, no momento da assinatura. De fato, a assinatura dos tipos de contrato descritos e analisados neste capítulo, principalmente dos *contratos de cessão de direitos*, geram consequências importantes para os compositores, e para a relação destes com suas obras musicais.

Com base na análise desses contratos, a partir das interpretações doutrinárias da LDA e das práticas de mercado adotadas pelas editoras, pode-se afirmar que são três as principais consequências desses contratos para os compositores: *i)* a cessão definitiva e, em tese, irrevogável de suas obras para as editoras; *ii)* a administração do repertório contra os interesses do compositor e *iii)* graves reflexos oriundos da concessão de adiantamentos pelas editoras, e da existência de mecanismos para a recuperação desses adiantamentos.

Passa-se, então, à análise detida de cada um desses reflexos, que será acompanhada, ao final de cada análise, de casos concretos de conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida – lides – deduzidos em Juízo perante tribunais brasileiros.

A propriedade definitiva das obras

Como demonstrado na seção anterior, os *contratos de cessão* passaram a ser os mais praticados pelo mercado editorial de música já que, por um lado, não criam obrigações legais de divulgação das obras por parte dos cessionários, e por outro estabelece a *propriedade definitiva* das obras musicais cedidas pelos compositores no contrato. A cláusula que estabelece a propriedade definitiva, que é uma espécie de cláusula padrão nos contratos das editoras de grande porte atuantes no Brasil, contém os seguintes termos:

“**CLÁUSULA PRIMEIRA** – O(s) **AUTOR** (es), neste ato, cede (m) e transfere (m) à **EDITORA**, em caráter total e definitivo, irrevogável e

irretratável, na forma, extensão e aplicação em que os detêm, por força das leis e tratados em vigor ou que no futuro vierem a vigorar, por todo o prazo de duração da proteção ao direito de autor, todos os seus direitos patrimoniais de autor sobre a obra de sua (s) autoria (s) e titularidade (s) com o respectivo texto poético em anexo que também integram o presente, podendo a **EDITORA**, em caráter de exclusividade, publicá-la e/ou autorizar sua publicação a terceiros, por qualquer forma ou processo.”⁸⁰

Alguns pontos desta cláusula contratual chamam a atenção por, de um lado, tangenciarem de forma bastante evidente o *ambiente institucional* vigente e aplicável a este contrato, e por outro, em razão de se aproveitar das *brechas* contidas na LDA. O primeiro deles é o uso das expressões *irrevogável* e *irretratável* em um contrato que deveria ser considerado uma prestação de um serviço, e não uma transferência de propriedade.⁸¹

Ocorre que a editora musical, que em verdade deveria, de acordo com a LDA, oferecer ao compositor a *administração de seu repertório*, para fazer crescer a assimilação deste perante o público, e desse modo ver crescer as receitas obtidas com exploração econômica das obras musicais, acaba por propor uma cláusula contratual que, em tese, a faz se tornar proprietária *ad eternum* das composições dos autores que assinam essa espécie de contrato, uma vez que a LDA não estabelece um prazo máximo para a cessão de direitos, apenas para o contrato de cessão exclusiva de obras futuras. As editoras visam a se tornar proprietárias das obras de maneira definitiva, em que pese a notória necessidade dos autores de verem protegidas e salvaguardadas suas obras, e, neste processo, serem adequadamente remuneradas.

Na maior parte dos casos, o compositor adere às cláusulas do contrato que lhe é apresentado pela empresa editorial – seja na modalidade de cessão simples ou de cessão de obra futura –, o que o leva a ceder definitivamente os direitos sob suas obras, sem necessariamente ter a adequada compreensão de que está entregando à editora musical o controle econômico de suas obras por todo o prazo de proteção legal de que as mesmas gozam. Tal fato demonstra como a racionalidade limitada, a complexa divisão do trabalho no

⁸⁰ Este trecho de um contrato de cessão de direitos autorais padrão no mercado editorial de música foi copiado do processo número 0210304-23.2010.8.19.0001, em curso perante a 5ª Vara Cível da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, movido por um compositor em face da editora musical Warner Chappell.

⁸¹ Cumpre observar que muitos dos contratos utilizados são formulados previamente e adotados como modelo para os diversos autores que assinam contratos com editoras musicais. Esta pesquisa acessou uma série de processos judiciais movidos por compositores em face de editoras, e esta cláusula contratual se encontra presente em todos eles. Dos processos consultados, todos ajuizados perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, destacam-se os de número 0013296-93.2010.8.19.0209, 0210304-23.2010.8.19.0001, 2006.001.59446

setor e a complexidade e incerteza associadas aos custos de transação tem significativa repercussão para as transações que envolvem as obras do compositor. Ao que indicam as modalidades de contratação, fica notório que, ao assinar esses tipos de contratos com editoras musicais, os compositores não pretendiam *vender* suas obras às editoras; ao contrário, ao assinar os contratos abordados na seção anterior, a pretensão do compositor é entregar a uma sociedade empresária especializada a administração de seu repertório, com vistas a potencializar a utilização econômica de suas criações. Entretanto, utilizando-se da elaborada instrumentação jurídica aqui analisada, as editoras passam a exercer, de maneira definitiva, o controle econômico das obras do autor.

Além das análises e posições doutrinárias citadas, os tribunais já se pronunciaram algumas vezes sobre a figura do *contrato de cessão de direitos*. Em muitos casos em que houve pronunciamentos do Poder Judiciário sobre o tema, estes se deram no âmbito de ação de rescisão contratual firmado por compositores e editoras musicais, em que aqueles ajuízam ações em face destas com vistas a retomar o controle econômico de suas obras. Como se pode concluir a partir da análise proposta neste capítulo, de fato existe uma razão precípua para a necessidade desses autores de rescindirem os contratos firmados com as editoras, e retomar o controle de suas obras: em verdade, os criadores não pretendiam ter cedido seus direitos, e sim apenas os *licenciado para a exploração econômica*. É nessa tese que está fundamentada uma das mais importantes decisões sobre o tema, em caso em que os herdeiros de Antonio Maria ajuizaram ação em face de editora multinacional.

Nesta decisão, o Desembargador relator investiga profundamente, numa análise cláusula a cláusula, um contrato de cessão padrão utilizado pelas editoras musicais. Trata-se de uma análise minuciosa dos contratos de cessão, e demonstra que, em virtude das cláusulas que formam o instrumento, a real natureza jurídica dos mesmos é a de contrato de edição – isto é, uma licença exclusiva –, e não de cessão. A decisão infra citada narra com detalhes o caso concreto ajuizado:

“Alega a primeira apelante que o contrato foi firmado com prazo certo, pois se estabeleceu sua vigência pelo mesmo prazo de proteção ao direito de autor (...) de setenta anos contados do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento (art. 41). Ora, isso traduz uma cessão total, por isso que jamais retornaria ao autor das obras, ou seus herdeiros, qualquer direito sobre elas. (...) Logo, se analisada isoladamente tal cláusula, ou combinada com a vigésima, poder-se-ia afirmar que o contrato não poderia ser rescindido,

devido a ter havido cessão de caráter total, definitivo, irrevogável e irreatável de todos os direitos patrimoniais do falecido compositor(...) Já está, aí, o primeiro elemento descaracterizador dessa natureza do contrato, pois a cláusula fala em “exclusividade”, o que seria totalmente desnecessário, caso tivesse havido uma real “cessão” de direitos. (...) A própria alegação de que há prazo, feita pela própria apelante, ajuda a desnaturar o contrato, pois nessa há transferência de direitos e isso se dá de forma permanente, sem qualquer prazo. Se precisaram as partes ajustar prazo (...) é porque ela mesmo reconhece que não há um contrato de cessão. (...) Finalmente, a cláusula quinta fixa a remuneração pela suposta cessão, em percentuais de venda, o que descaracteriza totalmente o contrato quanto a essa natureza jurídica. (...) Com efeito, na cessão, os direitos patrimoniais das obras (...) passam a pertencer ao cessionário, são para eles transferidos, e que por isso paga para comprá-los, *assumindo os riscos futuros de lucro ou prejuízo*. Neste caso, a primeira apelante nenhum risco assumiu, não pagando pela cessão, mas, ao contrário, se obrigou a, no decorrer dos anos, sempre que publicada a obra, arrecadar o valor devido e pagar aos titulares do direito autoral sua parte. Limita-se, portanto, a representar os titulares do direito autoral e a cobrar o que lhes é devido, para isso também recebendo. Inexiste real cessão de direitos, não sendo aplicáveis as normas do Capítulo V do Título III da lei acima mencionada, uma vez que não houve efetiva transferência de direitos. (...) Denota-se, então, que apesar das partes terem denominado o instrumento como “Contrato de Cessão de Direitos Patrimoniais de Autor”, na realidade, devido às cláusulas que formam o instrumento, cuida-se de “contrato de edição” previsto no artigo 53 da lei de regência, pelo qual “...o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária, artística ou científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade, a publicá-la e explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas com o autor.” Nesse contrato, o preço de retribuição é arbitrado com base nos usos e costumes (art. 53 da lei de regência), que, neste país, significa o preço da venda, exatamente com aqui foi pactuado. (...) Ficou claro e transparente que a vontade dos segundos recorrentes foi somente de ceder à exploração econômica os direitos patrimoniais, e não transferir sua titularidade sobre eles.(...) Logo, a *prima facie* cabe a rescisão, porque, vigendo o contrato sem prazo certo é possível ao titular do direito denunciá-lo, como mero exercício de um direito potestativo puro.”⁸² (grifou-se)

Este acórdão é bastante claro e didático, uma vez que apresenta os limites entre *cessão de direito* e *edição*, cujas diferenças foram abordadas na seção anterior. Resta evidenciado, no acórdão, que os *contratos de cessão*, praticados neste caso concreto em relação ao compositor Antonio Maria pela editora musical com a qual firmou contratos, em verdade têm natureza jurídica de *contrato de edição* – licença exclusiva –, podendo ser

⁸² Apelação Cível nº 2006.001.59446, Des. Relator Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz – 15ª Câmara Cível – TJRJ

rescindidos a qualquer tempo, em contrariedade à pretensão da editora musical de manutenção definitiva da propriedade sob as obras musicais editadas.

Em caso semelhante ao supra referido, porém em sede de recurso de Apelação, afirma o Desembargador Sergio Lucio Cruz:

“Ficou claro e transparente que a vontade dos segundos recorrentes foi somente de ceder à exploração econômica os direitos patrimoniais, e não transferir sua titularidade sobre eles.”(g.n.)⁸³

Outra sentença, proferida pelo Juízo da 43ª Vara Cível, em conflito ajuizado também no sentido de retomada das obras de um compositor em face de uma editora musical, o Juiz Jaime Dias Pinheiro Filho, ressalta que o *nomen iuris* do contrato não obrigatoriamente encerra sua função e seus limites:

“(…) embora o contrato tenha sido denominado como cessão de direitos autorais, o qual tem caráter definitivo conforme previsão legal, as condições pactuadas denotam natureza de contrato de edição, podendo a qualquer tempo ser resilido, vez que temporários. Com efeito, acolho a pretensão autoral pelo primeiro fundamento, ou seja, em razão do contrato estar vigorando por prazo indeterminado e com características de contrato de edição, razão pela qual os autores têm a faculdade de por fim ao vínculo obrigacional, até porque considerando o teor do contrato celebrado entre as partes verifica-se que foram cedida apenas a exploração econômica dos direitos patrimoniais, e não a transferência da titularidade destes.”⁸⁴

Após interposição de recurso de apelação face à sentença acima abordada, foi proferido Acórdão, que teve como relator o Desembargador Dr. SERGIO LUCIO CRUZ, o qual determinou precisamente a real natureza jurídica desses contratos:

“Ação ordinária de rescisão contratual e medida cautelar. Cessão de direitos autorais. Obras lítero-musicais de autor. CONTRATO QUE DEVE SER INTERPRETADO DIANTE DO QUE ESTÁ POSTO EM SUAS DIVERSAS CLÁUSULAS. CONTRATO QUE, NA VERDADE, É DE EDIÇÃO, COM EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DA OBRA DE AUTOR. (...)”⁸⁵

Neste mesmo sentido, expressou seu entendimento o Desembargador Sérgio Cavalierei Filho, em caso semelhante aos aqui citados:

⁸³ Acórdão proferido nos autos da Apelação Cível de nº 2006.001.59446 do TJRJ

⁸⁴ Sentença proferida nos autos do processo nº 2001.001.009393-0

⁸⁵ Acórdão proferido nos autos da Apelação Cível de nº 2006.001.59446, do TJRJ

“Ora, basta uma simples leitura dos contratos que constituem objeto desta ação (fls.22/113) para que se constate tratar-se de contratos de edição, e não de cessão de direitos autorais, posto que o apelado, em nenhum deles transferiu para a apelante a titularidade de seus direitos patrimoniais sobre suas obras. Apenas concedeu-lhe o direito à exploração econômica dos mesmos, mediante cláusulas e condições ali previstas.”⁸⁶

Ainda neste mesmo sentido o entendimento do Desembargador Cesar Lacerda, cujo voto se transcreve parte abaixo:

“É importante ressaltar que os 26 contratos que constituem o objeto da demanda são contratos de edição, e não de cessão de direitos autorais, o que reforça a idéia de temporalidade dos vínculos assumidos, e da possibilidade de rescisão unilateral, apesar do que constou da já mencionada cláusula X, não perfeitamente ajustada à essência dos contratos. (...) Isso fica mais evidente quando se tem em conta que naquele período em que foram celebrados os contratos objeto da ação, a apelante ora celebrava contratos “DE EDIÇÃO E DE MANDATO” e ora celebrava contratos de “CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS” (fls.156/190), dependendo dos interesses que lhe aproovessem.”⁸⁷

Cumprе chamar a atenção para o fato de que, em virtude dos recentes pronunciamentos da jurisprudência acerca da nulidade das cláusulas que objetivam transferir a propriedade definitiva das obras por parte das editoras – decisões que serão aqui analisadas adiante – algumas editoras musicais, em muitos casos, têm passado a oferecer aos compositores contratos com prazo determinado, prazo este que geralmente é de 5 (cinco) anos.

Feito este pequeno parêntese, passemos à análise da consequência mais danosa ao compositor, resultado da propriedade definitiva das obras: a administração do repertório contra os interesses do compositor. O que ocorre como consequência prática da cessão definitiva – alegada como um direito absoluto e irrevogável por boa parte das editoras musicais de grande porte atuantes no mercado brasileiro, dando origem a essa série de conflitos abordada nesta seção – é ainda mais grave do que o instituto da cessão em si mesmo: a administração do repertório do compositor em contrariedade a seus próprios interesses. Casos houve em que o compositor foi proibido de gravar, como intérprete, as próprias obras que criou, em virtude de interesse manifestamente econômicos das editoras

⁸⁶ Acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 1995.001.00899, do TJRJ

⁸⁷ Acórdão proferido nos autos da Apelação Cível 239.253.1/6, do TJSP

musicais, o que deu origem a mais conflitos ajuizados pelos compositores, e a algumas decisões judiciais favoráveis a estes. É o que se passa a abordar na próxima subseção.

Administração do repertório contra os interesses do compositor

O fato é que, como em tese detém o controle da utilização econômica da obra por todo o prazo de proteção legal, a editora musical passa a poder autorizar o uso da mesma de acordo com os critérios – sobretudo no que se refere ao preço – que melhores resultados econômicos lhe gerarem, ignorando o interesse do compositor na divulgação da sua obra, por exemplo. Assim, em muitos casos as editoras passam a fixar os preços para a utilização das composições em gravações e sincronizações, deixando de lado quaisquer outros critérios que não o dos ganhos econômicos. Não raro os compositores pretenderiam ver sua obra inserida em um disco independente de um artista em ascensão, por exemplo, uma vez que pode ser importante para sua carreira tal utilização da obra neste fonograma; porém, em alguns casos suas necessidades estratégicas para o desenvolvimento de suas carreiras sequer são levadas em consideração pelas editoras.

Importa ressaltar que, ao contrário do que tem sido bastante repetido neste trabalho, a questão da sobreposição do preço em detrimento da circulação da obra foi uma preocupação do legislador na LDA, tamanha é a importância de que a questão econômica, notadamente de preço, não impeça a circulação da obra e o acesso do público à mesma. Nesse sentido, a LDA positiva regra segundo a qual a conduta das editoras na fixação de preço está mitigada pelo que o legislador denomina de embaraço à circulação da obra. Veja-se a redação do artigo 60, da LDA:

Art. 60. Ao editor compete fixar o preço da venda, sem, todavia, poder elevá-lo a ponto de embaraçar a circulação da obra.⁸⁸

Ocorre, no entanto, que apesar dessa previsão expressa da LDA, casos de administração do repertório em contrariedade aos interesses do compositor, notadamente em função do preço para utilização das obras. Um dos casos mais emblemáticos a respeito da conduta de administração do repertório contra os interesses do compositor é o que ocorreu com os compositores Zé Ramalho, Roberto Carlos e Erasmo Carlos. A matéria, intitulada “Zé

⁸⁸ Como já foi repetido neste trabalho, a LDA utiliza termos pouco aplicáveis aos variados modelos de negócio, como no caso do termo venda do artigo 60. A substituição da palavra *venda* por *utilização* solucionaria a questão neste caso; porém, como se trata de artigo pensado em função da edição de livros, a palavra *venda* foi a escolhida pelo legislador.

Ramalho e Roberto Carlos brigam por direitos sobre suas músicas” – veiculada no Jornal O Globo, e republicada pelo site Consultor Jurídico –, retrata a forma como a relação entre compositores e editoras musicais pode se tornar conflituosa, levando-se em consideração o vazio institucional existente:

“Os artistas Zé Ramalho, Roberto e Erasmo Carlos estão no meio de uma briga entre editoras musicais e gravadoras. **O conflito começou em 1999, quando um grupo de 28 editoras musicais que detêm direitos sobre parte das canções nacionais tentou aumentar as taxas cobradas das gravadoras para usar as músicas em CDs e DVDs.** Segundo reportagem do jornal *O Globo*, o reajuste não foi aceito e foi parar na Justiça. Roberto e Erasmo Carlos, por meio de seus advogados, acusam as editoras de não autorizar a reprodução em DVD das obras dos artistas, o que representa “total abuso de direito, apenas com o objetivo de exercer uma pressão ilícita sobre as gravadoras”. Tanto Zé Ramalho quanto Roberto e Erasmo movem processos contra a editora EMI Songs — integrante do grupo denominado Associação Brasileira dos Editores de Música (Abem) — tentando rescindir os contratos pelos quais cederam os direitos patrimoniais de suas canções. A princípio, a negociação entre a Abem e as gravadoras para reajustar valores os beneficiaria, pois eles ganhariam repasses maiores de direitos autorais. Mas ela chegou a um impasse que se arrasta até hoje na Justiça e a tática de negar autorizações desagradou sobretudo a compositores que são intérpretes de suas obras. Zé Ramalho e Roberto não aceitaram o veto e autorizaram, por conta própria, a gravadora Sony/BMG a incluir canções sob poder da EMI Songs em novos CDs e DVDs. A reação da editora foi buscar, na Justiça, a apreensão desse material. “É uma postura tirana e ridícula essa da EMI. Eu estava comemorando 30 anos de carreira em 2005 e quis lançar meus sucessos no CD e DVD ‘Ao vivo’. Tive um prejuízo material e moral”, afirmou Zé Ramalho para *O Globo*.” (grifou-se)⁸⁹

Como noticiado, a editora musical que controla economicamente sua obra, em virtude de interesses próprios, e alheios aos interesses do autor, impediu que os intérpretes Zé Ramalho e Roberto Carlos *gravassem o seu próprio repertório*, apresentando como argumento para tal o contrato de cessão firmado entre as partes, de acordo com o qual caberia unicamente ao crivo da editora a autorização para a gravação das obras musicais cedidas. Este caso deu origem ao ajuizamento de ações judiciais que, alguns anos depois, tiveram resultado positivo para os compositores.

Em relação ao autor e intérprete Zé Ramalho, o Juízo julgou parcialmente procedente o pedido do compositor, tendo reconhecido a administração contrária aos seus interesses, determinando a rescisão dos contratos assinados e, inclusive, condenado a editora ao

⁸⁹ Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-jul-12/ze_ramalho_roberto_erasmo_carlos_brigam_direitos

pagamento de danos morais. É o que está contido na sentença, da qual se transcreve o trecho abaixo, e que posteriormente foi objeto de recurso de Apelação:

“(...). O risco comercial do empreendimento representa o fato de que, uma vez cedida a obra para a editora, a esta não é dado adotar postura passiva ou omissa, e aguardar a procura de interessados em sua utilização, e sim promover sua divulgação. Do contrário, o editor afastaria todo e qualquer risco de seu negócio e agiria como mero banco de dados lítero-musicais. Impossibilitar o próprio compositor, detentor originário das obras, de gravá-las, ainda mais em se tratando de um produto destinado a marcar seus 30 anos de sucesso, consubstancia flagrante retenção ilegal do repertório. Ademais, não seria crível que o autor, ao assinar um contrato com a editora, pretenda vender suas obras em definitivo como simples negócio jurídico de compra e venda. Quer ele, em realidade, transferir a administração de seu repertório a quem atua com presumida profissionalidade, potencializando-se a utilização econômica de suas criações. Sendo assim, deve ser respeitado, em primeiro lugar, o interesse pessoal do próprio compositor, pois este jamais cederia os direitos sobre sua obra se soubesse que se tornaria um refém dos desígnios unilaterais da editora. Nos contratos sob exame não há a mera transferência de administração das obras, mas a cessão definitiva dos direitos sobre as mesmas. Mesmo neste caso, impedir a gravação e divulgação das músicas cujos direitos foram cedidos afronta os princípios da probidade e da boa-fé que devem nortear a formação e a execução dos contratos, nos termos do artigo 422 do Código Civil. Particularmente em relação ao princípio da boa-fé objetiva, este consiste na adequação entre forma como se espera que o contratante aja e o modo como efetivamente age - incluindo as fases pré-contratual, de execução e pós-contratual. O comportamento pode gerar naturais expectativas da outra parte, que, caso frustradas, ensejam o dever de reparação, haja vista a violação da boa-fé objetiva.(...)”⁹⁰

Em razão dessa sentença, foi apresentada apelação cível, julgada em 26 de junho de 2012, que deu origem ao acórdão de Segunda Instância em que se decidiu que os contratos firmados antes da entrada em vigor do Código Civil atual devem ser interpretados à luz do novo Código, para que se evite a onerosidade e o desequilíbrio nas relações, tendo sido, ainda, majorado os danos morais cabíveis ao autor. É o conteúdo da ementa do Acórdão em sede de recurso de Apelação:

RESOLUÇÃO DE CONTRATOS DE EDIÇÃO E MANDATO E CESSÃO DE DIREITOS PATRIMONIAIS. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. INTERPRETAÇÃO À LUZ DO CC/2002. DESESTABILIZAÇÃO DA

⁹⁰ Ação Ordinária nº 0159092-36.2005.8.19.0001 (2005.001.160980-0). 10ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

RELAÇÃO CONTRATUAL. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. (...) Juízo da 37ª Vara Cível da Comarca da Capital que, ao julgar os pedidos formulados pela EMI no processo nº 2005.001.106032-1, analisou, de forma prejudicial, a questão atinente a legitimidade da autora (EMI) **em não autorizar a gravação das composições pelo ora autor, diante da existência de contratos de edição e mandato e de cessão de direitos autorais celebrados entre o mesmo e a EMI.** Depreende-se, assim, que tal questão pode ser amplamente debatida fora daquele processo, haja vista que não se encontra sujeita aos efeitos da coisa julgada.(...) Partes que celebraram contratos de edição e mandato, bem como contratos de cessão de direitos patrimoniais que devem ser interpretados à luz do Código Civil de 2002, a fim de evitar que uma das partes seja onerada de forma excessiva, desestabilizando a relação contratual.(...) Analisando a questão sub judice, impõe-se notar que cumpre a ré zelar pela divulgação das obras, gerando capital que atenda a finalidade econômica dos pactos. Ao negar a autorização para gravação das obras, em razão de oferecimento de numerário insuficiente, sem qualquer espécie de comprovação, indica a adoção de conduta capaz de obstar a circulação econômica das obras, demonstrando afronta ao princípio da boa-fé, além de inadimplemento contratual, ensejando a rescisão dos contratos apontados na exordial. (...) Quando da elaboração do laudo pericial, o expert apontou a existência de danos hipotéticos, ou seja, que supostamente existiriam, caso o CD e DVD do autor estivesse sendo normalmente comercializado. Entretanto, não foram colacionados aos autos documentos aptos a comprovar de forma inequívoca os supostos danos.(...) Aliás, como destacado pelo próprio perito, em seu laudo, fl. 798, “(...) os cálculos foram elaborados pela perícia em conformidade com os dados e estimativas informadas no quesito 14 do autor (...)”. Expectativas de venda não têm o condão de comprovar danos supostamente devidos, até porque baseadas em informações unilaterais. (...) Danos morais configurados e que devem ser majorados para o importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). (...) Ônus sucumbenciais fixados proporcionalmente, sendo 80% (oitenta por cento) arcado pela ré e 20% (vinte por cento) arcado pelo autor. (...) PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELO AUTOR.(...) DESPROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELO RÉU.⁹¹

O Acordão, lavrado pelo Desembargador Carlos Santos de Oliveira, ressalta as obrigações da editora, ressaltando que a conduta da mesma afronta o princípio da boa fé e é caracterizada pelo inadimplemento contratual, o que enseja a rescisão dos contratos firmados entre o autor e a Editora Ré. Dessa forma, o compositor Zé Ramalho teve decisão a seu favor, mas necessitou recorrer ao Poder Judiciário, incorrendo em significativos custos de transação que estão envolvidos em um processo judicial, unicamente para obter a garantia de um interesse que deveria ser precípuo para um compositor, que é a de poder interpretar e ver gravada a sua própria composição musical, já que neste caso o próprio Zé Ramalho se viu

⁹¹ Apelação Cível nº 0159092-36.2005.8.19.0001; Des. Relator Carlos Santos de Oliveira; 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

impedido de gravar suas próprias músicas por uma questão de preço estabelecido pela editora.

Outra notícia, veiculada pelo Jornal O Globo, apresentou o resultado do conflito ajuizado por Roberto Carlos em face da Editora EMI *Songs* do Brasil:

Roberto Carlos e Erasmo Carlos venceram em primeira instância a batalha judicial travada contra a EMI Songs do Brasil Edições Musicais Ltda em 2004, ano em que a editora (que é ligada à gravadora EMI) recolheu do mercado o CD/DVD "Pra sempre ao vivo no Pacaembu". (...) Alegando direitos sobre as músicas "Amor perfeito", "Eu te amo, te amo, te amo", "Detalhes", "É proibido fumar", "Como é grande o meu amor por você" e "Despedida", a EMI Songs proibiu a comercialização do CD/ DVD lançado pela Sony/BMG, gravadora que tem contrato com o Rei. (...) Outros artistas já tiveram que retirar as próprias músicas dos seus repertórios por causa de impedimentos do gênero. Se a EMI não recorrer ou o Brasa e o Tremendão chegarem vitoriosos ao final da briga, um precedente será aberto: - A sentença foi publicada hoje. Haverá recurso, provavelmente, porque esta sentença cria um precedente importante. A possibilidade de um artista rescindir o contrato com uma editora é inédito. Se tudo der certo, será um marco importante dentro do direito. (...) O processo de nº 2005.001.090652-4 trata "de ação de rescisão contratual proposta por Roberto Carlos Braga e Erasmo Esteves em face da EMI Songs do Brasil Edições Musicais Ltda, alegando que a Ré descumpriu suas obrigações contratuais criando entraves para a comercialização das músicas dos autores, gerando diversos danos patrimoniais e morais."⁹²

Na sentença, citada na matéria referida, o Juízo alerta que esse tipo de consequência oriunda da assinatura de contratos que os desfavorecem pode ocorrer por diversas razões, sendo uma delas a falta de assessoria jurídica especializada no momento da contratação, situação esta recorrente nas relações entre compositores e editoras musicais. A sentença, da lavra da Juíza Lindalva Soares Silva, trata deste ponto como um dos causadores da assunção dessas condições adversas por parte dos compositores:

“Como, na maior parte dos casos, o compositor assina o contrato - seja na modalidade de cessão, edição ou encomenda - sem contar com a necessária assessoria jurídica, acaba por ceder definitivamente suas obras, sem ter ciência do que isto representa para sua carreira. Por mais que as editoras afirmem que a medida é legal, e que o contrato é bilateral, na prática o que se requer dos compositores é a adesão às cláusulas previamente formuladas. Evidente que os compositores não pretendem vender suas obras às editoras;

⁹² <http://oglobo.globo.com/cultura/roberto-carlos-erasmo-carlos-vencem-batalha-contra-emi-que-recolheu-dvd-do-rei-3126619#ixzz2IcS90Spy>

mas apenas entregar às mesmas a administração de seu repertório, com vistas a potencializar a utilização econômica de suas criações.”⁹³

Outras decisões abordam a questão da *administração do repertório contra os interesses do compositor*, como o Acórdão lavrado pelo Desembargador Gildo dos Santos, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“O inadimplemento contratual da demandada pelo abandono dessas obras, ao deixar de dar cumprimento ao contrato com a sua exploração comercial, também frustrou a expectativa do autor de receber o que lhe era devido. Esses são dois fundamentos da sentença, para acolher a rescisão dos contratos de cessão de direitos autorais(…)”⁹⁴

Como se pode notar, o *abandono* das obras, que nos *contratos de edição* seria improvável, ocorre com frequência nos contratos de cessão, já que nessas a editora exerce uma propriedade que alega ser definitiva, e sem obrigações de empreendimento e divulgação das obras.

O fato, portanto, é que, a partir da propriedade definitiva das obras, muitos casos houve de gestão desse portfólio de obras em contrariedade aos interesses daquele que é a razão de ser maior da própria instituição direito autoral: o compositor. Entretanto, não há apenas casos em que suas obras ficam presas a grupos editoriais *ad eternum*; um dos reflexos dos contratos de obra futura, de extrema gravidade, é uma ligação de exclusividade do compositor em si com a editora musical. Isso se dá em virtude da concessão de adiantamentos em dinheiro, e de mecanismos contratuais de engenharia contábil que dificultam o pagamento desses adiantamentos pelos autores, que acabam ligados a essas editoras também *ad eternum*.

A concessão do adiantamento ou advance nos contratos de cessão de obras futuras

O fato é que, por meio da concessão de quantias em dinheiro, algumas editoras de grande porte, em regra ligadas a grupos editoriais multinacionais, acabam fazendo com que alguns autores fiquem ligados a esses grupos por prazos que extrapolam o prazo legal para esse tipo de contrato, que como expressado na seção anterior é de 5 anos. A concessão do adiantamento, ou *advance*, é uma espécie de prêmio concedido ao compositor no momento da assinatura do contrato, tendo em vista que a editora adianta ao compositor parte dos

⁹³ Sentença exarada no processo nº 2005.001.090652-4, ajuizado perante a 11ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

⁹⁴ Acórdão nos autos da Apelação Cível nº 7.257-4/8 do TJSP

valores que o mesmo receberia apenas no momento em que suas obras tivessem real exploração econômica.

Ocorre que, nos *contratos de cessão de obras futuras* – em que a prática de adiantamentos em dinheiro é bastante comum – existem cláusulas que tornam sobremaneira complexa a devolução desses adiantamentos pelo compositor. Na seção anterior, foi citada parte a cláusula XX do contrato de cessão de obras futuras da editora Tapajós, do grupo EMI; a continuação desta cláusula é precisamente a parte em que os mecanismos de engenharia contábil são criados. Para melhor compreensão, cita-se integralmente abaixo a cláusula contratual citada:

“O AUTOR percebe, neste ato, como preço certo e irrevogável pela cessão de seus direitos autorais fonomecânicos relativos à venda de 274.650 (duzentos e setenta e quatro mil e seiscentos e cinquenta) faixas que produzam as obras a que se referem as Cláusulas I e XVII e seus respectivos parágrafos, a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), da qual dá o AUTOR à EDITORA plena, geral, rasa e irrevogável quitação.

Parágrafo Primeiro - Caso a conta-corrente do AUTOR, junto à EDITORA, não apresente saldo devedor até 21 de agosto de 2001, com os proventos estabelecidos na Cláusula VI, a EDITORA pagará ao AUTOR até 15 (quinze) dias após mais a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), como preço certo pela cessão dos direitos autorais fonomecânicos relativos à venda de 274.650 (duzentos e setenta e quatro mil e seiscentos e cinquenta) faixas que produzem as obras a que se referem às cláusulas I e XVII e seus respectivos parágrafos.

Parágrafo Segundo - Entende-se por número de faixas, mencionadas acima: o valor do preço médio, de cada trimestre do calendário civil, apurada através da tabela de preços da BMG BRASIL LTDA., referente a série Luxo, após as respectivas deduções acordadas entre as associações ABEM e ABPD – em vigor, que será multiplicado pela quantidade de faixas relativa a cada faixa. Finalmente, dividir-se a o valor dos direitos autorais do trimestre pela citada taxa, obtendo-se assim, o número de faixas no período.”

Desse modo, como está previsto na cláusula supra citada, o valor concedido ao compositor como adiantamento é transformado pela editora em *unidades vendidas*, também denominadas de *faixas* – que representam as inclusões das obras do compositor em fonogramas vendidos por gravadoras que tenham pedido autorização de uso das obras à editora. Com esta transformação, cria-se uma espécie de correção de valores, uma vez que o valor das *faixas* é corrigido ano a ano. Assim, é criada para o compositor, no âmbito de sua editora, uma espécie de conta corrente, dotada já de início de um *saldo devedor*. Porém, ao diverso dos bancos ou instituições financeiras, o saldo devedor não é expressado em dinheiro,

mas em faixas, isto é, unidades de CDs vendidos que contenham obras do compositor. O saldo devedor é descontado à medida que as obras do autor são utilizadas em faixas de CDs; porém, ao contrário do que se poderia imaginar, o mesmo não permanece inalterado. Com sua transformação em “faixas”, o saldo devedor vai crescendo de acordo com o aumento, formulado pelas editoras, no valor das faixas.

Apenas para ilustrar, uma editora que hipoteticamente concede R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) de adiantamento ao compositor, em verdade está adiantando ao mesmo o valor corresponde a 200.000 (duzentas mil) faixas que incluam suas obras, isto é, duzentas mil utilizações econômicas dessas obras. Disso resulta quem, na hipótese, a editora adiantou ao compositor 10 centavos de real por cada obra sua incluída em uma faixa gravada. Como apenas o valor das faixas é corrigido, o compositor, que na data da assinatura do contrato recebeu 20.000 (vinte mil) reais de adiantamento, vê o seu *saldo devedor* aumentar anualmente, uma vez que o valor de cada faixa gravada é alterado, por meio de uma tabela de correção de preços formulada pelas editoras por meio das associações que as representam, a ABEM (Associação Brasileira dos Editores de Música) e a ABER (Associação Brasileira de Editoras Reunidas).

Ocorre que, para que o saldo devedor seja completamente zerado na editora, as obras do compositor têm que alcançar o número de utilizações em *faixas* estabelecido previamente pela mesma, em determinado prazo. Do contrário, o contrato estipula que ocorrerá *a prorrogação automática do mesmo, em virtude da existência de saldo devedor*.

Assim, se foi estipulada pela editora a inclusão de obras do autor em 200.000 (duzentas mil) faixas vendidas – como em nosso exemplo –, e as obras do autor foram utilizadas em 100.000 (cem mil) faixas, o contrato é automaticamente prorrogado. Entretanto, o *saldo devedor*, que deveria ser de 10.000 (dez mil) reais – resultado da multiplicação das 100.000 (cem mil) faixas pelos 10 centavos de real equivalente a cada uma –, é recalculado com base no novo valor “faixa”. Considerando-se que, por hipótese, a correção no valor da faixa, no período de 3 anos, tenha sido de 50%, o preço de cada faixa passa a ser de 15 quinze centavos de real. Dessa maneira, o compositor, que à época da assinatura do contrato, recebeu 20.000 (vinte mil) reais de *advance* da editora, mesmo tendo tido suas composições incluídas em 100.000 (cem mil) faixas – o que é um resultado bastante razoável, tendo em vista a crise do mercado fonográfico – passa a ter um *saldo devedor* na editora no valor de 15.000 (quinze mil) reais.

Há, de fato, um alto nível de sofisticação desta ferramenta contábil por meio da qual as editoras musicais conseguem manter sua saúde financeira num mercado do disco acidentado. Assim é que, além de ter que se desdobrar para divulgar suas obras – visto que o investimento em estratégias de divulgação por parte das editoras é, em regra, muito pequeno –, os compositores precisam também correr contra o tempo, uma vez que sua “dívida” cresce anualmente. Dessa forma, a maioria dos contratos, mesmo que já expirados cronologicamente, continuam em vigor, em direta afronta ao prazo máximo de cinco anos que a própria LDA prevê, permanecendo os autores indefinidamente ligados à empresa editorial.

Há alguns exemplos de casos concretos ajuizados que envolveram as questões do *advance* no contrato de cessão de obras futuras. O primeiro caso se deu em ação judicial proposta por Frederico de Freitas Pereira, em que o mesmo deduziu pedido no sentido de que a recuperação do adiantamento não poderia fazer com que toda a receita econômica obtida com a exploração de suas obras fosse utilizada para abater o adiantamento concedido. Assim, o Juízo de primeira instância concedeu a antecipação da tutela determinando que a editora repassasse ao autor um percentual de 50% das receitas auferidas com a exploração das obras cedidas, tendo tal decisão sido mantida pelo Juízo de segunda instância, no acórdão do qual destaca-se o seguinte:

“A hipótese vertente retrata a existência de contrato entre as partes em que o agravado assumiu a obrigação de ceder suas obras com exclusividade à agravante. Como ao agravado foi adiantada importância monetária por conta da aludida cessão, vem a agravante procedendo os correspondentes descontos no valor integral a que faria jus o recorrido se não tivesse contraído adiantamento algum. Inequivocamente, a remuneração percebida com a cessão de direitos patrimoniais sobre as obras do agravado destina-se à sobrevivência deste, revelando-se notória, pois, sua natureza alimentar. Neste sentido, o pagamento de 50% ao agravado e a retenção dos 50% restantes como desconto pelo adiantamento afiguram-se lógicos e justos, porquanto concomitantemente a dívida é amortizada e o obreiro recebe por seu labor.”⁹⁵

Notório que foi reconhecida pelo Juízo a natureza alimentícia dos direitos auferidos com a exploração econômica das obras; nada obstante, a pior das consequências dessa prática é a renovação automática do contrato prevista nos instrumentos assinados entre compositores e editoras, que determina que o contrato vigorará até a quitação dos adiantamentos concedidos. Foi por essa prática que o compositor Dudu Falcão conseguiu ver extinta sua relação com uma das maiores editoras musicais

⁹⁵ Agravo Regimental Interposto no Agravo de Instrumento nº 2006.002.23803; Relator Desembargador Ernani Klausner; Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

no setor, tendo o Juízo reconhecido a ilegalidade da estipulação contratual que exige dos compositores a recuperação dos valores concedidos em adiantamento:

“Com efeito, a previsão contratual da prorrogação automática do contrato, impondo ao autor uma obrigação continuada de resgatar os adiantamentos concedidos através de empréstimos, por meio de novas obras, significa uma forma de aprisionamento da parte mais fraca da relação, o que não condiz com o princípio da livre vontade de contratar. (...) Não se trata de excluir os efeitos próprios do período de sua existência, quais sejam, as vantagens da comercialização das obras cedidas. O que não se admite é conceder-lhe, de forma definitiva, a exclusividade dessas vantagens, vedando ao autor o direito de explorá-las por si mesmo, após a rescisão do contrato. Ora, se o prazo da cessão foi de um ano e rescindido o contrato com sua expiração, logicamente o bem do cedente retorna ao seu patrimônio, nos termos do artigo 49, III, da Lei 9.610/98.”⁹⁶

De fato, com as cláusulas contidas no contrato de cessão de obras futuras, e da maneira com a relação editora e compositor se dá, ao compositor restam, apenas, as opções de *i)* ceder novas obras à editora, e aguardar que as mesmas alcancem os patamares de vendagem estipulados pela mesma; ou *ii)* devolver, em dinheiro, o valor do *saldo devedor*, já corrigido. Por essas razões o compositor, que na data da assinatura do contrato, havia ficado satisfeito com a possibilidade de saldar suas dívidas, acaba por ser obrigado a entregar novas criações à editora, e, o que é mais grave, torna-se devedor, em virtude do esquema de correção do valor individual das faixas. Valendo ressaltar que, enquanto não quita o adiantamento, o compositor não recebe mais nenhum valor. Portanto, o compositor fica impedido de contratar com outras editoras, tendo em vista que é exclusivo daquela com a qual pegou o adiantamento, e, para além disso, não recebe nenhum valor em virtude da exploração econômica de suas obras por conta de ter que quitar o adiantamento inicialmente concedido.

Todos estes conflitos demonstram que, para além da solução *ex ante* necessária a um equilíbrio legislativo e do ambiente institucional em que a relação entre compositores e editoras musicais ocorre, é necessária, por outro lado, uma solução que permita uma coordenação dos conflitos *ex post*. Como se pode observar, os conflitos precisaram ser deduzidos ao Poder Judiciário para que fossem solucionados, o que faz com que os compositores e as editoras incorram em significativos custos de transação para contratarem advogados, pagamentos de custas judiciais, e toda a complexidade que envolve uma ação judicial. Nesse sentido, é notório que o judiciário não pode ser a vala comum de todos estes

⁹⁶ Apelação Cível 2005.001.42174, 10a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Trecho do Voto do Desembargador Relator José Geraldo Antonio.

conflitos, notadamente em função da assertiva de Williamson (1989) no sentido de que uma estrutura de governança com maior especialidade provê à coordenação da atividade econômica maior eficiência.

Como expressado, o Brasil já adotou a existência de uma estrutura de governança pública para a mediação e arbitragem de conflitos, bem como para a fiscalização das atividades das estruturas de governança privadas atuantes no Direito Autoral de música, como o caso do ECAD. Nesse sentido, passa-se ao capítulo de conclusão final deste trabalho, em que serão ratificados os pontos centrais apresentados, bem como serão propostas soluções legislativas de harmonização do sistema de direito autoral, bem como de estabelecimento de estruturas de governança que, em conjunto com a melhoria das instituições, deem conta de reduzir os conflitos de interesse e, em consequência, minorar os custos de transação decorrentes da exploração econômica das obras musicais.

Conclusão

Esta dissertação teve por objeto a relação entre compositores e editoras musicais, com vistas a analisar *i)* os contratos firmados entre essas partes, *ii)* a interação desses instrumentos com o ambiente institucional e com os arranjos institucionais, de modo a *iii)* verificar-se se essa interação dá margem a conflitos ou a cooperação. Como método para esta análise, utilizou-se um raciocínio dedutivo, tendo sido estabelecido no capítulo 1 o marco teórico, oriundo da economia, em relação aos conceitos que seriam utilizados para realizar a avaliação da interação suscitada. No capítulo 2, descreveu-se e analisou-se o cenário em que essa interação ocorre, estabelecendo-se o *ambiente institucional* e os *arranjos institucionais* nos quais a relação está inserida. Por fim, no capítulo 3 foram descritos e analisados os contratos entre compositores e editoras musicais, e os reflexos desses contratos; ainda, abordou-se a questão do Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA, e de que forma uma *estrutura de governança* pública na área de Direito Autoral funcionou e foi extinta no Brasil.

Com a análise da interação proposta, e com base nos casos de conflitos oriundos dos reflexos dos contratos firmados entre compositores e editoras musicais, pode-se afirmar que a interação entre as *instituições* e os *contratos* dá margem a *conflitos*, e dificulta a cooperação entre as partes envolvidas. Dessa maneira, o fato é que a relação entre compositores e editoras musicais, no Brasil, gera significativos custos de transação para as partes envolvidas, que necessitam recorrer ao Poder Judiciário para que esses conflitos sejam solucionados. Como salientam alguns autores citados, dentre os quais destaca-se Ascensão (1989), o compositor é a *parte mais fraca da relação* analisada, de modo que garantir maior equilíbrio à relação entre compositores e editoras musicais deve ser um passo importante para que os compositores brasileiros consigam viver do seu trabalho, e terem de fato suas obras protegidas; razões maiores de existência da própria *instituição Direito Autoral*.

Nesse sentido, esta pesquisa permitiu verificar que, aplicando-se a Teoria dos Custos de Transação de Williamson à relação entre compositores e editoras musicais, é notório que há dois tipos de possibilidades de minoração das hipóteses de conflito: a *ex ante* à formação da relação contratual; e a *ex post* à formação dessa relação. Como vistas a que esta pesquisa tenha, além de um viés crítico, uma função de formular políticas públicas em Direito Autoral na área da música, passa-se a apresentar algumas soluções para a minoração dos conflitos

oriundos da relação entre compositores e editoras musicais, de acordo com a divisão de possibilidades proposta: *ex ante* e *ex post*.

Como é possível se prever, os resultados práticos de uma legislação modernizada, na área de Direito Autoral de música, vão depender de variados fatores, dentre os quais destaca-se a própria possibilidade de aprovação, no Congresso Nacional, de uma formulação prévia de propostas de reforma das leis. A aprovação de alterações legislativas que favoreçam os compositores em detrimento das editoras musicais – sociedades empresárias em regra de capital multinacional – é sobremaneira dificultosa, de modo que a dificuldade de estabelecer-se, *ex ante* e de modo ideal, a alocação dos *direitos de propriedade* é tarefa de relevante dificuldade.

O fato é que, levando inclusive esta questão da existência de uma série de forças que se opõem no Congresso Nacional, o Estado brasileiro, na gestão do então Presidente Luis Inácio Lula da Silva, tomou a iniciativa de realizar um importante processo de reformulação da legislação de Direito Autoral. Como expressado na introdução deste estudo, tal iniciativa foi inaugurada por meio do Forum Nacional de Direito Autoral, que realizou uma série de palestras e encontros para que fossem discutidas possíveis reformulações na legislação. Nada obstante, o Ministério da Cultura, na gestão dos Ministros Gilberto Gil e posteriormente Juca Ferreira, ambos no Governo Lula, realizaram uma Consulta Pública ao Ante Projeto de Reforma da LDA, que contou com mais de 8.000 contribuições da sociedade civil.⁹⁷

Esta consulta pública deu origem a um Ante Projeto de Reforma da LDA (adiante APL), que posteriormente, devido a trocas no âmbito do Ministério, não avançou para ser enviado ao Congresso. No entanto, o APL propôs algumas soluções legislativas importantes para as questões levantadas nesta dissertação, tanto no que se refere aos problemas *ex ante* quanto aos problemas *ex post*.

Outra importante iniciativa, já por mais de uma vez citada nesta dissertação, foi a Comissão Parlamentar de Inquérito realizada no âmbito do Senado Federal em que se investigou a atuação do ECAD. Esta CPI teve um relatório pormenorizado, também já citado neste estudo, em que, além dos indiciamentos de vários dos dirigentes do ECAD e das entidades de gestão coletiva que o formam, foram feitas recomendações e propostas ao Poder Executivo no sentido de se criarem soluções *ex post* para os conflitos que, em função da

⁹⁷ Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/>

significativa relevância, também se descrevem a seguir. Passa-se, então, às soluções *ex ante* e *ex post* propostas pelo Ministério da Cultura e pelo Senado Federal para a minoração dos conflitos, e por conseguinte dos custos de transação, na área de Direito Autoral de música. Ainda no mesmo sentido, algumas propostas adicionais são feitas como conclusão desta pesquisa.

Proposta de reformulações legislativas para soluções ex ante

No APL⁹⁸, abordou-se a relação entre compositores e editoras musicais de forma bastante avançada, com a inserção de mecanismos que permitiriam, se aprovados, que os compositores solicitassem a revisão dos contratos – em casos de onerosidade excessiva, por exemplo –; ferramentas que podem ser muito importantes para o reequilíbrio da relação entre autores e editoras musicais. É o caso das propostas de criação do artigo 6º-A, com o seguinte conteúdo:

Art. 6º-A Nos contratos realizados com base nesta Lei, as partes contratantes são obrigadas a observar, durante a sua execução, bem como em sua conclusão, os princípios da probidade e da boa-fé, cooperando mutuamente para o cumprimento da função social do contrato e para a satisfação de sua finalidade e das expectativas comuns e de cada uma das partes.

§ 1o. Nos contratos de execução continuada ou diferida, qualquer uma das partes poderá pleitear sua revisão ou resolução, por onerosidade excessiva, quando para a outra parte decorrer extrema vantagem em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

§ 2o. É anulável o contrato quando o titular de direitos autorais, sob premente necessidade, ou por inexperiência, tenha se obrigado a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, podendo não ser decretada a anulação do negócio se for oferecido suplemento suficiente,

Outro ponto importante, e que traz avanços na relação entre compositores e editoras musicais, é a proposta do APL que dá ao autor a possibilidade de rescindir o contrato no caso de administração de seu repertório contra seus interesses. Tal possibilidade foi proposta com a inserção de um parágrafo 3º no art. 53 da LDA, nos seguintes termos:

§ 3º O autor poderá requerer a resolução do contrato quando o editor, após notificado pelo autor, obstar a circulação da obra em detrimento dos legítimos interesses do autor.

⁹⁸ Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/lei-961098-consolidada/>

A prática de administração do repertório contrária aos interesses do autor, como restou demonstrado no capítulo 2, dá margem a conflitos e, sobretudo, a custos de transação significativos, notadamente em casos como o dos compositores Zé Ramalho e Roberto Carlos, que tiveram que acionar o Poder Judiciário para ver garantido o Direito de gravarem obras de sua própria autoria. Por isso, a inserção deste parágrafo supra citado seria de extrema valia como forma de minoração dos conflitos entre compositores e editoras.

Ainda, e com vistas à harmonização e padronização dos negócios jurídicos em Direito Autoral, o APL contribui sugerindo normas que, se aprovadas no Congresso Nacional, definiriam de forma mais expressa e clara os macro negócios aplicáveis às relações que se pretendem estabelecer nos negócios jurídicos envolvendo obras musicais. É o exemplo da sugestão de inclusão do inciso XV no art. 5º da LDA, que define a figura da *licença*, algo que não está previsto na LDA, nos seguintes termos:

XV – licença – a autorização dada à determinada pessoa, mediante remuneração ou não, para exercer certos direitos de explorar ou utilizar a obra intelectual, nos termos e condições fixados no contrato, sem que se caracterize transferência de titularidade dos direitos

Ocorre que, no APL sugere-se a criação da figura da licença, porém não houve propostas em relação à necessidade de definição de dois outros institutos: *cessão* e *edição*. Assim, fica como sugestão que ora se propõe nesta dissertação – tendo em vista que para além de não definir a *licença*, a LDA atual também não delimita e positiva a figura da *cessão*, assim como não tipifica a *edição* como uma espécie de *licença* de caráter exclusivo – a inserção de elementos legislativos que seriam essenciais para a organização e delimitação do sistema, com a inclusão de mais dois incisos no art. 5º da LDA, que teriam o seguinte conteúdo:

XVI – cessão – a transferência, total e definitiva, do fundo de direitos patrimoniais de autor, que poderá ser alvo de rescisão nos casos especiais definidos nesta Lei.

XVII – edição – a licença exclusiva concedida ao editor, por prazo determinado, mediante remuneração ou não, para reproduzir a obra, com o dever de divulgá-la.

Justifica-se a inclusão de definições das figuras da *cessão de direitos* e da *edição*, com dispositivos expressos, na medida em que a intenção precípua da inclusão da figura da *licença de direitos* no arcabouço de normas autorais é a de servir para harmonizar o sistema

de Direito Autoral com os demais sistemas atinentes à Propriedade Intelectual, leia-se Propriedade Industrial. Nesse sentido, apenas a inclusão da definição de *licença* não realizaria essa harmonização dos sistemas, razão por que se deve estipular e delimitar, também, a figura da *cessão de direitos* como o é no direito civil – transferência total e definitiva do fundo de direitos – e definir a figura da *edição* como uma espécie de licença. Assim, passaríamos a ter, no Direito Autoral, algo similar, *mutatis mutandi*, aos demais ramos da Propriedade Intelectual, isto é, um sistema permeado por dois modelos de negócio jurídico – *cessão* e *licença* – dos quais os demais modelos passarão a ser espécies.

Nada obstante essas propostas de alteração legislativa, que atuariam de forma a minimizar, *ex ante*, os conflitos a que a relação entre compositores e editoras musicais dá margem, o APL trouxe algumas propostas de solução *ex post*, assim como o relatório final da CPI do ECAD, ocorrida no âmbito Senado Federal, recomendou ao Poder Executivo a criação de uma *estrutura de governança* pública para a fiscalização das entidades de gestão coletiva e do ECAD, bem como para mediação e arbitragem de conflitos em Direito Autoral. Passa-se, então, a descrevê-las.

Criação de uma estrutura de governança pública na área de direito autoral – ex post

De fato, como já por mais de uma vez salientado, as alterações na legislação são essenciais, e devem ser feitas com vistas a minorar as possibilidades de conflito *ex ante*. No entanto, devido à complexa divisão do trabalho relacionada à atividade de criação e exploração das obras musicais, da racionalidade limitada e de se tratarem de ativos específicos, é necessário que haja uma *estrutura de governança* pública para coordenar as atividades econômicas relacionadas ao Direito Autoral e à indústria da música. Essa estrutura atuaria nos moldes do CNDA, referido nos capítulos 2 e 3, fiscalizando a atividade de monopólio do ECAD e das entidades de gestão coletiva que o formam, bem como para mediar e arbitrar conflitos que envolvam Direito Autoral, notadamente na relação entre compositores e editoras musicais – caso em estudo nesta dissertação –, e demais partes com suficiências distintas e que tenham, por isso, potencialmente possibilidade de dar margem a conflitos e não a cooperação em virtude da própria natureza dessas relações.

Nesse sentido, o relatório final da CPI do ECAD no Senado Federal faz recomendações ao Poder Executivo que poderiam ser de grande valia no contexto aqui analisado, nos seguintes termos:

“15. Que seja criada no Ministério da Justiça a Secretaria Nacional de Direitos Autorais – SNDA e o Conselho Nacional de Direitos Autorais – CNDA, estruturas administrativas com competência para regular, mediar conflitos e fiscalizar as entidades de gestão coletiva de direitos autorais. Que, após a criação da Secretaria e do Conselho, o Ministério da Justiça abra um amplo debate com a sociedade sobre a pertinência de criação de uma autarquia própria, autônoma, com competência para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais.

16. Que a estrutura administrativa referida no item anterior disponha de recursos orçamentários, estrutura física e pessoal qualificado para exercer a regulação, mediação e fiscalização das entidades de gestão coletiva de direitos autorais.”⁹⁹

O APL do Ministério da Cultura, na versão disponível em seu site, ainda não propõe a criação de uma entidade como a supra recomendada pelo Senado Federal; entretanto, sugere uma série de competências ao Ministério da Cultura que dariam margem a uma fiscalização das atividades das entidades de gestão coletiva, bem como à criação de um ente estatal para regular esta atividade. É o exemplo da sugestão de criação do art. 98-A, com o seguinte texto:

Art. 98-A. O exercício da atividade de cobrança de que trata o art. 98 dependerá de registro prévio no Ministério da Cultura, conforme disposto em regulamento, cujo processo administrativo observará: (...) ¹⁰⁰

Desse modo, a obrigatoriedade de registro prévio já garantiria ao Estado a regulação da atividade destas entidades, que também gera potencialmente uma série de conflitos que não foram objeto desta dissertação, uma vez que este estudo limitou-se à relação entre compositores e editoras musicais.

Estas sugestões de solução legislativas para a resolução de conflitos *ex post* servem, assim, como encerramento desta dissertação, como uma forma de se apresentarem propostas para que o Estado Brasileiro e a sociedade civil possam criar os caminhos para que Direito Autoral, no Brasil, seja uma *instituição* voltada para garantir o direito dos compositores, dar garantia de segurança jurídica às editoras musicais, tudo no sentido de que a cooperação passe a ser a regra em detrimento do conflito. Dessa forma, os *custos de transação* seriam reduzidos, para que a remuneração cabível aos compositores pela exploração econômica das

⁹⁹ Disponível em: <http://bit.ly/NfloND>

¹⁰⁰ Idem, *ibidem*

obras musicais possa, de fato, ser usufruída por aquele que faz da composição o seu ofício: o trabalhador criador.

Referências bibliográficas

ABRÃO, Eliane in “Direitos de Autor e Direitos Conexos”, São Paulo: Ed. do Brasil, 1ª ed., 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. In: Revista da ABPI –Associação Brasileira da Propriedade Intelectual no 59, jul/ago de 2002

..... “Do bem incorpóreo à propriedade intelectual” Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/teoria.pdf> . Acesso em: 07.08.2012

.....“Direitos Autorais”. Disponível em: http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&id_doutrina=2853 . Acesso em: 07.09.2012

BRANCO, Sérgio. *Direitos Autorais – Circulação da obra, limitações e exceções*. Disponível em: <http://bit.ly/Vi8ZgH> . Acesso em: 07.10.2012

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005

CABRAL, Plínio in “A Nova Lei de Direitos Autorais”, São Paulo: Rideel, 1ª ed. 1999

COASE, Ronald H. *The Problem of social cost. Journal of law and economics*. Chicago, 1960. Disponível em: www.coase.org. Acesso em: 07.09.2012

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 1, 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

www.planalto.gov.br .Acesso em: 06.07.2012

DAVIS, Lance E.; **NORTH**, Douglass C. *Institutional change and american economic growth*. Cambridge: Cambridge University Press, 1971.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. v. 4 . 19a ed. São Paulo: Saraiva, 2004

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2006

FIANI, Ronaldo. *Cooperação e Conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GANDELMAN, Marisa; **PAGE**, Will - *ECADconomics – understanding the brazilian unique model of collective rights management* – 2010. Disponível em: <http://bit.ly/rCkjMw> Acesso em: 07.11.2012

GUEIROS JR., Nehemias. *O Direito Autoral no Show Business, A Música*. Rio de Janeiro: 3ª Edição, Editora Gryphus, 2005

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 – Lei de Direito Autoral – BRASIL – Disponível em: www.planalto.gov.br . Acesso em: 07.09.2012

Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil brasileiro – BRASIL – Disponível em: www.planalto.gov.br . Acesso em: 07.09.2012

LEOPARDI, Maria Tereza Mello; **ESTEVES**, Heloísa Lopes Borges. *Direito e Economia na noção de 'direitos de propriedade'*. Disponível em: <http://bit.ly/MPsd7r>. – Disponível em: www.planalto.gov.br . Acesso em: 07.10.2012

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

MANTZAVINOS, Chrysostomos. *Individuals, institutions and markets*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORTH, Douglas C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PONTES, Hildebrando. *ECAD é exemplo de empresa privada que deu certo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-18/hildebrando-pontes-ecad-exemplo-empresa-privada-deu-certo> . Acesso em: 08.09.2012

QUEIROZ MONTEIRO, Arakin e outros. *Uma análise qualitativa do mercado de música no Brasil: para além das falsas dicotomias*. São Paulo: GPOPAI/USP, 2010, disponível em www.gpopai.usp.br/wiki/images/8/83/Relatorio-musica-gpopai-2010.pdf . Acesso em: 08.09.2012

REALE, Miguel. *A sociedade simples e a empresária no Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/socse.htm> . Acesso em: 08.10.2012

Relatório Final da CPI do ECAD. Realizada no ano de 2012, no âmbito do Senado Federal da República do Brasil. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951> Acesso em: 08.09.2012

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6º ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Newton *in* A Propriedade Intelectual e as novas Leis Autorais, São Paulo, Ed. Saraiva, 21 ed., 1998

UBC 70 anos – o autor existe. Disponível em: http://www.ubc.org.br/o-autor-existe/ubc_livro_70anos.pdf . Acesso em: 08.06.2012