



OS DIREITOS AUTORAIS MUSICAIS DOS RINGTONES E DOS TRUETONES: EXECUÇÃO PÚBLICA OU DISTRIBUIÇÃO¹

Silvia Regina Dain Gandelman²

Resumo – O avanço tecnológico mundial tem afetado as relações jurídicas no âmbito do direito de propriedade intelectual, em especial na área do direito autoral. Isso porque as formas de distribuição, reprodução e difusão de obras através das novas tecnologias, permitem a sua utilização por um número infinito de usuários em qualquer lugar do mundo, sem qualquer controle dos titulares dos direitos autorais. Acompanhamos a evolução destas utilizações no campo da música, baixada via Internet, e, mais recentemente a utilização de novas modalidades de uso de obras musicais através de toques de aparelhos celulares, os chamados “ringtones”, “truetones”, “realtones”, entre outras denominações que vem surgindo a cada dia. Os toques telefônicos musicais realizados pelos usuários das operadoras de telefonia móvel, através de “ringtones” e “truetones” viraram uma febre. As operadoras de telefonia e as empresas especializadas no ramo, conhecidas como integradoras colocam à disposição do público milhares de obras musicais para que sejam baixadas diretamente da Internet para o aparelho celular mediante um pagamento que pode variar, mais ou menos, entre R\$1,99 e R\$3,99. Somente no ano passado, segundo pesquisas realizadas, o negócio envolveu 100 milhões de *downloads*. Neste artigo apresentamos a questão, bem como as controvérsias que a mesma tem levantado no âmbito do direito autoral, em especial do ponto de vista do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, apontando a interpretação legislativa e doutrinária, bem como as práticas mercadológicas atuais.

Palavras Chave – Música, Celular, Ringtones e Truetones, Execução Pública

¹ Artigo publicado na Revista da ABDI n°1, 2007.

² Sócia do escritório Dain, Gandelman e Lacé Brandão - Advogados Associados e secretária da Comissão de Direito da Propriedade de Intelectual do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).



“Dois fenômenos estão revolucionando o mercado de produtos eletrônicos e a vida dos consumidores. Um é o processo de convergência pelo qual os mais diversos aparelhos começam a assumir as funções de outros, criando híbridos difíceis de ser definidos, como, por exemplo, celulares que executam tarefas de computador de mão ou computadores de mão que servem para telefonar. O outro é o avanço da conectividade entre equipamentos — uma característica que permite, entre outras possibilidades, acoplar um DVD à Internet, por uma rede sem fio, para comandá-lo à distância, pelo notebook”. (in Revista Veja, Edição Especial nº 37, Novembro de 2004, pg. 9)

1. Introdução

A última década do século XX e o início do século XXI viu acontecer o que se convencionou chamar de “a convergência das mídias”. Com o advento do computador e a digitalização progressiva de todos os tipos de informação, com a evolução tecnológica da Internet, da televisão e do telefone, tem início uma nova era de questionamentos jurídicos como consequência das inovações. Tendo em vista a velocidade com que tal convergência tecnológica caminha a norma existente, que já tinha dificuldades de adequar-se a esta evolução, fica ainda mais vulnerável e levanta dúvidas acerca de sua aplicabilidade. O binômio comunicação e telecomunicação passa a ser a preocupação principal da indústria e o usuário deste enorme sistema passa a viver o que se convencionou chamar de “Revolução das Comunicações”. E como isso ocorre? Através da convergência das plataformas: telecomunicações, meios de comunicação de massa, e a informática, levando a um desenvolvimento cada vez maior da “telemática”.

No âmbito do direito autoral a evolução tecnológica trouxe um grande impacto. A proteção outorgada originalmente para as obras autorais clássicas, ou seja, a literatura, a música, o teatro, a ópera e a incipiente obra fotográfica, vem sendo objeto de questionamentos quanto à sua aplicação às novas modalidades, tais como a obra cinematográfica, o fonograma, a obra para televisão, o videofonograma, o programa de computador, para as quais, por sua vez, foram surgindo novas formas de fixação, reprodução, distribuição e comunicação que caracterizam o chamado “mundo digital” de hoje.

A partir da possibilidade do armazenamento de textos, sons e imagens em linguagem digital, através do computador, surgiram os novos suportes físicos dos CDs, CD ROM, DVD, cinema e televisão digitais. Os satélites espaciais criaram a possibilidade de interconexão com qualidade e velocidade, surgindo a Internet de uso comercial que, juntamente com a telefonia sem fio, revolucionaram a década de 1990.

No que diz respeito aos direitos autorais musicais, os fundamentos jurídicos que nortearam a criação do instituto do “copyright” (1710 – Inglaterra) e do “droit d’auteur” (1790 – França),



contemplaram, inicialmente, os direitos do compositor de receber remuneração pela reprodução de sua obra através de partituras, e pela execução pública de suas obras, através de intérpretes. Como ainda não havia na ocasião a tecnologia capaz de fixar e reproduzir tais interpretações, os executantes eram remunerados a cada apresentação e os compositores por um percentual na bilheteria dos espetáculos. O avanço tecnológico propiciou novas modalidades de utilização e reprodução de obras musicais, através da fixação de fonogramas, da transmissão radiofônica, tornando necessário a adequação das leis e convenções internacionais sobre a matéria (a primeira convenção internacional, a de Berna, data de 1886), para acomodar as novas tecnologias dentro dos conceitos autorais que protegem as obras e sua reprodução, em benefício do autor.

Mais recentemente, o grande desenvolvimento ocorrido na área das telecomunicações possibilitou que o telefone móvel (celular) passasse a ser também um veículo de transmissão de música, foto, imagem, programa radiofônico e audiovisual. Sobre este pano de fundo, passamos a discorrer sobre a questão dos “ringtones” e dos “truetones” quando baixados dos “sites” das operadoras de telefonia celular por seus usuários e a questão dos direitos autorais dos titulares das obras musicais, sejam eles produtores fonográficos, autores ou intérpretes.

2. A Legislação e as Novas Tecnologias

O ano de 1978 e as “Resoluções Tipo” da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) foram o marco jurídico que permitiu a expansão dos conceitos de direito do autor para abrigar as novíssimas tecnologias. Senão vejamos: os computadores, como inovação tecnológica, existiam desde 1945 e eram utilizados para armazenamento de dados por governos e grandes empresas. No Brasil, a informática foi utilizada pela primeira vez para equipar os submarinos da Marinha brasileira e era classificada como atividade sigilosa, de segurança nacional. Os enormes equipamentos necessitavam de locais reservados e funcionavam com softwares residentes e dedicados, sendo impossível dissociar as máquinas dos programas. Na década de 1970, com o surgimento dos computadores pessoais, foi possível dissociar os programas das máquinas que faziam funcionar e houve a necessidade de outorgar proteção à nível mundial a esta nova criação do intelecto humano. Reunidos sob a égide da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), naquela altura administradora tanto da Convenção de Paris quanto da Convenção de Berna, os países membros, firmaram, através de compromisso específico, o texto das Resoluções Tipo, que



consagrava a proteção do software pelo instituto do direito de autor, enquanto sugeria 8 (oito) artigos que deveriam ser introduzidos nas leis autorais nacionais sobre o assunto, face a especificidade da proteção.

Acompanhando o tratado de 1978 na OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), os diversos países membros providenciaram a adequação de sua legislação interna para acomodar o programa de computador, sendo o primeiro os EUA (Copyright Act – 1980) em seguida os países europeus (França, Inglaterra, Holanda, Alemanha etc.) e por fim os demais países. No Brasil o software é protegido através do instituto do direito de autor, através da Lei 9.609/98.

Com a possibilidade aberta pelos computadores de armazenamento de som, texto e imagens, surge a obra multimídia, que circulou com grande sucesso no suporte físico CD ROM, até ser suplantada pelos DVDs e pela Internet, que permitiu a comunicação entre computadores e a possibilidade de acesso à obras literárias, artísticas e científicas na rede. Em termos de legislação autoral, as novas mídias geraram, no âmbito da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) e do TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), diante da facilidade da atuação de piratas na rede, as seguintes conseqüências: a) a necessidade de atualização da legislação autoral para contemplar as novas modalidades de utilização de obras protegidas pelo direito de autor, inclusive as bases de dados organizadas; b) o ingresso do item propriedade intelectual na pauta do comércio internacional regulado pela OMC (Organização Mundial do Comércio), criando obrigações de proteção para os países signatários do TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights).

O Brasil aderiu ao TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) em 1996, gerando, conseqüentemente, a necessidade de adequação das leis versando sobre propriedade intelectual no país. Em 1998, no mesmo dia 19 de fevereiro, duas leis foram publicadas, fechando o ciclo de modernização iniciado com a assinatura do TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) e a publicação do novo Código da Propriedade Industrial (Lei 9279/96): a nova Lei do Software (Lei 9609/98), já despida do ranço da reserva de mercado e adequada ao TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), e a nova Lei dos Direitos Autorais (Lei 9610/98) conservadora porém adequada aos novos tempos, contemplando a proteção das bases de dados organizadas (Art.



7º, XIII) no elenco das obras protegidas, além de absorver todo o novo vocabulário de meios de reprodução e armazenamento em sua relação de modalidades de utilização.

Insta sublinhar que em dezembro de 1996 foram aprovados, no âmbito da OMPI, dois tratados importantes: Tratado da OMPI sobre Direito de Autor e Tratado da OMPI sobre Artistas e Produtores de Fonogramas. O primeiro instrumento, claramente vinculado à Convenção de Berna, consagra a tutela dos programas de computador pelo direito de autor, o que também foi incorporado pela nossa legislação autoral, confere às bases de dados o mesmo regime jurídico, consagra os direitos de distribuição e de aluguel, bem como o amplo direito de comunicação ao público, entre outros. O segundo Tratado, claramente vinculado à Convenção de Roma, embora exclua os organismos de radiodifusão, atribui aos artistas, e produtores de fonogramas, direitos autorais, manifestando uma tendência internacional de equiparar os direitos conexos aos direitos de autor.

Estes dois tratados foram assinados pelo Brasil, embora não tenham sido ratificados, encontram-se em vigor no plano internacional e fazem parte do que convencionou-se chamar de agenda digital, uma vez que durante a sua elaboração³ foi acordado que a questão da proteção das obras intelectuais colocadas à disposição do público através de meios digitais poderia ser solucionada pelas legislações internas através do reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público.

O direito de *por à disposição ao público* é o direito exclusivo que tem o autor de uma obra de autorizar qualquer comunicação ao público de suas obras. O novo conceito de comunicação ao público adotado pelo tratado de direito de autor engloba a transmissão interativa uma vez que o artigo 8º prevê que “... os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público de suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a colocação à disposição do público das obras, de maneira que os membros do público possam ter acesso a estas obras desde um lugar e num momento que individualmente escolherem”. Instituiu-se também a previsão de que aos autores e titulares de direitos conexos deve ser conferida proteção jurídica adequada para que se coíbam ações visando a elidir, mediante o uso de equipamentos, medidas tecnológicas que sejam adotadas pelo autor para proteger sua obra. Em outras palavras, o uso de qualquer dispositivo que

³ SANTIAGO, Vanisa. A Lei 9610 de 19 de fevereiro de 1998: Aspectos Contraditórios. Palestra proferida em Seminário Sobre Direito Autoral, realizado pelo Conselho da Justiça Federal, no Centro Cultural da Justiça Federal, março de 2003.

impeça o funcionamento de uma medida de proteção adotada pelo autor para evitar cópia de sua obra, constitui infração de direito autorial.⁴

2.1. A Distribuição de Conteúdo Protegido – Modalidades de Utilização

Ultrapassada a questão das obras protegidas por direito de autor e posta a evolução legislativa atrelada às novas tecnologias, surge o objeto central de preocupação mais recente, diante da velocidade com que a revolução digital vem se instalando no cotidiano e da sofreguidão dos consumidores em adquirir as obras reproduzidas em meios digitais que, combinados com veículos de comunicação, causa o que se convencionou chamar de “convergência de mídias”.

É importante ressaltar, neste contexto, que todas as modalidades atualmente conhecidas de obras autorais estão elencadas no artigo 7º da Lei 9610/98, cuja aplicação é amplíssima, face à definição aberta e a lista meramente exemplificativa. Diz o artigo 7º: “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:” (grifos nossos)

Já as modalidades de distribuição, reprodução e utilização foram longamente contempladas no Capítulo III da Lei Autoral, destinado aos direitos patrimoniais do autor, e em especial em seu artigo 29, que passamos a transcrever:

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

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

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

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

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

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

⁴O artigo 107 da Lei 9610/98 incorporou os dispositivos referentes às obrigações relativas as medidas tecnológicas.

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

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

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.”

Verificamos, por conseguinte, que a lei, através do item X, incorporará: “X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas” — o que muito nos tranqüiliza em termos de proteção autoral futura.

Uma importante inovação trazida pela nova legislação é o disposto no artigo 31 que dispõe que: “As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer demais.” Assim, para cada modalidade de utilização é necessária uma autorização específica do titular daquele direito passível de proteção.

As novas modalidades de utilização de obras que surgem com a evolução tecnológica e que possibilitam que uma obra seja colocada à disposição do público, reproduzida, distribuída eletronicamente, executada publicamente, através de qualquer meio, independente da tecnologia utilizada, ensejam proteção legal. Assim⁵ “a adoção deste conceito como uma nova modalidade originada da fusão de modalidades antes consideradas distintas, passa a ser indispensável”.

⁵ Nas palavras de Andrew Lippman, do MIT, em entrevista proferida no Brasil em julho de 2000, na Folha de São Paulo, conforme citado no artigo de Simone Lahogue Nunes, A Convergência de Tecnologias e o Direito.



A boa notícia para os diversos tipos de direitos em jogo ou ameaçados pela evolução tecnológica, é que, a cada nova modalidade de utilização proporcionada pelas novas tecnologias, surge mais uma oportunidade para os autores/artistas comercializarem suas obras e divulgá-las a baixo custo.

2.2. A exploração do mercado de “Ringtones” e “Truetones”

O exemplo maior e que temos a oportunidade de ora comentar relativamente ao uso de novas tecnologias é a comercialização dos chamados “ringtones”/“truetones” ou toques da campainha dos celulares, um mercado estimado em muitos milhões de reais, que vem gerando receita adicional para os autores e suas editoras. As operadoras de telefonia celular já praticam esse modelo de negócios através do *download* de músicas, seja em formato de toques telefônicos monofônicos ou polifônicos, gerando uma receita imensa.⁶ No Brasil, foram baixadas 80 milhões de músicas em telefones móveis em 2004, sendo que o preço de um “ringtone” varia de R\$ 1,99 (um real e noventa e nove centavos) a R\$ 3,99 (três reais e noventa e nove centavos), dependendo da operadora. Estima-se que só em direitos autorais foram arrecadados mais de R\$ 19 (dezenove) milhões de reais⁷.

Recentemente, noticiou-se⁸ que o prêmio TIM de música, conferido a artistas anualmente, criou uma nova categoria de premiação de “truetones”, música em sua versão original, para destacar, no próximo ano, a música que mereceu o maior número de *downloads* pelos seus usuários da operadora. Este ano, somente pelo mês de junho, foi premiada Vanessa da Matta, com a obra musical “Ai Ai Ai” que concorreu com outros 11 artistas. As regras para a votação são simples e estabelecem que os fãs que quiserem votar devem ter um aparelho da TIM e esclarecem que não há limite para o número de downloads por aparelho ou pessoa. Obviamente um grande negócio que vem se desenvolvendo a passos largos: ganha o artista, o intérprete, a gravadora, a editora, e o criador de conteúdo. Enfim, um grande mercado que se abre no que se refere à venda destes novos “produtos”.

⁶ Estima-se que, em 2004, o mercado de músicas para celulares tenha gerado, apenas no Brasil, uma receita de cerca de R\$ 300 milhões, com 80 milhões de músicas adquiridas por usuários de telefonia móvel através de downloads, conforme informa artigo de Dirceu de Santa Rosa, publicado no site da OAB/RJ – da Comissão de Direitos Autorais e Entretenimento.

⁷ Segundo informações do site http://www.terra.com.br/istoedinheiro/387/seudinheiro/sonoros_lucros.htm

⁸ Site www.olhardireto.com.br

No ano passado o cantor Latino recebeu o “Vivo Awards”, prêmio oferecido pela Vivo à música “Festa no Apê”, que foi a que teve maior número de *downloads* pelos clientes da operadora, tendo sido alvo de um milhão de *downloads*.

A utilização de obras musicais como toque de celular virou febre em todo o mundo, principalmente entre o público mais jovem. Os modernos aparelhos celulares permitem a utilização de vários toques simultâneos, possibilitando a criação de grupos na agenda do usuário, tipo: amigos, família, colégio, trabalho e ainda toques personalizados para pessoas especiais. É grande a utilização dos “hits” do momento, hinos de clube, músicas de impacto. Ao mesmo tempo, o público mais conservador prefere obras do elenco de músicas clássicas, quase todas já em domínio público, sem que haja, neste caso, a necessidade do pagamento de qualquer direito, exceto no caso do “truetone”, quando há o pagamento de direitos conexos.

3. Controvérsias quanto às novas utilizações musicais

Para uma melhor compreensão acerca do impacto que a comercialização de “ringtones” e “truetones” acarretou no direito autoral faz-se necessário adentrarmos em conceitos e definições, alguns deles expressos na legislação autoral vigente, uma vez que os titulares de direito de autor estão ligados à *obra musical*, enquanto que os titulares de direitos conexos (direitos reconhecidos a determinadas categorias que auxiliam na criação, produção ou difusão da obra) do produtor fonográfico, do intérprete, dos músicos acompanhantes, estão ligados ao *fonograma*.

Assim sendo, temos que a *obra musical* é fruto de criação humana que possui letra e música ou simplesmente música. Uma música instrumental é uma obra musical, mesmo não possuindo letra. *Fonograma* é a fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual (artigo 5, inciso IX da Lei de Direitos Autorais).

Existem diversos tipos de direitos relacionados à exploração das obras musicais e dos fonogramas. Alguns desses direitos são exercidos diretamente por seus titulares, outros são geridos coletivamente, classificando-se da seguinte forma:

- Direito de edição gráfica – relativo à exploração comercial de partituras musicais impressas. Geralmente exercido pelos autores diretamente ou por suas editoras musicais;
- Direito fonomecânico – referente à exploração comercial de músicas gravadas em suporte material. Exercido pelas editoras musicais e pelas gravadoras;

- Direito de inclusão ou de sincronização – relativo à autorização para que determinada obra musical ou fonograma façam parte da trilha sonora de uma produção audiovisual (filmes, novelas, peças publicitárias, programação de emissoras de televisão) ou de uma peça teatral. Quando se trata do uso apenas da obra musical executada ao vivo, a administração é da editora musical, quando se trata da utilização do fonograma, a administração é da editora e da gravadora;
- Direito de execução pública – referente à execução de obras musicais em locais de frequência coletiva, por qualquer meio ou processo, inclusive, pela transmissão, radiodifusão e exibição cinematográfica. Esse direito, em geral, é exercido coletivamente pelas sociedades de titulares representadas pelo ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.
- Direito de representação pública – relaciona-se à exploração comercial de obras teatrais em locais de frequência coletiva. Se essas obras teatrais tiverem uma trilha sonora, a autorização para a execução da trilha deverá ser obtida no ECAD.⁹

Seguindo-se as definições de *obra musical* e *fonogramas*, fica mais claro perceber que quando se fala em “ringtones”, trata-se apenas da fixação de obra musical em aparelho telefônico, quando se fala em “trutones”, trata-se de obra musical com interpretação fixada em fonograma, gerando, além dos direitos autorais fonomecânicos, os direitos de intérprete ou artísticos, também conhecidos por direitos conexos.

O ponto central da controvérsia que se instalou quanto à questão da comercialização de “ringtones” e “trutones” é o entendimento da forma de classificação da utilização de obras musicais através dos referidos “ringtones” e “trutones” para fins de recolhimentos dos direitos autorais envolvidos, ou seja, se estamos tratando de distribuição, reprodução ou execução pública de obra musical. Tendo em vista que inúmeros são os titulares de direitos autorais, além das entidades que comercializam e distribuem as obras musicais sob esta nova forma surgem muitas dúvidas sobre *como* e *a quem* será devida a remuneração por esta forma de utilização.

3.1. Distribuição, Reprodução ou Execução Pública – O que diz A Lei 9610/98?

⁹ Deve ficar claro que as atribuições legais e estatutárias do ECAD dizem respeito à proteção dos direitos de execução pública musical. A defesa dos demais tipos de direitos musicais, tais como, sincronização, fonomecânicos etc. é exercida diretamente por seus titulares ou por meio de outras associações de gestão coletiva.



A nova lei autoral brasileira, ou seja, a Lei 9610/98, pretendeu, em seu texto, já contemplar as novas formas de utilização de obra protegida, principalmente através das definições de seu artigo 5º, itens II, IV, V e VI:

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

.....
.....

IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse;

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

VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido;

Encontramos ainda, no art. 29, item VII:

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

.....
.....

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

Assim vejamos: as empresas de telefonia celular firmam com os titulares de direitos, sejam eles autores ou editores, no caso dos “ringtones” e ainda produtores fonográficos, no caso dos “truetones” contratos permitindo a disponibilização de obras musicais em seu site para a escolha de seus usuários. A cada *download* realizado, há um pagamento tabelado que é cobrado juntamente com a conta do telefone, havendo neste valor um percentual dirigido ao autor, editor, no caso de “ringtone”, acrescido do produtor fonográfico, no caso do “truetone”. Encontramos nesta cadeia de relações e direitos, com muita frequência, uma empresa intermediária de prestação de serviços que negocia com autores, editores e produtores

fonográficos e já formata a obra como “ringtone” ou “truetone” para a utilização no site da operadora.

A grande questão que se levanta atualmente, e que vem sido discutida com entusiasmo pelos juristas, é a posição do ECAD (Escritório Central de Administração de Direito), que detém o monopólio no Brasil sobre a cobrança dos direitos de execução pública no país, sendo o seu único arrecadador. Na visão do corpo jurídico do ECAD, além do direito de distribuição já mencionados anteriormente, regulado no art. 5º e 29º da Lei autoral incide sobre os “ringtones” e “truetones” também o direito de execução pública, uma vez que as obras musicais são colocadas no site das operadoras, à disposição do público em geral, que pode ouvi-las e escolhê-las como, quando e onde quiserem.

Encontramos no art. 68 da Lei 9610/98 as definições necessárias para a explicação do conceito de execução pública, conforme a seguir:

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

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

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

Verificamos assim que existe execução pública quando a obra musical é utilizada “em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão, por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica”.

Insta sublinhar, por oportuno, que a reiterada jurisprudência dos tribunais considerou que, nos casos de hotéis, motéis, e outros estabelecimentos, a simples disponibilidade das obras musicais através de aparelhos de rádio, televisão, dvds e congêneres é fato gerador da

cobrança de direitos de execução pública pelo ECAD, não sendo necessária a prova de sua efetiva utilização pelo público. Esse entendimento levou alguns anos para sedimentar-se.

Inobstante o entendimento do ilustre corpo jurídico do ECAD, de que a utilização de “ringtones” e truetones” caracterizam uma execução pública da obra musical, há uma corrente de juristas no país que se opõe a referida interpretação, baseada, principalmente, na interpretação doutrinária de José de Oliveira Ascensão¹⁰, que, ao interpretar o inciso VII do Art. 29 (Lei 9610/98) anteriormente mencionado, diz textualmente:

“O sentido seria então outro. O preceito destina-se a englobar verdadeiras formas de distribuição, mas que não consistam numa transmissão física de exemplares; não são reproduzidos pelo distribuidor nem estão em poder deste. Estenderia antes o conceito de distribuição à distribuição eletrônica, em que o exemplar é reproduzido no terminal do utente por via eletrônica.” (grifos nossos)

Ainda, o enquadramento de um toque de celular no conceito de execução pública do mencionado artigo 68 e seus parágrafos se choca com a utilização do aparelho que não ocorre, necessariamente, em locais de frequência coletiva, sendo de uso privado do usuário do serviço de telefonia móvel e proprietário do aparelho. Estaríamos, portanto, diante de um direito de distribuição de obra musical, que deve ser necessariamente autorizada pelo autor no exercício de seus direitos patrimoniais. Neste sentido, entramos na área de competência do editor musical, aquele que explora todos os direitos de comercialização, fixação ou distribuição da obra musical, excetuando-se o de execução pública, que é prerrogativa legal do ECAD (Art. 99 da Lei 9610/98).

Incidem portanto, no caso dos “ringtones” os direitos autorais de edição, controlados no Brasil pelas editoras musicais, reunidos ou não nas associações (ABEM e ABER) e, no caso dos “truetones”, além dos editoriais, os fonomecânicos de produtor e de intérprete. Em geral, realiza-se um único pagamento ao produtor fonográfico, que repassa a parte do intérprete.

Relembramos, novamente, o artigo 29. VII, que deixa claro que depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra através de qualquer sistema que permita ao usuário realizar a *seleção da obra para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados* e nos casos em que o acesso às obras ou produções *se faça por sistema que importe em pagamento pelo usuário*. Neste inciso, notamos claramente a inclusão da modalidade de utilização através de demanda feita pelo usuário (on-demand – vídeo on demand, near vídeo on demand, truetone on demand), que permite a ele selecionar a obra para

¹⁰ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito da Internet e da Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 10

percebê-la e utilizá-la em tempo e lugar previamente desejados, não se tratando de execução pública.

Uma outra modalidade de utilização praticada atualmente pelas operadoras de telefonia é a disponibilização dos toques “ringtones” e “truetones” na Internet para fins de “degustação” dos seus usuários. Trata-se, na realidade, de demonstração do produto à clientela e em nossa opinião isenta do pagamento de direito autoral de execução pública pela própria Lei 9610/98, nos artigos que tratam das limitações do direito de autor.

Assim entendemos que não geram direitos de execução pública nem o momento do toque do telefone, nem a disponibilização na forma de *menu* de degustação de toques na Internet. O toque do celular representa o uso privado do assinante do telefone, que já remunerou o autor do fazer o *download* da obra musical para o seu aparelho, para seu próprio desfrute. A disponibilização de obras musicais no *menu* de degustação de toque na Internet se enquadra em um dos dispositivos que limitam os direitos do autor (o chamado uso honrado ou *fair use*), como dito anteriormente, presentes no direito brasileiro, por analogia perfeita, a saber, citando novamente a Lei 9610/98, artigo 46, V:

“Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

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

Assim, tendo em vista que a loja virtual na Internet é equivalente aos estabelecimentos comerciais previstos na lei, não há incidência de direito autoral sobre demonstração ou degustação. Esse entendimento nos parece ser pacífico!

3.2. Avanços Recentes

Em outubro de 2005, realizou-se na sede da OAB/RJ mesa redonda de debates sobre “Novas utilizações de obras audiovisuais na telefonia celular – Ringtones, True Tones, Video Tones e conteúdo diverso”, promovida pela Comissão de Direito Autoral e do Entretenimento da OAB-RJ, CDAE. A discussão contou com a participação dos membros da CDAE, de diversas entidades representantes dos setores diretamente envolvidos no assunto, como SOCIMPRO – Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais, AMAR – Associação de Músicos Arranjadores e Regentes, UBC – União Brasileira de



Compositores, ABEM – Associação Brasileira dos Editores Musicais, ABER – Associação Brasileira de Editoras Reunidas, ABPD – Associação Brasileira dos Produtores de Disco, ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, bem como a ACEL - Associação Nacional das Operadoras Celulares, a Takenet, Telemar, Claro, Tim, e, ainda, estudiosos da área.

As discussões giraram em torno justamente da controvérsia autoral quanto às modalidades de utilização das obras musicais através de “ringtones” e “truetones” mediante o *download* direto da Internet para os aparelhos celulares dos usuários.

As empresas de telefonia e as associações dos usuários do serviço móvel pessoal entendem que uma vez que se remuneram as entidades pelos direitos de reprodução e distribuição das obras, bem como as gravadoras pelo uso do fonograma, não há que se falar em remunerar pela execução pública. Ponderam que a própria natureza do serviço prestado pelas operadoras, sob a égide da Anatel, denomina-se tecnicamente de Serviço Móvel Pessoal e tem o caráter de utilização eminentemente pessoal.

Do ponto de vista das Associações arrecadoras de direitos os pontos foram divergentes na questão da interpretação quanto à modalidade de utilização realizada, ou seja, se trata-se de execução pública ou mera distribuição. O ECAD, conforme já mencionado sustenta a tese de que o que se pratica é uma execução pública de música, mesmo porque a distribuição não excluiria tal direito e que as operadoras devem recolher os direitos de execução pública ao ECAD.

A ABPD, através de seu representante, informou que o que ocorre com a música, por meio dos “ringtones” e “truetones” na telefonia móvel, é o mesmo que ocorre com a sua venda pela Internet, ou seja, a distribuição da música e não execução pública. Acrescentou ainda que sua associação orientou a sociedade arrecadora que representa seus sócios (ABRAMUS) no sentido de não autorizar o ECAD a recolher direitos de execução pública relativos aos truetones.

Alguns argumentaram, em defesa da tese de que a utilização de obras musicais sob a forma de “ringtones” ou “truetones” geram remuneração pela execução pública, em razão de se tratar de uma *transmissão* por meio de ondas emitidas ao aparelho celular. Foi inclusive invocada a questão da televisão a cabo, que mediante decisão judicial foi obrigada a recolher direitos autorais por execução pública ao Ecad, quando alegava que tratava-se apenas de uma

distribuição. O judiciário teria entendido que se trata de uma transmissão e ordenado o pagamento ao ECAD por execução pública.¹¹

A representante da ACEL observou que os conceitos de transmissão, emissão de ondas, de radiofrequência e afins dizem respeito ao uso de tecnologias diversas, distinguindo-se telecomunicação de radiodifusão ou de radiocomunicação e que inclusive são objeto de regulação por diferentes órgãos. A este respeito tecemos alguns comentários no item 3.3. abaixo.

O Vice Presidente da Comissão de Direito Autoral e do Entretenimento da OAB-RJ, Dr. João Carlos Muller Chaves, explicou que “a transmissão é um mero veículo, um meio de transporte por que se faz chegar até a obra intelectual.” Prosseguiu no entendimento que “o artigo 29, VII, da Lei Autoral, trata do direito de distribuição, e que para o grande doutrinador José de Oliveira Ascensão, no Brasil, o direito de pôr à disposição foi definido com um direito de distribuição.”

Os debates se seguiram em alto nível, mas não se chegou a um consenso, uma vez que por se tratarem de direitos novos, a aplicação dos critérios de utilização de “ringtones” e “truetones” sob a ótica da execução pública, com a alegação de que está disponível através da transmissão de arquivos e é de utilização coletiva está longe de ser pacífica.

3.3. A Questão Regulatória

Tendo em vista os pontos levantados na mesa redonda, conforme acima elencados, entendemos, por oportuno, abrir um parêntesis para esclarecer alguns pontos sobre as questões regulatórias nessa área.

A transformação do celular em canal de transmissão de conteúdo, sons e imagens, vem trazendo várias conseqüências para o direito autoral, gerando impactos também nas questões regulatórias, uma vez que as empresas de radiodifusão estão sujeitas às regras do Ministério das Comunicações, enquanto que as empresas de telefonia estão sujeitas às regras ditadas pela Anatel, contidas na Lei Geral de Telecomunicações - LGT. Importante mencionar que a radiocomunicação constitui-se em uma das espécies de telecomunicação que utiliza

¹¹ Importante esclarecer que televisão a cabo é uma espécie de serviço de televisão fechada. A Net, por exemplo é serviço de televisão a cabo, já Sky e Directv são serviço de DTH (direct to home), são todas espécies de serviço de televisão fechada, o que não se confunde com pay per view, que é um tipo de serviço que pode ser oferecido tanto pelo cabo quanto pelo DTH, que é a compra de conteúdo específico por um valor a mais no preço pago pelo consumidor. Essas empresas seriam as responsáveis pela execução pública das músicas inseridas em sua programação e portanto sendo as responsáveis pelos recolhimentos ao ECAD. Todos esses serviços são regulados pela Anatel.



freqüências radioelétricas não confinadas a fios, cabos ou outros meios físicos, e como subespécie da radiocomunicação, temos a radiodifusão.¹² Todos os demais serviços ditos correlatos à radiodifusão, como os de Televisão a cabo, Televisão por assinatura, os serviços de MMDS, e o Serviço de DTH (direct to home), entre outros, são sujeitos à regulamentação da Anatel.¹³

A radiodifusão consiste na transmissão de sons, e de sons e imagens, destinadas a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral, caracterizando-se como uma comunicação de massa. Antigamente, acreditava-se que a televisão e o rádio seriam os principais veículos de comunicação através do qual a população adquire informações. Ocorre que com o advento da Internet e da convergência de mídias estamos vivenciando uma mudança de comportamento do público em geral. Assim, a difusão de sinais pelo ar, na forma de sons (rádio), ou na forma de sons e imagens (televisão), veio revolucionar os meios de comunicação de massa que se dirige a um público amplo, de forma heterogênea, possuindo características próprias, tendo por função precípua, informar, divertir, ensinar, através da difusão de conteúdo jornalístico, de entretenimento, de publicidade, informativo, etc. O conteúdo difundido pela televisão aberta está sujeito a uma série de leis, tais como mas não se limitando a Lei de Direitos Autorais, ao Código do Consumidor, Estatuto do Menor e do Adolescente, entre outras, no sentido de que referido conteúdo não é de livre utilização e nem pode ser explorado de forma irresponsável. Além disso as radiodifusoras devem observar uma série de normas técnicas fixadas pelo Ministério das Comunicações para a execução dos

¹² ESCOBAR, J. C. Mariense. O Novo Direito das Telecomunicações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 194

¹³ A LGT, no artigo 211 excluiu a outorga dos serviços de radiodifusão da jurisdição da Anatel, cabendo a esta apenas o controle e a fiscalização do espectro de radiofreqüência, devido à sua escassez, ou seja ela fiscaliza o aspecto técnico das estações. Diz o artigo 211 da LGT, “A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica.” A Constituição Federal, no artigo 21, incisos XI e XII, com redação dada pela Emenda Constitucional 8/1995, quebrou o monopólio estatal das telecomunicações e estabeleceu claramente a competência da União para explorar os serviços de telecomunicação e de radiodifusão, através de terceiros, bem como a necessidade de criação de uma lei específica e de um órgão regulador dos serviços de telecomunicação (Anatel).

O artigo 21 – “Compete à União:

.....

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; ...”



serviços. Já os serviços de telecomunicações prestados pelas empresas de telefonia celular não se sujeitam a tais regras. O conteúdo difundido pela empresa de telefonia não se sujeita a qualquer controle, daí a grande divergência entre as empresas de telefonia e de radiodifusão. Tendo em vista as questões regulatórias, temos que a mera transmissão ou o envio de um “ringtone” ou “truetone” pela Internet ou pela linha telefônica de um servidor central de uma operadora de telefonia celular não poderiam caracterizar a cobrança por execução pública, pois não se equiparam. A comunicação se dá de um para um e não de um para vários.

4. Posicionamento em outros países

Já está pacificada internacionalmente a posição de que os toques telefônicos musicais geram direitos autorais fonomecânicos e editoriais, que em muitos países são também cobrados pelas sociedades arrecadadoras, neste caso atuando representando as editoras.

Em alguns países, a colocação de obras musicais à disposição dos usuários no site da operadora, à título de degustação, é considerada execução pública, passível de cobrança pela sociedade arrecadadora. No entanto, no Brasil, existe uma exceção específica prevista no artigo 46 da Lei 9610/98 já mencionada, estabelecendo que tal prática não ofende do direitos de autor. Assim sendo, por se tratar de disposição de lei federal, nenhuma assembleia do ECAD tem poder de revogá-la. Não há nenhuma notícia de cobrança no momento em que o celular toca.

Notícias recentes da Espanha nos informam que a SGAE, Sociedad General de Autores y Editores, através de seu diretor de reprodução mecânica firmou convênio com a Associação das empresas produtoras de conteúdo. Isto significa que as editoras e gravadoras, que cobram direitos autorais fonomecânicos, através da SGAE estabeleceram tabelas para a cobrança dos direitos autorais. Não se trata, obviamente, de execução pública, porém dos mesmos direitos que vêm sendo pagos, no Brasil às editoras, que na Espanha são cobrados pela SGAE.

5. Conclusão

Com base na legislação autoral brasileira, bem como na doutrina e na experiência ainda incipiente, concluímos que o ECAD não tem direito de cobrar como execução pública o momento do toque do celular, uma vez que como tivemos oportunidade de verificar estamos diante de uma distribuição e não uma execução pública de obra musical, nem sua disponibilização no site da operadora para fins de “degustação” do usuário, por força da



exceção do art. 46. Na Espanha, onde foi firmado o Convênio entre a SGAE e a Associação das empresas produtoras de conteúdo, não é cobrado o toque telefônico de até trinta segundos, para fins de degustação do usuário, nos mesmos moldes do artigo 46 da nossa lei autoral, ora mencionado. Deve ser levado em conta que tais direitos, considerados como distribuição, já vem sendo remunerados aos autores através das editoras que os representam. Se for convencionado entre as partes que tal pagamento venha a ser gerenciado pelo ECAD, como já acontece com sociedades em outros países, para facilitar a arrecadação, tal convênio deverá necessariamente integrar as editoras musicais, titulares dos direitos de distribuição e/ou as gravadoras, como produtoras fonográficas.

Na briga de foice que se estabeleceu entre o ECAD e os diversos *players* envolvidos na discussão ora tratada, só o tempo dirá se haverá algum tipo de acordo entre as partes ou, mais provavelmente, diante da posição firmada pelos doutrinadores, se a solução será o encaminhamento da discussão para posicionamento do poder judiciário. Só nos resta aguardar, certos de que os vencedores desta luta devem ser os autores e suas editoras no caso dos ringtones e, no caso dos truetones, os intérpretes e o produtor fonográfico.