

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

GERSON TADEU ASTOLFI VIVAN FILHO

**O CONTRATO DE EDIÇÃO MUSICAL NA PRÁTICA DA INDÚSTRIA
FONOGRÁFICA BRASILEIRA**

Porto Alegre

2015

GERSON TADEU ASTOLFI VIVAN FILHO

**O CONTRATO DE EDIÇÃO MUSICAL NA PRÁTICA DA INDÚSTRIA
FONOGRÁFICA BRASILEIRA**

**Trabalho de conclusão de curso,
orientado pelo professor Luis Renato
Ferreira da Silva, a ser apresentado
como requisito parcial para a obtenção
do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais na Faculdade de
Direito pela Universidade Federal do
Rio Grande do Sul.**

Porto Alegre

2015

GERSON TADEU ASTOLFI VIVAN FILHO

**O CONTRATO DE EDIÇÃO MUSICAL NA PRÁTICA DA INDÚSTRIA
FONOGRÁFICA BRASILEIRA**

**Trabalho de conclusão de curso,
orientado pelo professor Luis Renato
Ferreira da Silva, a ser apresentado
como requisito parcial para a obtenção
do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais na Faculdade de
Direito pela Universidade Federal do
Rio Grande do Sul.**

Aprovado em 15 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr. Luis Renato Ferreira da Silva,
Orientador

Professor Dr. Luis Filipe Spinelli

Professor Dr. Rodrigo Telechea

*O dea, si prima repetens ab origine pergam,
Et vacet annalis nostrorum audire laborum,
ante diem clauso componat Vesper Olympo.*

*Ó deia, se recorro à prima origem,
E anais de angústias não te pejam, Vésper
No Olimpo encerra o dia antes que eu finde*
Virgílio¹

*We become particularly interested
in the things we can change.*

Richard Sennet²

¹*Eneida*, I, 372-374 (tradução de Odorico Mendes, 393-394).

²*The Craftsman*. London: Penguin Books, 2009, p. 120.

AGRADECIMENTOS

À Cleidi e ao Gerson, que, há mais de duas décadas, me ensinam e demonstram como ser e fazer na medida do que se pode, e que os problemas, curiosamente, servem pra ser resolvidos.

À Mano, companheira das pequenas e das grandes viagens, que, felizmente, não deixa uma só coisa se acomodar onde está

A todos queridos colegas com quem convivi nos últimos cinco anos, em especial à Luane e à Diane Dias,

Aos professores Luis Renato Ferreira da Silva, Paulo MacDonald e Ricardo Antônio Lucas Camargo.

RESUMO

Este trabalho se perguntará a respeito da estrutura jurídica que legitimou o poder de controle de editoras musicais sobre os resultados da produção de compositores, no âmbito do mercado da música, em específico da indústria fonográfica. Enfoca-se a figura socialmente típica do contrato de edição musical, estudando o contexto, os sujeitos, o objeto e a função econômico-social correspondentes a ele. Dissecando, num segundo momento, o conceito e os efeitos do contrato de edição em geral, tipificado na Lei 9.610/98, parte-se para a análise das cláusulas mais frequentes nos instrumentos contratuais colhidos da prática e busca-se responder as questões a respeito da tipicidade, e do enquadramento conceitual e normativo do contrato de edição musical, confrontando-os conceitos afins de edição e cessão de direitos de autor, concluindo-se pela sua atipicidade legal e pela necessidade de um regime jurídico diferenciado.

Palavras-chave: Contratos, Direito de autor, Edição musical, Indústria fonográfica.

ABSTRACT

This research aims to study the legal structure which has legitimated the controlling power of music publishers over the outcomes of composers in the music business, particularly in the Brazilian phonographic industry. It takes the social *typus* of the music publishing contract, studying its context, its the subjects, its object and its social and economic function. Taking a deeper look at the concept and the effects of the general publishing contract, at 9.610/1998 Act, it analyzes the most frequent clauses in practice, trying to answer the questions about “tipicity” and the conceptual and legal framework of the music publishing contract, comparing it with the close notions of assignment and publishing in Brazilian law, concluding that it can’t be considered anymore an species of the genre ‘publishing contract’, deserving a special legal regulation.

Keywords: Contracts, Copyright, Music publishing, Phonographic Industry.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA	1
2. ALGUNS PRESSUPOSTOS.....	6
3. MÉTODO DE ABORDAGEM	10
CAPÍTULO I	
CONTEXTO, SUJEITOS E OBJETO DA RELAÇÃO CONTRATUAL	12
1. A EDIÇÃO MUSICAL E A INDÚSTRIA FONOGRÁFICA	12
2. EDITORAS MUSICAIS	18
3. COMPOSITORES	22
4. OBRAS MUSICAIS	24
5. CONCLUSÕES PARCIAIS.....	25
CAPÍTULO II	
DELINEAMENTO JURÍDICO DO CONTRATO DE EDIÇÃO EM GERAL	27
1. INTRODUÇÃO AO CAPÍTULO.....	27
2. CONTRATOS SOBRE DIREITOS DE AUTOR: ESPECIFICIDADES	28
2.1. <i>Uma disciplina protetiva?</i>	28
2.2. <i>Desenvolvimento dos efeitos desses contratos na legislação brasileira</i>	31
2.3. <i>Uma tipologia dos efeitos desses contratos</i>	37
3. A EDIÇÃO GERAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	39
3.1. <i>Classificação nas categorias dogmáticas</i>	41
3.2. <i>A questão da oponibilidade a terceiros</i>	43
4. A DISCIPLINA POSITIVA DA EDIÇÃO NA LEI 9.610/98.....	46
4.1. <i>Normas cogentes</i>	46
4.2. <i>Normas dispositivas</i>	50
4.3. <i>Normas interpretativas</i>	50
5. CONCLUSÕES PARCIAIS.....	51
CAPÍTULO III	
DELINEAMENTO JURÍDICO DO CONTRATO DE EDIÇÃO MUSICAL	52
RAZÃO DE ORDEM: EDIÇÃO MUSICAL <i>LATO SENSU</i>	52
1. CLÁUSULAS RECORRENTES	54
1.1. <i>Cláusula (ou preâmbulo) de definição do objeto do contrato</i>	55
1.2. <i>Cláusula de determinação das modalidades de exploração</i>	58
1.3. <i>Cláusula de responsabilidade do autor pela originalidade</i>	62
1.4. <i>Cláusula de representação/ poderes da editora</i>	62

1.5.	<i>Cláusula de subcontratação e de cessão da posição contratual</i>	65
1.6.	<i>Cláusula de Remuneração</i>	66
1.7.	<i>Cláusula de remuneração por adiantamento</i>	69
1.8.	<i>Cláusula sobre execução pública</i>	71
1.9.	<i>Cláusula de prestação de contas</i>	72
1.10.	<i>Cláusulas sobre direitos morais (raríssimas)</i>	73
1.11.	<i>Cláusula de renúncia ao exercício pessoal dos poderes delegados</i>	73
1.12.	<i>Cláusula de “amostra grátis”</i>	74
2.	SEDIMENTAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS GERAIS DO CONTRATO	75
2.1.	<i>Observações preliminares</i>	75
2.2.	<i>Necessidade de superação da dicotomia cessão-edição</i>	76
3.	TIPICIDADE SOCIAL E TIPICIDADE LEGAL	85
	CONCLUSÕES	90

ABREVIATURAS

CF - Constituição da República Federativa do Brasil

CC/1916 - Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Lei nº 3.071, de 01.01.1916.

CC/2002 - Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406 de 10.01.2002.

LDA/73 - Lei de Direito Autorais, Lei nº 5.988, de 14.12.1973.

LDA/98 - Lei de Direitos Autorais, Lei nº 9.610, de 19.02.1998.

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ/RS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJ/RJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJ/SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

ABPD - Associação Brasileira dos Produtores de Discos

IFPI – International Federation of Phonographic Industry

UBEM – União Brasileira de Editoras de Música

ABMI – Associação Brasileira da Música Independente

UBC – União Brasileira dos Compositores

ECAD – Escritório Central de Arrecadação

Obs.: os artigos citados sem referência a diploma legal são da LDA/98.

INTRODUÇÃO

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Foi propulsora deste trabalho uma afirmação amiúde propagada nos últimos anos, em diversos âmbitos: a de que, em tempos de sublimação do suporte físico da música gravada e da intensificação do comércio digital, o mercado fonográfico passa por uma grande crise, que não é, porém, sentida pelas grandes *editoras musicais*, que apenas transferiram sua principal fonte de receita da participação, em derrocada, nas vendas físicas, para a participação na distribuição dos chamados direitos de execução pública³.

Uma recente série de denúncias e investigações envolvendo a tomada do poder de controle do sistema de gestão coletiva de arrecadação e distribuição dos direitos de execução pública de música⁴ pelas grandes editoras ligadas aos grandes grupos multinacionais do setor fonográfico, deu vazão a um movimento nacional de reestruturação legal desse sistema, que resultou na Lei nº 12.853/2013⁵ e no seu decreto

³ QUEIROZ, 2013; PINTO, 2011; SOBRAL, 2010; MORTAIGNE, 2007; MIGUEL, 2010; GPOPAI, 2010; IFPI, 2014, p. 4; IFPI, 2015. Os dados mais recentes da Associação Brasileira de Produtores de Discos (ABPD, 2015) demonstram uma retração das vendas de CD's e DVD's de 15,44% de 2013 para 2014, e um crescimento total de 30,43% do mercado digital de música (já representando 48% do total físico+digital), com destaque para os serviços de *streaming*, em relação aos quais a comparação dos anos de 2013 e 2014 revela um incremento de 53,61% das receitas mercado, em que não se trata mais de venda de exemplares, mas de uma remuneração de acesso a um catálogo previamente licenciado. As receitas gerais cresceram 2% no último ano. No Brasil, as empresas que têm oferecido esse serviço (*Spotify*, *Deezer*, etc.) têm negociado os direitos de execução com a UBEM (União Brasileiro dos Editores de Música), associação das grandes editoras de música (pertencentes aos grupos das grandes gravadoras) constituída para o fim de ser o que se chama *one-stop shop*, uma espécie de posto único a que pode-se recorrer para licenciar tanto o uso os fonogramas quanto as licenças autorais necessárias. Em breve, deverá o STJ decidir se o *streaming* é serviço de execução pública ou de reprodução (venda de exemplares); no primeiro caso, o único legitimado ao recolhimento das remunerações é o ECAD. O Ministério da Cultura também vem promovendo reuniões para discutir com os agentes do mercado a questão do *streaming*.

⁴ Desde a Constituição de 1891 (art. 72, §26) o direito brasileiro garante aos autores de “obras literárias e artísticas” o direito exclusivo de reproduzi-las, e “autorizar a reprodução de seu trabalho pela publicação, tradução, representação, execução ou de qualquer outro modo” (especificação da Lei 496/1898, art. 1º), mas foi apenas em 1917 que dramaturgos e compositores organizaram-se numa Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (SBAT) que, representando cada associado, fez possível a gestão coletiva dessas autorizações, nomeadamente para execução e representação em estabelecimentos de frequência coletiva, e do recolhimento das remunerações delas decorrentes. Note-se que a lei até hoje não garante o direito a uma remuneração por essa comunicação ao público, mas apenas o exclusivo sobre a autorização de uso, assim que o pagamento de uma verba é uma condição às utilizações utilização imposta tradicionalmente pelas associações de gestão coletiva. Logo em 1938 constituiu-se, de dissidentes da SBAT, a Associação Brasileira de Compositores e Editores (ABCE), futura UBC, até que a confusão gerada pela existência concomitante de 6 associações recolhedoras levou à criação pela Lei 5.988/73 de um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), centralizador da gestão, responsável pelo recolhimento e repasse das verbas às associações, e essas a seus sócios. A matéria é hoje regulada pela Lei 9.610/98 arts. 97-100-B e são 9 as associações que integram o Escritório. O trabalho mais detalhado sobre a história das associações é a tese de doutorado de Rita MORELLI (1998).

⁵ Frise-se a seguinte alteração essencial, politicamente direcionada à supressão da possibilidade formal de controle das associações pelas corporações editoriais: “art. 97 § 5º *Apenas os titulares originários* de direitos

regulamentador nº 8.469/2015. O Ministério da Cultura, na nova organização, terá papel preponderante de controle, fiscalização e habilitação.

O Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado instaurada com a finalidade de apurar algumas dessas denúncias descreve com documentos e depoimentos o processo de hipertrofia do poder das editoras dentro das sociedades de gestão coletiva, “a ponto de ameaçar as prerrogativas constitucionais e legais dos originários detentores de direitos autorais”⁶. O quadro era este: das 6 sociedades votantes na assembleia geral do ECAD, duas, responsáveis por 80% da arrecadação, eram controladas internamente pelas sócias empresariais: na União Brasileira de Compositores (UBC), a EMI e a Sony; na ABRAMUS, a Universal/BMG e a Warner, com representantes ocupando cargos estratégicos. Representantes de gigantescos catálogos (em grande parte de música estrangeira), essas empresas concentravam as decisões da assembleia, mantendo, por exemplo, como critério de distribuição, um sistema de amostragem que privilegiavam seu repertório. Além da verificação de variados esquemas de apropriação indevida e desvios de arrecadação, a CPI conclui pela configuração de cartel por parte do ECAD e suas sociedades⁷.

No ano seguinte, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no processo 08012.003745/2010-83, em decisão do Plenário de 20/03/2013, condenou o ECAD e as seis sociedades votantes por formação de cartel e fechamento de mercado, sendo-lhes impostas multas de R\$ 5,3 milhões a cada e R\$ 6,4 milhões ao Escritório. Escondidas detrás de uma estrutura burocrática, as editoras, porém, não foram responsabilizadas diretamente por essa situação, e nesse momento delicado de reestruturação do ECAD, já investem em uma série de outras possíveis fontes de rentabilização do seu catálogo, seja na dominação das arrecadações nos sistemas de *streaming* via UBEM, ou na constituição de contratos que hoje já extrapolam o âmbito do aproveitamento econômico de uma obra individualizada: trata-se dos chamados contratos 360º graus, em que a editora recolhe uma participação de toda atividade

de autor ou de direitos conexos filiados diretamente às associações nacionais *poderão votar ou ser votados nas associações* reguladas por este artigo. § 6º Apenas os titulares originários de direitos de autor ou de direitos conexos, nacionais ou estrangeiros domiciliados no Brasil, filiados diretamente às associações nacionais *poderão assumir cargos de direção nas associações* reguladas por este artigo”, entendendo-se por titular originário “o autor de obra intelectual, o intérprete, o executante, o produtor fonográfico e as empresas de radiodifusão.” (art. 5º, XIV).

⁶ BRASIL, 2012, p. 734.

⁷ BRASIL, 2012, 1026-1029, 976-1022.

produtiva do músico contratado, seja sobre shows, seja sobre publicidade; transforma-se o artista numa *trade mark*⁸.

Não abordarei diretamente neste trabalho o viés político dessas questões ou mesmo as questões jurídicas da gestão coletiva. Meu interesse está justamente na *compreensão da estrutura jurídica que legitimou esse poder dominante das empresas editoras musicais, a fim de confrontá-la à sua função*. Acredito que falar sobre o contrato de edição⁹ nesse âmbito das relações jurídicas estabelecidas entre músicos compositores e empresas editoras é falar sobre a forma contratual que abriga a possibilidade da transferência do poder de controle da utilização pública de uma obra musical, originalmente atribuída pela legislação à pessoa física tida por seu autor: essa forma jurídica se traduz no contrato que *cede* ou *delega o exercício* do direito exclusivo e absoluto de “utilizar, fruir¹⁰ e dispor da obra”¹¹, sendo essa disposição o *poder* correlativo à *sujeição* da comunidade à “sua autorização prévia e expressa” para “a utilização da obra, por quaisquer modalidades”¹². Quer dizer, é só na posição de cessionária da obra musical, garantida pelo ordenamento jurídico, que a editora poderá autorizar e desautorizar sua utilização pública bem como perceber uma participação pecuniária de cada utilização pública.

Portanto, averiguado qual o contexto e quais os sujeitos da relação contratual examinada, esboçarei respostas às seguintes questões: *quais são os termos dessa relação e qual o conteúdo do acordo entre seus sujeitos, à independência do que o ordenamento jurídico reconhece? Como o direito qualifica esses sujeitos?* (Capítulo I). Depois, suspendendo a análise do nosso caso especial e partindo da edição como contrato típico, *em que consiste, para o direito positivo brasileiro, o contrato de edição? Para fins*

⁸ PINTO, 2011, p. 163; OLIVEIRA, 2010, p. 45; CERQUEIRA, 2013, p. 134; LYPSZIC; VILLALBA, 2009, p. 282.

⁹ Os instrumentos particulares existentes também não raro vêm nomeados “contrato de edição e mandato” ou ainda “contrato de cessão de direitos autorais”, como mostrarei no Capítulo II.

¹⁰ Para MORAES, 1977, p. 64, para os fins da legislação autoral, utilizar e fruir são sinônimos: ambos significam tirar proveito econômico das obras, no sentido do *ius fruendi* da propriedade, porque a utilização é sempre utilização pública e econômica, já que o uso privado é permitido a qualquer pessoa, não sendo, daí, direito exclusivo muito menos absoluto do autor. No mesmo sentido, ASCENSÃO, 1997, nº 109, p. 158, para quem a faculdade que o direito autoral confere ao criador é o de “excluir que os outros utilizem publicamente sem autorização” (p. 159), ou seja, trata-se de um *exclusivo de exploração econômica* (p. 164), portanto de utilização *pública*, que se identifica com a fruição, significando a percepção de proventos da obra. Mais adiante diz: “o que é reservado ao autor é a *utilização, aproveitamento ou exploração econômica* da obra” (nº 110, p. 160). Por praticidade, parece, acaba por adotar a denominação legal (vide nº 119, 214, 268, p. 361), que é o que farei aqui.

¹¹ Art. 28, da Lei 9.610/98.

¹² Art. 29, *caput*, da Lei 9.610/98.

interpretativos, sua posição em lei se refere à especialidade do objeto ou de um tipo especial de desequilíbrio contratual a ser corrigido? Quais são os seus efeitos? No que eles se diferenciam daqueles do contrato “cessão de direitos autorais”, que frequentemente aparece para autorregular as mesmas relações de fato entre os mesmos sujeitos? (Capítulo II). Por fim, depois de adentrar nos mecanismos jurídicos que supostamente sustentam o poder da empresa editora de música, e examinando instrumentos contratuais concretos, os usos abusivos de seus termos encontram legitimidade na disciplina jurídica vigente? Além disso, após a aproximação concreta do tipo social, pode-se considera-lo espécie do gênero “edição”?(Capítulo III).

Tendo essas questões em mente, objetivarei, a nível geral, sistematizar o material legislativo, doutrinário e jurisprudencial relativo à definição dos contornos do contrato de edição musical, levando em conta a realidade social e econômica que pretendem regular.

Definido o objeto do estudo, resta explicitar por um lado *(i)* o porquê da escolha especificamente do contrato de edição musical, que não se trata do único existente no meio, tampouco contempla a maioria dos atores da música; por outro, *(ii)* o porquê da restrição ao campo da indústria fonográfica.

Quanto a *(i)*, de fato, há diversos outros tipos de atividades responsáveis ativamente pela música gravada que chega ao mercado, sejam os músicos instrumentistas ou cantores, sejam os produtores musicais, todos eles igualmente detentores de direitos exclusivos e absolutos e alienáveis sobre a exploração econômica resultado objetivado de sua produção, os chamados *direitos conexos patrimoniais*. Porém, o poder das empresas editoras, interesse central desse estudo, é muito mais respaldado pelos direitos sobre a criação musical como um objeto imaginário, cuja realização sonora será sempre diferente, e não sobre a fixação de uma dessas realizações em específico, que é da titularidade do produtor, controlado pela gravadora¹³.

No referente a *(ii)*, a restrição se deve ao fato de ter sido no campo da indústria da música gravada que, durante a segunda metade do século XX, consolidou-se a atividade de edição musical da forma em que é narrada. Não enfocarei o momento inicial em que quase nada ainda há de especificador da edição musical em relação à edição geral, pois

¹³ Nunca é demais lembrar que, de fato, boa parcela das grandes editoras pertence aos mesmos grupos multinacionais das gravadoras, relação que não pode ser dispensada para uma compreensão mais acurada do fenômeno. Porém, será vantajoso o isolamento de um elemento substancial desse quadro.

que a edição de partituras e a edição de fonogramas são encaradas ainda como dois tipos dum contrato que se esgota na reprodução e divulgação de exemplares. Interessa é a teia jurídica que resultou da transformação do contrato de edição, a partir da expansão das possibilidades de utilização de uma obra musical, em que foi tomando distância do gênero “edição” e se aproximando de um contrato que se diz até hoje misto de mandato e administração¹⁴.

A relevância de um estudo como esse pode sem dúvidas ser questionada, pela simples consideração empírica de que trata de um tipo contratual moribundo. No entanto, ao passo que o mercado do disco esteja de fato em declínio, as editoras têm se adaptado com sucesso aos novos paradigmas da circulação musical.

Portanto, na mesma medida em que os novos meios técnicos aparentemente venham arrefecendo a necessidade prática que tinham os músicos do recurso a terceiros¹⁵ – pode-se hoje, quase gratuitamente, produzir divulgar material próprio com considerável margem de alcance na internet –, o controle desses meios de propagação tende a ser concentrado pelos detentores do poder de selecionar o conteúdo que chega mais facilmente ao usuário.

A tendência de desintermediação de que tem se falado é muito mais provável que se trate, em verdade, apenas de uma reintermediação por outros agentes que os tradicionalmente envolvidos na produção e distribuição de bens culturais, ou, ainda, esses mesmos agentes, devidamente adaptados às novas circunstâncias¹⁶.

¹⁴ CHAVES, 1988, p. 162-163; PINTO, 2011, p. 92-93; QUEIROZ, 2013, p. 57; GUEIROS JR., 2000, p. 121, 127; FRAGOSO, 2009, p. 269, 272, 280: o editor de música é “agente econômico, gestor de negócios, verdadeiro intermediário entre o autor e o mercado”. Examinarei no trabalho exemplos concretos de contratos que demonstram essa circunstância.

¹⁵ A dificuldade de exploração da obra pelo próprio autor como fundamento do contrato de edição tem sido sempre notada: ASCENSÃO, 1997, nº 266, III, p. 359; BITTAR, 1977, p. 29; GUEIROS, p. 122; BITTAR, 2013, p. 82; FRAGOSO, p. 225, ESPÍNOLA, 1958, p. 52, OLIVEIRA E SILVA, 1956, p. 21; FERREIRA, 1962, p. 41.

¹⁶ QUEIROZ, 2014: “Talvez pela consideração pueril de que os intermediários são desnecessários, e se deixariam eliminar tão facilmente, pouco se discutiu a respeito da concentração na distribuição desses royalties. Menos ainda se percebeu que lidar com os intermediários seria mais verossímil que a tentativa de eliminá-los. Assim, com o crescimento da música digital, assistimos, ao diverso do previsto, a uma ainda maior concentração das receitas nas mãos de poucas editoras musicais *major*s, que se adiantaram e, para se beneficiarem, criaram uma mecânica que impõe dificuldades e barreiras de acesso às tecnologias e sistemas que permitiriam remunerar os compositores das obras. Resultado: no Brasil, a receita dos compositores independentes em ambiente 2.0 é nula. A existência da mediação e da centralização da cobrança e da distribuição — papéis da gestão coletiva — é imprescindível como forma de democratizar o recebimento do direito autoral em âmbito digital.”. CAETANO, 2009: “...se a Internet oferece aos artistas os meios para desenvolverem a sua carreira de uma forma *DIY* (*Do It Yourself* – “Faça Você Mesmo”), a estrutura

2. ALGUNS PRESSUPOSTOS

Nesta seção introdutória, exporei minha posição sobre algumas questões básicas que não serão objeto de discussão, mas que, como estarão subjacentes ao meu tratamento dos temas, mesmo sendo provisórias, merecem ser formuladas.

Os materiais com que se lidará serão relações jurídicas, que se querem constituir, desconstituir, modificar ou declarar, cujo polo ativo tem por conteúdo o que costumamos chamar *direitos subjetivos*. Entendo aqui essas relações jurídicas por aquelas que se dão entre dois sujeitos, entre um sujeito e uma coletividade, ou entre duas coletividades podendo ser: a) relação de *direito(pretensão)/dever*; b) relação de *poder/sujeição*; c) relação de *liberdade/ausência de direito* do não-exercício dessa liberdade; d) relação de *imunidade/ausência de poder*. Trata-se dos correlativos jurídicos fundamentais desenvolvidos por W. N. Hohfeld (1913,p. 30 e ss.).

Em específico, nos contratos que analisarei, os objetos das prestações serão direitos patrimoniais de autor (art. 5º, XXVII e XVIII, b, CF; art. 28 a 45, Lei 9.610/98). Mas há também os chamados direitos morais são dotados por lei de *irrenunciabilidade e inalienabilidade* (art. 27, Lei 9.610/98), motivo porque estarão fora das contratações. A respeito, os teóricos brasileiros costumam ou considerar o *direito de autor* ou um direito único e incindível, composto de diversas *faculdades*¹⁷, portanto inalienável, ou então um direito *sui generis* de dupla face, uma patrimonial e uma moral, em que apenas o último é transmissível, porém nunca saindo da esfera de influência da personalidade do autor.

Adiro aqui à tese minoritária, defendida por Tullio Ascarelli, para quem os direitos de inédito, de reivindicar autoria, e de integridade da obra (os “morais”) se encontram no âmbito da tutela geral da personalidade, que não exige a existência de uma peculiar hipótese constitutiva própria, mas, do contrário, tutela indistintamente, todas as ações de uma pessoa¹⁸ e seus resultados naquilo que se liguem diretamente à sua personalidade.

económica em que o negócio tradicional da música se baseia privilegia uma consequente concentração do sector.”

¹⁷ Por todos: HAMMES, 2002, n. 379, p. 171; HAMMES, 1975, n. 154.

¹⁸ ASCARELLI, 1970, p. 684: “La ley no hace más que reconocer y disciplinar, com respecto a las obras del ingenio, el genérico derecho de la personalidad de que cada uno es titular com respecto a la reivindicación de la propia paternidad y a la protección de la propia reputación por las obras realizadas (y a la negación de la propia paternidad frente a las no realizadas); *la creación de la obra del ingenio no representa el hecho constitutivo de un autónomo derecho moral, sino que contribuye a delimitar, de hecho, el ámbito del interés tutelado con el genérico derecho de la paternidad de todo sujeto sobre las acciones realizadas, derecho que por lo que respecta a las obras del ingenio recibe una particular disciplina y una protección más intensa*”

Já os direitos patrimoniais correspondem a uma tutela especial temporária¹⁹ que seleciona, segundo o interesse público no progresso cultural e técnico²⁰, os resultados de alguns dos atos de criação (uma obra como objeto já externo e autônomo em relação ao sujeito), para que, preenchendo uma hipótese legal, constituam “bens jurídicos imateriais” individualizados²¹. O ato da criação é, portanto, ato-fato jurídico. Essa tutela especial atribui ao autor um direito exclusivo e absoluto (correlativo a um dever geral de abstenção) de utilização pública desses bens resultantes de sua ação, dentro de um quadro geral de uma disciplina da concorrência²², estruturalmente assimilável a uma noção ampla de propriedade²³. Esse direito consiste no “*poder* de interferir – proibindo ou permitindo – em todos os processos explorativos da obra, que representem uma fase ou forma completa de reprodução da mesma, correspondendo ao autor tantos direitos quanto forem ou vierem a ser esses processos”²⁴.

De fato pode soar eufemista a fuga da sua caracterização como propriedade²⁵, ainda mais com uma lei que identifica os direitos patrimoniais como “o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra”, só não incluindo aí a *rei vindicatio* porque a propriedade “incorpórea” não pode ser propriamente possuída injustamente. Não é o mesmo caso quando se fale da lei considerar esses direitos bens móveis (art. 3º): aqui não é a obra que é bem móvel, mas os próprios direitos, hoje para fins exclusivamente sucessórios. Como seja, haveria uma consequência positiva: a aplicação direta da previsão constitucional da função social da propriedade, sem qualquer malabarismo; por outro lado, o malabarismo para desatrelá-lo das normas da propriedade em geral seria de grande magnitude, bastando pensar nas contendas ocorridas enquanto vigoraram os dispositivos do Código Civil de 1916 que colocava os direitos sobre ‘obras do espírito’

¹⁹ No Brasil, os direitos patrimoniais têm duração limitada a 70 anos da morte do autor. (art. 41, LDA/98).

²⁰ ASCARELLI, 1970, p. 227-228.

²¹ ASCARELLI, 1970, VII, n. 5-8, p. 243-258, p. 274-275, p. 288, p. 305-306 e IX, n. 18, p. 683-687.

²² ASCARELLI, 1970, IX, n. 20, p. 694-699;

²³ ASCARELLI, 1970, p. 293: “**funcionalmente**, los institutos considerados encajan dentro del campo de la disciplina de la concurrencia y, al igual que los demás institutos concierntes a la disciplina de la concurrencia, se coordinan con la tutela de una probabilidad de ganancia; **estructuralmente**, los reconocidos derechos de utilización exclusiva pueden encuadrarse em el esquema del derecho de propiedad, precisamente entendido como um derecho absoluto patrimonial de goce y disposición cuyo punto de referencia lo constituye un bien externo al sujeto”. Ver também: IX, n. 20, p. 697-700. Em sentido contrário, na doutrina brasileira, entre outros: CHAVES, 1987, p. 17; ASCENSÃO, 1997, p. 616; ASCENSÃO, 2014; HAMMES, 2002, p. 49; CARBONI, 2003, p. 28; FRAGOSO, 2009, p. 28-30; BITTAR, 2013, p. 30; BRANCO, 2011, p. 54; BARBOSA, 2013; NUNES, p. 52; BARRETO, 2012 (1882), p. 280-283.

²⁴ BOBBIO, 1951, nº 40, p. 27.

²⁵ Assim se manifestam textualmente MANSO, 1988, p. 23 e SANCHES, 1999, p. 105, 150-153.

dentro do capítulo dos direitos reais sob a denominação “Propriedade artística, científica e literária” (art. 649-673).²⁶

Assim, sempre que falar neste trabalho em *direitos de autor* quero significar o que a lei chama direitos patrimoniais de autor, e a referência aos “morais” será explicitada, sempre que possível referindo-se a um deles em específico.

Entretanto, discordo da tese de Ascarelli quando considera ser o que a lei concede ao autor um direito “único” composto de diversas faculdades. Prefiro pensá-los analiticamente como direitos diversos de utilização pública, primeiro para não misturar diferentes sentidos de *direito subjetivo*²⁷, depois porque encará-los como faculdades componentes de um direito uno obscurece a independência entre eles (art. 31, Lei 9.610/98) e favorece a ideia de uma universalidade de direitos de exploração alienável como um todo, ao invés de autorizações e alienações limitadas à sua função de divulgação de uma obra.

Desses direitos de (autorização²⁸ de) utilização pública, dois assumem papel preponderante na música: (a) o direito de *publicação*, composto pelo de *reprodução* em exemplares²⁹ e pelo de *distribuição* (venda) desses exemplares ou mesmo arquivos

²⁶ Um exemplo famoso é o do interdito proibitório, ação possessória que, em tempos de Código Civil foi recorrentemente concedida à defesa de direitos autorais nos tribunais estaduais, entendimento de Pontes de Miranda (1984, t. LXIV, §4.828, 3.d) endossado pelo próprio STJ no REsp 41.813/RS (3ª T, 28.11.1994 – DJ 20.02.1995): “DIREITOS AUTORAIS. PROTEÇÃO POSSESSORIA. CABIMENTO. SENDO O DIREITO AUTORAL UMA PROPRIEDADE, LEGÍTIMA A DEFESA DE TAL DIREITO VIA AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO.” Quando da aprovação da já segunda lei especial sobre direitos autorais é que o STJ veio a rediscutir a questão em série espessa de acórdãos: REsp 67.478-MG (3ª T, 06.05.1997 – DJ 23.06.1997); REsp 89.171-MS (4ª T, 09.09.1996 – DJ 08.09.1997); REsp 110.523-MG (4ª T, 04.03.1997 – DJ 20.10.1997); REsp 144.907-SP (3ª T, 10.11.1997 – DJ 30.03.1998); REsp 156.850-PR (4ª T, 10.02.1998 – DJ 16.03.1998), o que resultou na elaboração da súmula 228: “É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral”.

²⁷Para os fins deste trabalho, entende-se por *direito subjetivo*, em sentido amplo, o conteúdo jurídico do polo ativo das seguintes relações entre dois sujeitos, entre um sujeito e uma coletividade, ou entre duas coletividades: a) relação de direito(pretensão)/dever; b) relação de poder/sujeição; c) relação de liberdade/ausência de direito do não-exercício dessa liberdade; d) relação de imunidade/ausência de poder. Trata-se dos correlativos jurídicos fundamentais desenvolvidos por Hohfeld (1913,p. 30 e ss.) .

²⁸ Friso que quando falo em direito de utilização pública, está aí implícito que se trata do *poder* (no sentido da nota acima) de autorizar a utilização por terceiros perante terceiros, isto é, desconstituir o a título individual um *dever* de abstenção geral. Note-se que os usos previstos são justamente aqueles que de corriqueiro não é possível um indivíduo por si fazer, cabendo a tônica, expressa inclusive na literalidade do art. 29 da LDA/98, na autorização.

²⁹ Art. 5º, VI, LDA/98: “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”. No sentido técnico da lei, portanto, a reprodução é replicação de uma matriz. Para a Convenção de Berna, por exemplo, a própria gravação da matriz a ser reproduzida já é uma reprodução (9,3), o que para nós corresponde a fixação (ASCENSÃO, 1997, nº 121-122).

digitais (art. 5º, VI da LDA/98) (o que é, à primeira vista, o direito objeto do contrato de edição) e (b) o direito de *execução pública*, isto é, em lugares de frequência coletiva. A música, assim como o teatro, desenvolvem-se primordialmente no tempo: suas reproduções estáticas (partitura) é subsidiária: daí a importância da execução pública³⁰.

Ambos, de fato, decorrem da necessidade de autorização expressa e prévia que qualquer uso não excepcionado exige (art. 29 LDA/98). Porém, no caso da *execução pública* (Título IV, Capítulo I, arts. 68-76, LDA/98), essa licença se traduz em contrapartida financeira na forma de *royalty*; isso porque essa conceituação não dá conta da realidade prática: não existe a possibilidade da prévia autorização a todo uso que se faça, especialmente da execução musical, seja por performance musical, seja por execução de fonogramas. É aí que opera a gestão coletiva de licenças autorais (administrada pelo ECAD), mecanismo pelo qual os autores autorizam o órgão coletivo a atuar em seu nome na concessão de licenças, na fiscalização da utilização pública de sua obra e na arrecadação e distribuição da remuneração devida.

Já o primeiro direito de exploração econômica, até o final do século passado, havia sempre versado da reprodução e venda de exemplares reproduzidos em caráter exclusivo, fosse a representação escrita, fosse a fixação de uma performance num fonograma. Essa exclusividade, aliada à necessária corporalidade do meio de reprodução, cumpria a tarefa de criar escassez num terreno que nunca contemplara sua existência, fazendo possível o desenvolvimento de um mercado em grossas linhas semelhantes ao de qualquer outro bem de consumo, porque corpóreo. Atente-se, porém, ao fato de que a escassez nunca foi das obras, mas do suporte material de sua fixação.

A partir do momento em que o armazenamento digital possibilitou a duplicação instantânea de um “exemplar” em um clique, e em tempo mais recente o *streaming* a transformou justamente numa correnteza acionável, mediante pagamento ou não, estacou por um lado a antiga indústria, que bem ou mal produzia e administrava bens tangíveis, ao ver o exemplar cuja produção computava como custo marginal em suas planilhas sofrer literal mitose no meio digital, e, por outro lado, o usuário, ao ser apresentado a um mundo de escassez aparentemente tendente a zero. Poderia se falar de uma aproximação

³⁰ A outra classe de direitos patrimoniais, o chamado direito de sequência ou mais-valia da alienação dos exemplares é completamente inoperante no campo em estudo.

substancial entre a obra e sua forma de reprodução, que passou a comungar de um caráter imaterial, no corpo de um arquivo digital.

No âmbito da indústria fonográfica, dividem-se os direitos de publicação e execução pública naqueles relativos à obra como objeto imaterial independente de fixação em suporte físico (uma construção só passível de ser compreendida e identificável dentro da prática em que se dá) e naqueles relativos às suas fixações. Essa divisão é de suma importância na distinção tradicional entre editoras musicais e gravadoras, porque “o direito autoral *strictu sensu* remunera o compositor [titular da obra] e é repassado para a editora musical, e o direito artístico ou conexo, remunera os músicos, intérpretes e produtores que participaram da produção do fonograma [fixação de uma performance] e é repassado para as gravadoras que, por sua vez, os distribuem para o músicos e intérpretes”³¹.

3. MÉTODO DE ABORDAGEM

A questão da possibilidade do agrupamento de uma série de procedimentos e relações constantes entre os tipos sociais do editor musical e do compositor que autorize falar de um tipo contratual, exige trabalhar sob o método indutivo. Apreendendo fenômenos da realidade, buscar agrupá-los em categorias que os unam em pontos essenciais em que comunguem. Meu propósito inicial, portanto, era reunir uma série pequena de casos mais ou menos detalhados com os quais pudesse trabalhar.

Porém, numa tentativa inicial, esbarrei num primeiro entrave, que não deixa de falar bastante a respeito do nicho abordado. Contatei por e-mail cinco editoras/gravadoras (quase toda gravadora hoje acumula o papel editorial) do Estado (Fonomídia, ACIT, Orbeat Music, Faixa Nobre, UsaDiscos) explanando brevemente o objeto do trabalho e perguntando da possibilidade de uma entrevista. Nenhuma das comunicações foi respondida. Igualmente, busquei contato no mesmo sentido com alguns músicos que houvessem recentemente gravado disco ou contratado edição de alguma obra. De vários não obtive resposta. Duas das que obtive, porém, são significativas. A primeira: “Olá Gerson, a iniciativa é bem interessante. Mas realmente, creio que existam poucos documentos, eu mesmo tenho pouquíssima coisa.” Quando manifestei o interesse em mesmo assim ao menos colher uma entrevista oportunamente, nada mais foi dito. Numa

³¹ GPOPAI, 2010, p. 45.

segunda ocasião, o músico respondeu: “Meu. Desculpa. Mas esses são assuntos sigilosos. Desculpa mesmo, gostaria de colaborar. Mas o contrato não permite. Abraço. e não fui eu quem escreveu o contrato.”

Assim, esse substrato de pesquisa empírica será substituído, além dos poucos exemplos de instrumentos contratuais já referidos, pela extração de dados dos trabalhos de acadêmicos e grupos de pesquisa que já se debruçaram sobre essa análise, que serão estudados, para que ao final se componha uma imagem mais precisa do papel da editora e do artista, a fim de avaliar a estrutura jurídica do contrato de edição, que se dará, pois, dialeticamente.

Quanto às outras fontes primárias: as legislações vigente e históricas do Brasil se farão presentes no decorrer da reflexão sobre os temas e na construção do texto, na forma de uma tabela comparativa já elaborada, que inclui os artigos relacionados ao contrato de edição da Lei 496/1898, do Código Civil de 1916, da Lei 5.988/1973, da Lei 9.610/1998 e do Projeto de Lei 3.133/2012 (a utilização do método histórico se fará, porém, transversalmente, e não em seção em separado, tendo por fim o resgate e comentário de soluções legislativas que se façam pertinentes), e os diversos exemplos de instrumentos contratuais e de cláusulas discutidas em juízo a que tive acesso. Em um segundo momento, sistematizados os materiais primários, será analisada a veste jurídica desses acordos, avaliando-se a correspondência da legislação à realidade que busca regular, e a construção doutrinária que visa suprir as imprecisões da lei.

CAPÍTULO I

CONTEXTO, SUJEITOS E OBJETO DA RELAÇÃO CONTRATUAL

1. A EDIÇÃO MUSICAL E A INDÚSTRIA FONOGRÁFICA

Como já adiantado, não está no escopo deste trabalho elaborar uma história da indústria fonográfica, tampouco discutir as questões filosóficas, sociológicas e econômicas que sua estrutura suscita, como, por exemplo, a discussão da hierarquia entre trabalho intelectual e trabalho manual que parece fundamentar inclusive as diferentes formas de remuneração dos diferentes agentes desse campo³². O que faço à continuação são alguns comentários que considero essenciais, sem compromissos de completude. A questão central aqui é: o que foi e o que é a atividade de edição musical?

Se a Idade Média consolidara um sistema de notação capaz de transformar a cultura musical oral da Europa numa cultura escrita, foi com o surgimento da impressão de partituras com tipos móveis, no Renascimento, que essa cultura se libertou da Igreja e da Corte³³, alcançando vertiginosa difusão, em especial por meio de coletâneas que poderiam ser adquiridas em todo o continente a um preço equivalente ao da impressão de um livro qualquer, e onde havia o padrão surgiu o editor³⁴. A partitura, é verdade, difere do texto escrito por não ser direcionada diretamente ao público: trata-se de um sistema semântico escrito que, para quem está já inserto numa prática social e domina sua linguagem, representa mais ou menos bem um resultado sonoro esperado.

A reprodução em exemplares derivados de uma mesma matriz, que, à diferença das cópias manuscritas, mantinha o texto inalterável, foi fator determinante para a formação da noção oitocentista de obra como um objeto imaginário de conteúdo constante, ontologicamente desconectado do suporte material de sua expressão,

³² Há uma tripartição histórica dos músicos na indústria em a) compositor, aquele que verdadeiramente cria; b) o intérprete, aquele que ainda que não crie projeta sua personalidade (o cantor de canção ou o solista – virtuoso – instrumental); c) o executante, aquele que acompanha o intérprete. A forma de remuneração das três classes é diferentemente operada. na mesma esteira, os direitos dos últimos são postos legislativamente como apêndices dos direitos de autor, na forma dos chamados *direitos conexos*. Essa hierarquia, pois, constrói-se sob uma concepção já à sua época fantasiosa de uma escala decrescente do caráter *criativo* dessas atividades. (MORELLI, 2008, p. 107)

³³ASCARELLI, 1970, p. 625: “...la historia de la afirmación del derecho de autor en Inglaterra y Francia se relaciona, precisamente, con la formación de una intelectualidad al mismo tiempo laica e independiente del poder real y de los señores”

³⁴ WEISS; TARUSKIN, 2008, p. 76; RAYNOR, 1981, p. 118-122; BOURDIEU, p. 100 e ss.

objetivado, ao mesmo tempo ligado com mais força à subjetividade do autor. É apenas essa crença que fez possível a ideia de uma propriedade sobre essa coisa imaginária, que faz nascer juridicamente um bem, ou seja, um conjunto de direitos subjetivos sobre ela, em especial o de exclusão dos demais de seu uso, que são negociáveis, atribuíveis a quem o titular interessar. Os originadores dessas coisas imaginárias (obras), livres da tutela da igreja, do mecenas ou do Estado, agora transformados em profissionais liberais, não subsistem mais à base de um salário, mas de remunerações individualizadas por cada um de seus atos produtivos. Daí que faz sentido, sob a perspectiva da filosofia moderna que concebe basicamente a liberdade como propriedade, que o resultado da produção intelectual também se converta em um bem individualizado e transferível.

Assim como a unificação dos diversos poderes pulverizados entre diversos titulares sobre uma dada porção de terra deu origem à propriedade fundiária na modernidade para fazer possível sua circulação econômica³⁵, a alienabilidade foi a tônica do surgimento da propriedade literária e artística, que no futuro se tornaria direito de autor. Esse pretense direito de propriedade afirmou-se especialmente em disputas não de autores, mas de editores, que pleiteavam essa propriedade – nada mais que a liberdade de reproduzir em exemplares acrescida da pretensão correlativa ao dever geral de abstenção de similar reprodução – por haver o autor, seu proprietário, a eles transferido. O paradigma da propriedade foi preciso nesse propósito³⁶, e ainda que hoje o vocabulário jurídico a tenha abolido desse campo, permanece a noção da existência de um senhorio da figura do autor sobre sua criação.

Mas ainda nos primeiros instrumentos contratuais de que se tem conhecimento, não era clara para os contratantes a diferenciação entre o suporte físico (chamado na doutrina *corpus mechanicum*) e a obra como objeto imaterial, dele separado (também chamada *corpus mysticum*). No século XVIII, e até o advento das revoluções liberais, a atividade livreira era oficialmente controlada por meio de privilégios de impressão, concedidos inicialmente apenas aos editores e controlados por corporações. O autor, uma vez alienado o manuscrito, não detinha mais direitos de remuneração sobre a publicação.

³⁵ ROPPO, 2009, p. 43-45; LOPES, 2013, p. 375-396.

³⁶ Para dois casos sempre referenciados, ver *Donaldson v. Becket* (1774) Hansard, 1st ser., 17 (1774): 953-1003, disponível em <http://www.copyrighthistory.org/record/uk_1774>, e a defesa de Louis D'Hericourt da companhia de livreiros de Paris em que assenta um direito de propriedade dos autores sobre as obras derivadas de seu trabalho (ainda que para seu fim específico de fundamentar a titularidade integral dos livreiros sobre as obras alienadas), disponível em <http://www.copyrighthistory.org/record/f_1725b>.

A título de exemplo, a seguinte cláusula de um contrato assinado pelo compositor Joseph Haydn (1732-1809) com um editor:

Declaro e certifico que o dito Guillaume Forster é o proprietário exclusivo das ditas obras, e que as vendo a ele como tais, e que cedo e transfiro a ele todos os meus direitos e estipulações acima³⁷.

Quer dizer, até então ainda quase nada ainda há de especificador da edição musical em relação à edição geral, pois os laços que ligavam o impressor ao compositor em pouco diferiam daqueles estabelecidos entre o editor de livros e o escritor: em ambos os casos se tratava da contratação da impressão de exemplares de obras gráficas. Se na obra literária o editor seguidamente detinha direitos de transformação (tradução), também o editor de música tinha direitos de arranjar, transcrever, como lhe conviesse. O exemplo que segue é o mais antigo que encontrei no Brasil, escritura de 13.09.1870, firmada por Carlos Gomes e o compositor e editor Artur Napoleão, em que ele se reservava o direito de representação pública:

E pelo outorgante me foi dito que é autor brasileiro da ópera “Ballo il Guarany” e que, nessa qualidade, tem justo e contratado com os outorgados Narcizo & Napoleão, ceder e transferir-lhe todos os direitos que lhe pertencem como único proprietário da dita ópera para que os outorgados a possam imprimir em todo o Império do Brasil, vender e mesmo fazer qualquer transação a tal respeito, ficando ao livre arbítrio dos outorgados a impressão de toda a ópera (música) ou parte dela, como melhor lhe convier, não só para canto como para canto e piano quanto quaisquer outras transcrições da mesma ópera (música), que a poderão pôr à venda como propriedade deles outorgados como acima ficou dito e a pertencer-lhe todos esses direitos sem que mais ninguém o possa fazer, nem mesmo êle outorgante, por que somente lhe fica o direito de representa-la, obrigando-se a fazer essa cessão boa, firme e valiosa a too o tempo e nas condições por que a faz, por cuja cessão recebeu neste ato a quantia de oitocentos mil reis das mãos dos outorgados.³⁸

Concentraremos a atenção, portanto, na teia jurídica que resultou da transformação do contrato de edição ao longo do século passado, a partir da expansão das possibilidades de utilização de uma obra musical, processo pelo qual foi tomando distância do gênero “edição” como mera reprodução e exemplares e distribuição.

Aos poucos, as casas editoriais começaram a organizar concertos para promoção das peças de seu catálogo, o que já configurou uma expansão da atividade. Mas o primeiro passo realmente diferenciador da relação contratual em termos de poder do editor foi o

³⁷ RAYNOR, 1982, p. 394.

³⁸ Em parecer de 1943, in: SILVA, 1947, p. 81-82.

início da anexação ao direito de reprodução gráfica transferido o de percepção dos direitos de execução pública das obras que reproduzia e divulgava.

O fortalecimento desse processo passou pelas mãos da indústria que, nascida pouco tempo depois da invenção do fonógrafo (Thomas Edison, 1877) e do gramofone (Emile Berliner, 1887), em algumas décadas se consolidava em empresas gigantes dedicadas a toda a cadeia de produção de discos, da ponta de seleção de repertório ao processo de industrialização quase integral do artefato propriamente dito. Sua história é também a história da dissociação do contrato de edição musical do paradigma da publicação escrita, da substituição paulatina dos pianos na sala de estar pelas vitrolas. Não só um subsídio grafado da performance musical – a partitura – era agora reproduzível, mas a própria performance, até então efêmera, ou, com mais precisão, um aproximado registro dela. Num primeiro momento, ainda se falava em *edição fonográfica*, ou seja, a reprodução e divulgação em exemplares discos³⁹ como outra espécie de edição apenas, dissociada e independente daquela em partituras.

Mas em pouco mais de cinquenta anos, a divulgação escrita, na proporção massiva que experimentara o século XIX, estava já em grande parte substituída pela sonora (à exceção dos mercados ainda vivos de partituras da dita “música clássica” e de songbooks de música popular). Primeiro, as empresas que já operavam na indústria editorial na música em seu formato inicial (a reprodução gráfica de partituras), diante dessa diversificação das formas de reprodução do conteúdo musical (disco, rádio, televisão), passaram a incluir cláusulas em seus contratos, em que garantissem para si uma porcentagem das vendas de disco – inicialmente de 10%, mas que, em 1982 já perfazia 33,3%, e 50% para gravações feitas fora do país – bem como dos recolhimentos por execução pública dessas músicas – 33% em território nacional e 50% no estrangeiro⁴⁰.

³⁹ DUVAL, 1939, p. 23-23: no Brasil, ao contrário da França, “para cada espécie de edição corresponde um contracto determinado. Nessas condições, dificilmente a edição-papel de uma obra musical autorizará sua edição phonographica.”entendimento que seguia sustentando quase 20 anos depois (DUVAL, 1956, p. 181), bem assim OLIVEIRA E SILVA, 1956, p. 25-27; FERREIRA, 1962, p. 86; BOBBIO, 1951, n°63-70, p 44-50. Essas asserções dão corpo à afirmação de que é só a partir do final da década de 1960 que as gravadoras passam a ser editoras em sentido amplo, e essas gravadoras são as multinacionais que aqui se estabeleceram por essa época (MARCHI, 2006, p. 36 e ss.; MORELLI, 2009, p. 61 e ss.).

⁴⁰ CHAVES, 1988, p. 164. O exemplo mais antigo desse fenômeno que encontrei está em parecer de Ildelfonso Mascarenhas, datado de 1943, referente a contrato de cessão assinado em 1937 por Vicente Paiva e Jararaca com E.S.Mangione, sobre a música “Mamãe eu quero”, em que o cessionário é titulado a receber “50% sobre a renda líquida produzida pelas audições ou exibições públicas e 50% sôbre a renda líquida de qualquer direito produzido nos outros países” (SILVA, 1947, p. 17).

Não demorou muito para que o crescente poder econômico das empresas gravadoras e distribuidoras se manifestasse na ocupação por essas empresas também do papel de cessionárias⁴¹, com o objetivo de redução dos custos de transação: caso se tornasse titular, antes de qualquer um, dos direitos sobre as obras que gravava, a companhia não careceria autorização alguma para futuras utilizações e reproduções. Tratava-se, portanto, da acumulação de “capital intelectual”, mediante a formação de um grande catálogo, a fim de promover maior estabilidade econômica à empresa. Além do mais, essa atividade, ainda mais quando desempenhada em conjunto com a de produção fonográfica, demanda relativamente poucos recursos, sendo facilmente organizável dentro da estrutura multinacional das grandes gravadoras.⁴² Esse foi o modelo que essas grandes empresas estabeleceram em toda a América Latina, moldando os padrões de negócio locais àqueles já praticados nos Estados Unidos⁴³. É assim, por exemplo, que, segundo o mexicano Francisco Cayuela “não sabemos ainda com segurança se o editor se transformou em fonogravador ou se este mudou para editor, ou se ambos são uma mesma pessoa”⁴⁴

Um testemunho de 1951, de Pedro Vicente Bobbio⁴⁵ fornece vestígios da antiguidade das práticas leoninas nos contratos de “edição”:

No Brasil a realidade é, por enquanto, bem mais desfavorável aos titulares de direito autoral, que as fabricas gravadoras sujeitam a imposições constrangedoras. Sistemáticamente as fabricas gravadoras (isto é: estabelecidas no Brasil, já que as maiores não são nacionais) contratam as gravações mediante pagamento de regalias fixadas, em nível que não atinge a 30% do nível internacional. Além disso, impõem nos contratos condições leoninas, chegando ao ponto de neles incluírem a cessão o direito de sincronização etc. embora sem qualquer contraprestação específica.

Fala-se muito que as editoras impunham contratos de adesão incluindo a cessão total e definitiva das obras dos compositores, mas sempre resulta pouco concreta a magnitude dessa “adesividade”. Dois exemplos interessantes podem demonstrar esse

⁴¹ Os primeiros contratos eram tratados como uma típica compra-e-venda, em que o pagamento ao compositor era feito uma única vez, quando da cessão, que o desvinculava completamente do aproveitamento econômico (TINHORÃO, 1981, p. 24-27; PINTO, 2011, p. 79); ver os exemplos acima.

⁴² CHAVES, 1988, p. 163, 1965; GPOPAL, 2010, p. 27. Essas editoras ligadas a gravadoras multinacionais, na qualidade de titulares cessionárias figuravam no topo do ranking de rendimentos dos recolhimentos de *royalties* por execução pública do ECAD ainda em 2011. Eram elas: Warner Chappel Edições Musicais LTDA, Universal Music Publishing LTDA, EMI Songs do Brasil Edições Musicais LTDA, SM Publishing Edições Musicais LTDA, Sony Music Entertainment Brasil LTDA e PeerMusic do Brasil Ed. Musicais LTDA (QUEIROZ, 2011, p. 17).

⁴³ GUEIROS JR, 2000, p. 209: “Os instrumentos obrigacionais que são praxe no mercado musical são uma variante adaptada dos contratos que sempre foram celebrados no mercado norteamericano”.

⁴⁴Francisco Cayuela, assessor legal da SACM/México, 1985 transcrito por CHAVES, 1988, p. 162.

⁴⁵BOBBIO, 1951, n° 72, p. 52.

ponto: primeiro, o relato da praxe das gravadoras nesse contexto, revelado por Ofício da Associação Defensora de Direitos Artísticos e Fonomecânicos, conforme transcrito por Antonio Chaves⁴⁶:

...o compositor perdeu a possibilidade de entregar a edição de sua música ao editor mais capacitado ou de sua confiança. Ele leva a sua música a um cantor ou a um produtor de discos de uma gravadora, e quando sua música é aprovada, para ser gravada e incluída num disco, ele é chamado pela fábrica de discos para assinar um contrato de gravação, mas na realidade esse contrato só é assinado desde que o autor antecipadamente assine um contrato de “edição” (CESSÃO DE DIREITOS) da mesma composição com a editora daquela gravadora⁴⁷.

Um segundo exemplo é o caso narrado por Zuza Homem de Mello, que ilustra a dependência em que se colocava um compositor que, para poder participar de um festival, numa época em que era talvez a maior instância de distribuição e consagração na música, tinha de constituir a editora do festival cessionária de suas obras inéditas:

Duas semanas antes do início do FIC [Festival Internacional da Canção, de 1970, na Tv Globo] praticamente todos os compositores selecionados já tinham assinado o contrato de edição de suas músicas com a editora Cannes. Porém Carlos Imperial, alegando que tinha uma editora própria, e os paulistas Adilson Godoy e Ary Toledo se recusaram, mas receberam uma carta dando-lhes um prazo. Ficaram de resolver. Como era o processo de edição de uma música? E por que os demais compositores tinham assinado?

(...)

Com o advento das gravações fonográficas, a edição (impressão da partitura) ficou sem sua função primeira, passando a ser um mero acessório para efeito de prova de autoria. **As editoras, então, transformaram-se em procuradoras ou cessionárias do autor para efeitos patrimoniais, isto é, o editor é quem autoriza gravações e recolhe os direitos autorais como representante legal do autor.** É o que acontecia no V FIC.

[...] Assim, o FIC, também montou uma editora própria, a Cannes, com a qual todos os compositores selecionados, uma boa parte iniciantes, assinavam um documento pelo qual **cediam os direitos de edição de suas composições no ato de inscrição**. Dessa maneira, o festival evitava que os eventuais proventos de seu investimento com cada canção fossem depois parar nas mãos de editores que nada tinham investido e poderiam se beneficiar. Afinal a organização do FIC montava a competição, arcava com despesas de jurados, de arranjos, acertava com os intérpretes, quando necessário, promovia a apresentação das canções, pagava a infra-estrutura e ainda oferecia prêmios. Julgava justo receber uma porcentagem dos futuros resultados da edição das canções. [...] Efetivamente o FIC foi um forte componente na criação da Sigla, que gerou a gravadora Som Livre da Globo. [...] De qualquer forma, após alguns dias, dentro do prazo, Imperial, Adilson Godoy e Ary Toledo recuaram e assinaram em branco com o FIC.

⁴⁶ CHAVES, 1988, p. 165.

⁴⁷“É assim com quase todos estreates, que chegam à gravadora sem terem ainda editado as suas obras com terceiros: a gravadora literalmente ‘determina’ que as músicas sejam editadas em seu próprio grupo editorial, como condição de assinatura do primeiro contrato” (GUEIROS JR, 2000, p. 125).

Essa forma de estabelecimento do controle jurídico das obras por parte das editoras mediante contrato adesivo de cessão, instrumento de garantia de estabilidade da atividade econômica, é assunto extensamente discutido há pelo menos cinquenta anos, sempre emergindo quando se debate nacionalmente questões de direitos autorais. Como veremos adiante, diferencia-se de um contrato de edição justamente pela não vinculação da editora cessionária aos interesses do autor cedente, o que permite livre disposição e negociação do bem imaterial em nome próprio e em favor próprio.

Há ainda dois tipos de relação contratual designados sob o nome “contrato de edição” que estabelecem relação de elevada submissão, oportunamente examinados: primeiro o chamado “contrato de exclusividade” ou “edição de obras futuras”, típico desde o CC/1916, em que um compositor se obriga a entregar durante certo tempo ao editor, toda sua produção artística; em segundo lugar, o contrato de edição com adiantamento, em que a remuneração é igualmente estipulada por porcentagem nas vendas, mas que, fornecida quantia em dinheiro no momento da conclusão do vínculo, o contrato só se resolve quando os percentuais destinados à editora perfaça aquela quantia adiantada.

2. EDITORAS MUSICAIS

Se nos perguntamos hoje que é que faz uma empresa editora musical, as respostas são múltiplas e assimétricas a depender de quem responda, e a impressão mais viva é a de que edição musical é a atividade que resolva desenvolver uma empresa chamada editora. Afinal, como já observado, sua história é da hipertrofia de uma atividade básica inicial de reprodução de exemplares. Perguntemos, então, às próprias editoras, que fazem vocês?

O primeiro fenômeno curioso se dá quando, primeiro, pelo site da União Brasileira de Editoras Musicais⁴⁸ e da Associação Brasileira de Música Independente⁴⁹, circulando pelas suas lista de associados, constatamos que nenhuma das editoras de maior porte empresaria (EMI Songs do Brasil Edições Musicais LTD, Peer Music do Brasil Edições Musicais LTDA, Universal Music Publishing MGB do Brasil, Warner Chapell Edições Musicais LTDA, Sistema Globo de Edições Musicais LTDA) possui página autônoma, sendo redirecionado à da gravadora, a revelar que (i) são empresas que, apesar de prover

⁴⁸<http://www.ubem.mus.br/associados/efetivos/>, acessado em 10.10.2015.

⁴⁹<http://www.abmi.com.br/website/associados>, acessado em 10.10.2015.

boa parte da receita do grupo, são tida publicamente por auxiliares; (ii) a atividade delas não é direcionada ao público em geral.

Da mesma forma, os cadastros das editoras de músicos, as mesmas a que já me reportei (Duncan Edições Musicas e Prod. Art. LTDA – de Zélia Duncan, Gegê Edições Musicais LTDA – de Gilberto Gil, Jobim Music LTDA – dos herdeiros de Tom Jobim, etc.), Luanda Records – de Djavan⁵⁰, direcionam para as páginas profissionais desses músicos, a deixar claro seu objeto: a administração apenas do catálogo das próprias composições.

Fora desses dois nichos, há basicamente duas outras categorias. Primeiro, as antigas editoras não ligadas à indústria fonográfica, da era das partituras, que sobrevivem por força de seus catálogos da primeira metade do século XX, alguns já aniversariando seus 80 anos. Assim, por exemplo, a Editora Mangione⁵¹, que “detém e administra comercialmente os direitos autorais de grandes sucessos da Música Brasileira” como *Cidade Maravilhosa* (André Filho), *Carinhoso* (Pixinguinha e João de Barro), *O que é que a baiana tem?* (Dorival Caymmi), *Odeon* (Ernesto Nazareth) *Mamãe eu quero* (Vicente Paiva e Jararaca).

Ou então a Editora Irmãos Vitale, que até hoje assevera em seu *site* que “o que garante sua [da música] existência, digamos, material, é a edição de sua partitura e o registro feito na entidade competente”⁵² e define seu objeto nos mesmos termos da anterior: “divulga cada obra e administra comercialmente os respectivos direitos autorais”. Apela à autoridade artística, por fim: “se Pixinguinha e Ary Barroso confiaram a ela [a editora] algumas de suas obras-primas, é porque sabiam exatamente o que estavam fazendo”. Mencione-se, nessa categoria, ainda, a Euterpe Editora e o Grupo Editorial Arlequim, que foi recentemente notícia por não estar repassando ao filho de Nelson Cavaquinho o percentual a ele devido da remuneração percebida pela execução de “Juízo Final”, tema de novela da TV Globo, de autoria de Nelson⁵³.

⁵⁰ “Dono de uma editora musical, de uma produtora de shows e de um estúdio de gravação, Djavan afirma que espera manter um espírito “romântico” de produção na Luanda Records.” (GORGULHO, 2004).

⁵¹ <http://www.mangione.com.br/aeditora.html>, acessado em 11.10.2015.

⁵² <http://www.vitale.com.br/institucional/editora.asp> acessado em 11.10.2015. É flagrante o anacronismo da declaração, uma vez que hoje já quase não se edita em partituras as composições de música popular, e a proteção jurídica de qualquer obra independe de registro.

⁵³ <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-09-30/filho-de-nelson-cavaquinho-nao-recebe-por-tema-de-a-regra-do-jogo.html>, acessado em 15.10.2015.

Por fim, há as editoras de pequeno e médio porte, chamadas independentes, cujas páginas, ao contrário das grandes gravadoras, têm a atividade editorial oferecida como um serviço aberto ao público. Nos textos de apresentação as expressões mais recorrentes na definição da atividade econômica que desenvolvem é “administração” e “direitos autorais”⁵⁴. Muitas têm ferramentas de submissão por qualquer usuário de arquivos de áudio de músicas suas que queira editar, havendo preferência por inéditas. A editora Dallas Music chega a disponibilizar a minuta do contrato de edição em seu *site*. Ao descrever sua atividade, restringe-se, porém, a aceitação de músicas já gravadas ou ao menos interpretadas por artistas “de sucesso comprovado”:

A edição de uma música na editora Dallas Music garante a você o recebimento de seus direitos autorais - A Dallas Editora, associada ao CCB, vai cuidar de seu patrimônio artístico - sua música -, atuando junto ao ECAD através de seus órgãos afiliados. Além disso, atuando como sua procuradora, cuidará de todos os seus interesses, agilizando os processos contratuais para gravações comerciais, trilhas de cinema, teatro e TV, novelas, filmes, comerciais e execuções públicas, acompanhando todos os trâmites, das assinaturas de contratos aos recebimentos de seus direitos.

Quando posso ou devo editar minha música pela Dallas: A edição é um processo complexo, que gera custos administrativos. E uma editora não poderia editar todas as músicas que são criadas ou compostas. Por isso, só aceitamos para edição músicas que já estejam gravadas por cantor, dupla ou banda já conhecida comercialmente ou com o compromisso formal de gravação por cantor, dupla ou banda já conhecidos, de sucesso comprovado ou em vias de lançamento nacional. Não serão aceitos contratos de músicas gravadas por cantores ou duplas não conhecidos no mercado, uma vez que os custos teriam que ser repassados ao autor.

Como editar minha música:

1) Envie um email para dallaseditora@ccb1.com.br informando seu nome, telefones, o título da música e o nome do artista, dupla ou banda que gravou ou vai gravar.

OBS: Se a música ainda não foi gravada, informe o telefone e email de contato do artista, para confirmação.

⁵⁴ “Através de nossa *administração* eficiente, os compositores poderão disponibilizar suas obras para gravação...”(<http://www.gravadoravertical.com.br/editora.asp>) “...disponibiliza os mais variados serviços *administrativos* e culturais...” (<http://www.donnalolla.com/#is-scroll>) “Paralelamente ao trabalho da gravadora, a editora (...) a fez uma especialista na *administração* de *direitos autorais* (...) e passou a *administrar* também o catálogo da 3Pontas Edições Musicais...” (<http://www.dubas.net/pages/sobre>); “A ‘Edição Musical’ é uma ‘Cessão de Direitos’ para a Editora *administrar* e repassar os ‘*Direitos Autorais*’ da obra musical (...) para os compositores.”(<http://www.damascenomusic.com.br/editar>) “...atua na área dos *Direitos Autorais* controlando e *administrando* obras lítero-musicais...” (<http://www.humaitamusicpub.com.br/quem-somos>); “A JC Edições Musicais Ltda vem consolidando sua participação (...) como *administradora* dos *direitos autorais* e fonomecânicos dos autores” (<http://www.jcedicoesprisma.com>); “nossa atuação baseia-se na fiscalização quanto a aplicação de critérios legais e *administrativos* vigentes no Brasil e no exterior sobre o tema *direito autorial*, a fim de proporcionar aos nossos clientes uma maximização dos resultados provenientes da utilização de seus repertórios” (<http://www.minhaautoria.com.br>).

O advogado Nehemias Gueiros Junior, em manual destinado especialmente a músicos que pretendam ingressar no mercado, também tenta definir a atividade do editor musical, em formulação que será importante quando se vá contrastar o conteúdo obrigacional deste contrato com aquele da edição em sentido largo:

...administra as obras lítero-musicais que lhe são cedidas pelos autores/compositores. O editor musical assume, pois (...) [a tarefa] de **administrar economicamente todo o repertório de criações musicais** [pois] têm maior poder de barganha e penetração no mercado estabelecido. [...] e oferecer aos seus autores/compositores contratados uma **administração contábil e organizacional no mercado**, bem como **fomentar a abertura de novas oportunidades comerciais de utilização das obras sob seu controle contratual**.⁵⁵

Um primeiro ponto a ser trazido a relevo é o de que, como se pôde notar, a atividade editorial não se desenvolve, como outras atividades, alheia ao direito; pelo contrário, o fundamento de sua atuação é a atribuição legal de um direito absoluto e exclusivo aos compositores sobre uma obra musical, circulável (e, portanto patrimonial) que pode então ser transferido aos editores, ou, mais precisamente, consistente num poder de constituir um direito de exploração de uma obra para o editor, a que Ascarelli chama uma “concessão constitutiva”⁵⁶.

Em segundo lugar, é difícil a delimitação do editor pelas atividades que desenvolva, mesmo que o façamos apenas para o fim de determinar o sujeito jurídico do contrato de edição musical. Justamente por procurar definir o sujeito do contrato é que o conceito jurídico na legislação vigente (Lei 9.610/98) pouco auxilia:

Art. 5º Para os efeitos dessa lei, considera-se:

X - editor - a pessoa física ou jurídica à qual se atribui o direito exclusivo de reprodução da obra e o dever de divulgá-la, nos limites previstos no contrato de edição.

Há duas interpretações possíveis do tipo legal: (i) o editor é aquele a que *apenas* se atribui o direito exclusivo de reprodução, que poderá ser ainda limitado por um contrato de edição; (ii) o editor é aquele que celebra um contrato de edição, sendo o núcleo desse contrato a atribuição do direito de reprodução. Isoladamente, (i) seria a melhor

⁵⁵ GUEIROS JR, 2000, p. 121 e 127. LIPSZYC; VILLALBA, 2009, p. 281: É substancialmente diferente da edição literária, já que nunca foi a edição de partituras a forma típica de exploração dessas obras, mas sim “una relación convencional mucho más amplia y compleja entre autores y editores, nacida en la época en que éstos actuaban como promotores o empresarios de sus obras”. A não-inclusão de normas especiais, porém, deixou às sociedades a missão de pressionar mudanças nas cláusulas a princípio arbitrada pelos editores.

⁵⁶ ASCARELLI, 1970, p. 349-350 e p. 741.

interpretação. Porém quando lido ao lado do conceito legal do contrato de edição (art. 53, Lei 9.610/98), que estabelece ficar o editor autorizado a *publicar e explorar* a obra, pendese para a interpretação (ii) pois de evidente maior abrangência os direitos de publicação e exploração que o de reprodução. A desvantagem aqui é a tautologia da conclusão de que é o sujeito *editor* do contrato de edição quem celebra esse contrato nessa posição. Dentre os juristas, contudo, o único que endossa essa orientação é Daniel Campello Queiroz⁵⁷.

Qualquer dos entendimentos passará por problemas na análise que segue. Isso já se pode observar da simples enunciação pelos próprios editores a respeito do que consiste sua atividade.

Finalmente, no contrato especificamente da edição musical, ainda que a lei permita, não tenho conhecimento de um sequer editor pessoa física, assim que tomo a liberdade de assumir ser o editor pessoa jurídica empresarial.

3. COMPOSITORES

Nesta seção, seria inútil tentar uma definição extra-jurídica do compositor musical, pois que, além de desnecessária ao nosso propósito, impossível. O que é de valia afirmar é que as noções de que derivam os conceitos jurídicos hoje presentes na legislação autoral estão em grande parte ligados à estética romântica oitocentista do gênio criador. É verdade que mesmo no imaginário popular, diversamente da consciência do artista, ainda se apela à “inconsciência sonâmbula” desse criador, sacralizando o artístico, o que mostra ser o conceito de gênio “concebido do ponto de vista do observador”, do ponto de vista daquele que julga: para poder julgar, sobrenaturaliza seus critérios. Porém, “a autocompreensão do criador continua bem mais sóbria. Ele vê possibilidades de fazer e

⁵⁷Assim opina QUEIROZ, 2013, p. 80: “O contrato de edição, dessa forma, é a espécie de contrato (...) indicada pelo legislador para ser firmado entre compositores e editoras musicais. Ao estabelecer a possibilidade de que as partes, e principalmente o compositor (...), 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.” Em sentido contrário: CHAVES, 1975, p. 44; MATTIA, 1975, p. 30-35; BOBBIO, 1951, p. 40; PONTES DE MIRANDA (1984, t. LXIV, §4.830, 2, p. 330: “Sempre que se fala de ‘editor’ sem que o contrato entre o autor e êle seja contrato de edição, emprega-se a expressão como indicativa de profissionalidade, e não de figurante em contrato de edição”.

de poder e questões de “técnica” mesmo onde o observador procura inspiração, mistério e significado profundo.”⁵⁸

Ainda que a produção reconhecida socialmente como “artística” venha se desvencilhando da profissionalidade e que as normas sobre direitos de autor não sejam um estatuto profissional⁵⁹, não iremos considerar compositores aqui o sujeito que componha pontualmente, sem ter na composição musical uma atividade sua minimamente racionalizada como forma de produção de riqueza. Estamos falando aqui essencialmente de interesses econômicos, de um tipo relação desenvolvida entre empresas dedicadas à difusão de música e pessoas que dedicam uma dada parcela de seu tempo disponível à construção de estruturas reconhecíveis, interpretáveis e performáveis por outros músicos ou ele próprio, que buscam tanto a difusão que uma empresa com estrutura voltada a esse propósito é capaz de proporcionar quanto a aferição, mesmo que secundária, de algum tipo de riqueza nesse processo. Ademais, aqueles que reconhecemos socialmente como compositores tendem a dedicar-se a esse ofício de forma não-eventual e é sobre essa parcela de indivíduos que o nosso interesse se volta.⁶⁰

Parto, dessa forma, de um *tipo-ideal* de indivíduo: aquele que se dedica com alguma seriedade à atividade socialmente reconhecida como “composição musical”, sendo obviamente desnecessário que essa dedicação seja exclusiva.

A nossa ordem constitucional não permite mais, como em qualquer instância política que adentre, a sacralização do indivíduo, seja como proprietário, seja como empresário, seja, igualmente, como criador. Como já sinteticamente afirmei, a tutela da relação que tem a obra com a personalidade já está contemplada na tutela geral da maternidade de suas ações, apenas especificadas na lei especial. A disciplina específica dessa “obra”, que concede direitos de exploração econômica, regula essas relações como regula qualquer outro bem econômica e culturalmente relevante.

⁵⁸ GADAMER, 2013, p. 144-146.

⁵⁹MORAES, 1976, p. 22-23; p. 57; p. 94: “Artista não é aqui o profissional, mas qualquer pessoa”;

⁶⁰ Um recente estudo do GPOPAI da USP sobre o mercado da música no Brasil constatou que “se por um lado, podemos dizer que a maioria dos músicos não vive para a música — e que, portanto, é sobre eles e sobre a necessidade de profissionalização desses artistas que deve incidir uma parte das políticas públicas para a música — por outro, é preciso reconhecer que é entre a minoria que se dedica exclusivamente à música que está a maior parte dos criadores, ou seja, dos detentores de direitos autorais, objeto deste relatório” (*Uma análise qualitativa do mercado de música no Brasil: para além das falsas dicotomias*. São Paulo, 2010, p. 56, disponível em <<http://www.gpopai.usp.br/novo/IMG/pdf/relatorio-musica-gpopai-2010.pdf>>, acessado em 10/06/2015).

4. OBRAS MUSICAIS

Entretanto, o objeto das prestações das obrigações do contrato não será essa atividade compositiva. Se assim fosse, estaríamos falando de um contrato de trabalho⁶¹. A Lei 9.610/98 encara o autor/compositor do ponto de vista liberal, tanto que oferece uma definição de *autor* vazia, que nada mais faz que remeter à definição de *obra literária, artística ou científica* (art. 11). Esse sistema jurídico, portanto, não é um sistema protetivo do autor e de sua atividade, mas do bem social-econômico chamado *obra*⁶². A respeito delas, o art. 7º expressa serem “obras intelectuais protegidas as *criações do espírito*” dotadas de forma no mundo, a que se segue uma lista exemplificativa. *Criação do espírito* é terminologia bastante carregada, como já referido, afeita à ideia do criador cujas obras são objetos imaginários derivados diretamente de seu espírito, e que, porque participantes de sua personalidade, isto é, de sua liberdade, imodificáveis pela vontade alheia. Falta à lei um conceito propriamente jurídico de obra.

Concedo que a noção de “obra” de arte e de “autoria” encontram-se em reconstrução no nosso mundo cultural. Porém, para os fins da presente discussão não atrapalham substancialmente, por ainda subsistirem no âmbito de aplicação do tipo contratual examinado e, mais importante, compõem a base de sua construção histórica, sendo essenciais à compreensão de sua estrutura. Revela-se até hoje na primazia na música popular do intérprete cantautor, aquele que cria e executa canções (nos anos 70 as gravadoras explicitamente buscavam, como meio de enxugar despesas, intérpretes jovens com esse perfil)⁶³. Nos referimos ainda a objetos imaginários com características que se percebem como conservadas de uma transformação a outra (arranjo, orquestração, versão) e que se denomina *música, tema* ou *canção*. Essa constância é menos rígida que a da “peça” clássica. O contrato de edição sempre se refere individualmente a um desses objetos imaginários e nunca ao conjunto das atividades de um músico, o que estaria já no campo do direito do trabalho.

⁶¹ O que não quer evidentemente dizer que não interesse ao direito de autor pelos resultados protegíveis da atividade criadora decorrente de um contrato de trabalho, o que, pelo contrário, é assunto dos mais discutidos. Do ponto de vista do direito de autor, porém, o interesse reside ainda nessas obras, e só se debruça sobre as questões trabalhistas quando ao regime jurídico a elas aplicável digam respeito. Por todos, PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais: Os Direitos Autorais do Trabalhador*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

⁶²MORAES, 1976, p. 22-23.

⁶³ Ver MORELLI, 2009, p. 101 e ss,

5. CONCLUSÕES PARCIAIS

A fim de resumir o esboçado e pôr uma base para o desenvolvimento do que se segue, apresento uma caracterização provisória do acordo de vontades de cuja veste jurídica estudarei à continuação:

- (i) Uma **parte A**, que, frente a uma dada estrutura econômica, se coloca como indivíduo do tipo social ‘compositor’, isto é, alguém cuja atividade, economicamente central ou não, é a de organização de estruturas de pensamento passíveis de performance, por si ou outros músicos, através de propagação sonora, qualificada socialmente como “musical”, de forma a se *comunicar com um dado público* (finalidade objetiva da sua atividade).
- (ii) Uma **parte B** cuja atividade economicamente central consiste na *organização de meios* pelos quais a comunicação que é objeto da atividade da parte A possa se dar, em grande ou média escala⁶⁴, administrando-os em nome daquela parte, pelo fato da inviabilidade dessa administração e controle por parte de A sem que fique prejudicado o desempenho de sua atividade central. A parte B, portanto, será intermediária entre a parte A e, *imediatamente*, as instâncias de produção, distribuição e consagração, *mediatamente*, o público, cujas necessidades deverá satisfazer⁶⁵.

O **objeto** desse acordo é um bem imaterial resultante da atividade de A, mas com ela não identificável, que apesar de imaginário, existe objetivamente (intersubjetivamente), comumente chamado *música, canção* ou *peça*. Esse objeto pode ser existente ou que venha a existir (determinado ou determinável).

O **interesse** em contratar da parte A deriva essencialmente da impossibilidade de realização de todos os atos necessários à consecução de sua atividade (a comunicação ao público do que produz, mediante uma dada remuneração) pois de praxe não detém o tempo e a afinidade com o mercado da música para bem gerenciar a utilização de seu

⁶⁴ Considerarei aqui tanto as grandes (pertencentes a gravadoras multinacionais) quanto as pequenas editoras (autônomas ou ligadas a gravadoras independentes), pois que o contrato, ainda que mais flexível nas pequenas, mantém as mesmas características centrais.

⁶⁵ Já a Convenção de Berna (art. 3,3), de 1886, considerava parte essencial do conceito de publicação a posta de exemplares à disposição do público de modo a *satisfazer suas necessidades*.

trabalho⁶⁶. O interesse em contratar da parte B está na possibilidade de lucro a partir da realização desses atos.

Entre esses dois interesses joga papel central um **terceiro**: justamente aquele do público, que é o outro sujeito da relação de comunicação musical que é objeto da atividade de A. Os indivíduos que compõem esse núcleo de interesses, porém, é indeterminado e mutável: em potência, toda a humanidade; em ato, uma exígua parcela dela. Ainda que às próprias partes seja uma comunidade, em grande medida, anônima, seus interesses que respaldam não só o planejamento econômico, mas a própria regulação jurídica da relação entre as partes contratantes. São terceiros, por um lado, afetados e, por outro, condicionantes dos termos dessa relação.

Longe da esfera dos interesses de cada interveniente, porém, é possível dizer que a intenção comum das partes é a divulgação de uma obra musical, o que se coaduna com o interesse do público, sendo essa a **função econômico-social** do contrato, sua causa, em suma⁶⁷. Desse ponto de vista, a justificação que promove por um lado a proteção patrimonial do autor na forma de um direito absoluto negociável será a mesma que exige por outro o comprometimento do Estado com a livre possibilidade de utilização da obra, isto é, a promoção do acesso público à produção cultural. É o que está expresso no art. 215 da CF/88: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

⁶⁶ ASCENSÃO, 1997, nº 266, III, p. 359; BITTAR, 1977, p. 29; FRAGOSO, 2009, p. 225; BITTAR, 2013, p. 82; TRABUCO, 2011, p. 275; ESPÍNOLA, 1957, p. 52; GUEIROS, p. 122 e 171: “alguns poucos autores insistem em autorizar diretamente todas suas músicas, mas isto se torna muito difícil de administrar” (GUEIROS, 2000, p. 171). Alguns poucos compositores brasileiros chegaram a constituir empresas editoras em seu nome (Gilberto Gil, Caetano Veloso, Chico Buarque, Milton Nascimento, Jobim), quase todos por proposta do empresário André Midani. Porém, não é desse tipo de situação que tratamos: eram músicos já estabelecidos e com poder de decisão no mercado. A estratégia de Midani foi, confessadamente, “oferecer algo que a concorrência não pudesse igualar” para garantir a permanência deles na companhia, a Phonogram. (MIDANI, 2008, p. 95).

⁶⁷GOMES, 2007, 403; MANSO, 1988, n. 43 e 48, p. 49 e 55.

CAPÍTULO II

DELINEAMENTO JURÍDICO DO CONTRATO DE EDIÇÃO EM GERAL

1. INTRODUÇÃO AO CAPÍTULO

As estruturas do direito positivo não são neutras. Mesmo no âmbito da autonomia privada, em que vige a regra geral de aprovação e proteção em princípio dos preceitos autoimpostos por sujeitos capazes, em suas relações com outros sujeitos capazes, elas selecionam e legitimam práticas sociais ou projetam nessas práticas significados funcionais, segundo ideologias oficialmente colocadas.

A influência da teoria do negócio jurídico de Emilio Betti se faz extensamente presente no nosso direito legislado e nas nossas reflexões sobre as práticas negociais. Costumamos entender a autonomia privada como autorregulação de interesses, ocorrida na vida social por iniciativa espontânea dos sujeitos, que formulam preceitos de ação recíproca, ligados a seus fins práticos, que o direito pode ou não acolher, traduzindo-os em termos de relações jurídicas⁶⁸, enquanto correspondam a uma função econômico-social típica.⁶⁹

A regulação jurídica de uma relação contratual não enuncia, portanto, juízos de fato a respeito de como ele se desenvolve (*descrição*), mas juízos de valor a respeito de como um vínculo contratual *deve* se desenvolver (*prescrição*). Esta regulação se dará pela imposição de certos direitos e deveres no conteúdo daquilo que será pactuado pelas partes no exercício de sua autonomia privada.

Na apreciação do contrato de edição musical, porque se faz propício, procurarei encarar a relação contratual do ponto de vista reverso. Observar como os agentes econômicos, sujeitos de direito para nós, partem da disciplina positiva e constroem a partir do seu interior novas práticas ou encontram na estrutura dessa disciplina esquemas cômodos de legitimação de seus interesses. Propício porque a forma contratual que se construiu no âmbito da edição musical é um exemplo claro de um caso em que a autonomia privada, por assim dizer, selecionou um tipo contratual, cuja estrutura jurídica já existente (o contrato de edição, tipificado desde o CC/1916, mas já regulado em parte

⁶⁸ BETTI, 2007, p. 343-345.

⁶⁹ BETTI, 1956, p. 119-121, 133-139, 140-141.

na Lei 496/1898) serviu de ponto de partida para um posterior amoldamento às suas necessidades práticas. Basicamente, podemos aqui falar de uma tipicidade social posterior à tipicidade legal, mas que ao final volta a, causando demandas de resolução, moldar a tipicidade legal. A metamorfose do contrato a partir da disciplina positiva da edição em geral e as especificidades dessa disciplina é o que se estudará a partir de agora.

2. CONTRATOS SOBRE DIREITOS DE AUTOR: ESPECIFICIDADES

2.1. Uma disciplina protetiva?

Aquêles motivos todos que deram ao contrato de trabalho, na legislação específica, uma nova configuração ante a hipossuficiência do trabalhador (...) fundamentam a necessidade de, para proteger o criador de obras intelectuais, dispor a lei de preceitos imperativos, essenciais à proteção visada.

Assim escreveu o desembargador Milton Sebastião Barbosa, na justificativa de seu Anteprojeto de Código de Direito do Autor e Direitos Conexos⁷⁰, que, revisado junto de Antônio Chaves, e a seguir radicalmente reduzido e reescrito por Moreira Alves, em regime de urgência, veio a resultar na primeira lei autônoma de direitos autorais (LDA/73), cuja estrutura e principais preceitos seguem conservados na atual legislação (LDA/98)⁷¹.

Tudo leva a crer que, de fato, a lei, em geral, e a tipificação e regulação dos contratos de edição, em especial, de forma a restringir em parte a incidência das normas do ordenamento jurídico que regulam os contratos em geral, seguiu a mesma tendência mitigadora do desequilíbrio factual de poder (político, cultural ou econômico) entre as partes que embasou a construção de ramos como o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor. É, pois, orientada à proteção do autor, considerada, *a priori*, em situação econômica menos favorável em relação às editoras. Pensa-se, em especial, no compositor novato, que no plano dos fatos tem frequentemente pouco ou nenhum poder de barganha, junto a muitas necessidades imediatas⁷².

⁷⁰ BARBOSA, Milton Sebastião. “Anteprojeto de Código do Direito do Autor e Direitos Conexos” In: *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, n. 113, 16 jun. 1967. Seção I - Parte I, suplemento, p. 6.

⁷¹ CHAVES, 1977, p. 3-4; CHAVES, 1987, p. 32-38.

⁷² VEGA, 1949, p. 94; MATTIA, 1975, p. 16., p. 79-87; MANSO, 1989, p. 100; PONTES, 2009, p. 78; BITTAR, 2013, n. 98, p. 112; MORAES, 1977, p. 73-74; GUEIROS JR, 2000, p. 121-122, 214. O compositor Ludwig SPOHR, em 1861: “Para consolo do jovem compositor que não consegue encontrar editor para a sua primeira obra, podem ser mencionadas as condições impostas pela citada firma de modo a empreender a publicação. Renunciei a todas as pretensões de pagamento, contentando-me com receber

A indústria fonográfica no Brasil se desenvolveu aceleradamente a partir da década de 1950, quando as grandes gravadoras aqui se estabeleceram por meio de filiais. Frente ao poder econômico, que incluía a detenção quase exclusiva dos meios de difusão de um fonograma, ou de sua contratação, o originador de obra musical que quisesse reproduzi-la através de discos passou a ser submetido a verdadeiros contratos de adesão⁷³, sendo sua posição contratual comparável à do consumidor, motivo por que a lei cercou o direito de livre disposição das partes de uma série de presunções e diretivas legais de interpretação. São exemplos atuais os artigos 4º, 49, V, 50, 56 e 78, da atual lei autoral (Lei n. 9.610/98).

A atual lei também reforça o tempo inteiro se tratar da positivação de um direito protetivo, ainda que não deixe claro sobre o que recai essa proteção: ora diz que é sobre o próprio autor (art. 2º, art. 11, § único) e os artistas intérpretes ou executantes (art. 89, §1º), ora sobre a *obra* (art. 7º, art. 10, art. 41, § único, art. 107. Art. 112), ora sobre os próprios *direitos* (art. 2º, par. único, art. 18, art. 44, art. 45, art. 89, art. 96, art. 112), além de fazer outros usos nada uniformes da expressão “proteção” (art. 9º, art. 10, § único, art. 17, art. 79).

Diz-se, ademais, que esse caráter se faz sentir em especial nos artigos que orientam a interpretação dos negócios jurídicos que envolvam direitos de autor, determinando sua interpretação restritiva (art. 4º⁷⁴ e art. 49, VI⁷⁵), isto é, uma derrogação da norma geral do CC/2002, art. 112, que determina o atendimento prioritário à intenção comum das partes em detrimento do “sentido literal da linguagem”. Parece frágil a argumentação em favor da protetividade desses dispositivos⁷⁶. A interpretação restritiva por si só, que é o que se

apenas alguns exemplares. No entanto, a firma exigiu que eu comprasse 100 exemplares pela metade do preço de venda. A princípio o meu orgulho de adolescente revoltou-se contra condições tão desonrosas, como eu achava. Mas o desejo de ver a publicação do concerto falou tão alto que, após nossa volta a Brunswick, pude presentear o meu duque com um exemplar, na esperança de que ele me fizesse um presente.” (*Autobiography*, Cassel, 1861, *apud* RAYNOR, 1982, p. 391)

⁷³ ASCENSÃO, 1997, nº 275, p. 371.

⁷⁴ LDA/98, art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais. Semelhante ao art. 3º LDA/73.

⁷⁵ LDA, 98, art. 49, VI – “não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.” Esse dispositivo parece até uma resposta direta à crítica lançada por ASCENSÃO (1997, nº 147, I e 276, p. 373-374) à interpretação restritiva genérica da LDA/73. Propunha lá ele, inspirado na doutrina alemã (Ulmer, Schweyer), para a qual “mede-se pelo fim da alienação o âmbito das faculdades de que se dispõe) (nota 393), o que chama de uma “disposição funcional”.

⁷⁶ BARBOSA, 2013, p. 945: “As regras de interpretação restritiva da lei autoral de alcance são unilaterais, eis que se dirigem ao autor (que se presume hipossuficiente)”

faz presente na lei, pode muito bem ser desfavorável ao compositor se encaramos estritamente no sentido de literalmente. É o que pensa Oliveira Ascensão:

Todo o ato tem o seu conteúdo, seu espírito. Procurar nele apenas o que é expresso (...) não se justifica mais no Direito de Autor que qualquer outro ramo, e tanto prejudica o autor como os utentes. O Direito de Autor ganha assim um contorno de direito de privilégio, em sentido próprio. Só atende à defesa do autor e não à disciplina justa da relação em que este intervenha. (...). Estas regras vão beneficiar afinal entidades que não participam já da fragilidade em que se presume incorrer o autor – nomeadamente as empresas a quem este transmite o seu direito!

Já Denis Borges Barbosa tenta conformar a um entendimento protetivo o dispositivo: o *estrito* da interpretação seria o resguardo apenas do necessário e inescapável, “sem acrescer além disso o que constrange a parte mais fraca”, com a ressalva de que nos negócios entre empresas, sendo uma delas cessionária (titular derivada) de direitos de autor, logicamente não se aplicaria tal disposição⁷⁷.

Concordando ou não com tal interpretação da regra de interpretação, o que há de ficar bastante claro é que não se trata a LDA/98 de um estatuto profissional do artista como se tratasse de uma categoria profissional específica, até mesmo porque considera autor toda e qualquer pessoa que crie alguma coisa, seja como ofício, seja pontualmente, a demonstrar que a proteção recai, como já pude dizer anteriormente, sobre a obra considerada como um objeto externo ao sujeito.⁷⁸

Na Argentina, em contraste com a nossa lei, o caráter protetivo é bem mais claro para seus juristas em relação aos contratos sobre criações artísticas. Para Delia Lipszyc, há os seguintes motivos para isso: a) a imaterialidade da obra não permite sua tutela física; b) a situação do autor é, geralmente, de “debilidade”, pois que o impulso criador depende da comunicação ao público mas as habilidades do trabalho intelectual não são as mesmas requeridas para explorar comercialmente a obra; c) a oferta de obras é muito superior à demanda. Ela defende, com suporte na lei argentina, a aplicação de princípios análogos aos do direito do trabalho a esses contratos, como a nulidade e substituição das cláusulas que suprimam direitos legais ou convencionados coletivamente pelas

⁷⁷ BARBOSA, 2013, p. 952: “O que aproveita, protetivamente, o sambista talentoso, mas desprotegido em face da multinacional de comunicação, não vai favorecer – sem razão – a empresa profissional, organizada, de projeção econômica, experimentada em miríades de negócios de teor comparável, que é só titular, e não *autor*, de criações expressivas”.

⁷⁸ MORAES, 1976, p. 22-23; p. 57; p. 94: “Artista não é aqui o profissional, mas qualquer pessoa”; “Conquanto os profissionais se beneficiem dele, o novo ordenamento nada tem de ver com as relações de trabalho dos artistas, senão com a produção intelectual, e apenas enquanto tal. Trata-se, portanto, de um ordenamento civil comum”

sociedades/associações⁷⁹, a exclusão de quaisquer presunções contrárias ao autor⁸⁰ a presunção de onerosidade, a já vista interpretação restritiva e até mesmo um curioso *in dubio pro auctore*.⁸¹

Alguns desses princípios são de fato acolhidos por nossa legislação, mas não foram alçados à qualidade de componentes de um sistema normativo autônomo cujo objetivo seja a proteção dos autores na negociação de seus direitos. Seria de grande desperdício dogmático e legislativo, apenas em razão da adesividade dos contratos praticados no meio e da inexperiência dos artistas novatos frente às corporações exploradoras de suas obras, empreender regime jurídico especial, quando no plano do direito comum conquistou-se nos últimos anos tanto a interpretação favorável ao aderente (art. 424, CC/2002) quanto o estabelecimento da lesão como causa legítima de de revisão ou anulação dos contratos manifestamente desproporcionais celebrados por pessoa inexperiente (art. 157, CC/2002).

2.2. Desenvolvimento dos efeitos desses contratos na legislação brasileira

Uma observação preliminar: como o contrato de edição é historicamente tido como contrato paradigma sobre direitos de autor⁸², na discussão sobre os efeitos desses contratos inevitavelmente o estarei acompanhando de perto.

O Capítulo V do Título III da LDA/98 trata da transferência dos direitos de autor, mas utiliza várias palavras que deixam a dever clareza a respeito do seu significado. Admitida a transferência a terceiros, pelo autor ou seus sucessores, o art. 49 especifica os meios de transferência: “licenciamento, concessão, cessão, ou por outros meios admitidos em direito”. Não são definidos os efeitos próprios de cada uma dessas modalidades, e, além do mais, abre-se a janela para quaisquer outras admitidas em direito, ainda que se ignore quais sejam.

Resulta essa tipologia de uma emenda proposta pelos deputados Jandira Feghali e Jose Genuíno, e aprovada, para reforma do antigo art. 52, LDA/73, que referia apenas à

⁷⁹ MANSO, 1988, n. 57, p. 60, opinava pela importância de institucionalização da negociação coletiva dos contratos-padrão, para que as condições essenciais sejam debatidas de forma equitativa.

⁸⁰ LIPSZYC; VILLALBA, 2009, p. 260-263.

⁸¹ *Ibidem*, p. 263-268.

⁸² MORAES, 1976, n° 111, p. 157-158: “A edição constitui o *typus* adequado a toda difusão de obra intelectual [...] o que mais importa é não se perder de vista a estrutura fundamental da edição em cada uma das modalidades particulares, para que não se perca de vista o sentido único que as informa a todas: a realização do direito de publicar.”; BRANCO; PARANAGUÁ, 2009, p. 103. MANSO, 1988, n. 35, p. 45.

cessão, com a finalidade de explicitar na lei alternativas à transferência da titularidade, que havia sido por anos símbolo do controle hegemônico das grandes editoras e fundamento da formação de seus catálogos gigantescos. Contudo, mantiveram-se os artigos e incisos referindo-se só à cessão, alterando-se apenas o título do capítulo para “Da Transferência”, e elencando-se no início as três hipóteses por demais vagas já apontadas. Tecnicamente, foi alteração pouco interessante, pois além de trocar “cessão” por “transferência” o que, a rigor, se trata da mesma coisa, não definiu as novas espécies, aventando-as a título exemplificativo apenas. A abolição da expressão “outros meios admitidos em direito” e a adição de um artigo que forneça a definição da licença (que é, pelo texto, objeto da concessão e não outra espécie) são ponto importante do projeto de lei 3.133/2012:

Art. 49-A. O autor ou titular de direitos patrimoniais poderá **conceder** a terceiros, **sem que se caracterize transferência de titularidade dos direitos, licença** que se regerá pelas estipulações do respectivo contrato e pelas disposições previstas neste capítulo, quando aplicáveis. §1.º Decorrido o prazo previsto no instrumento, os direitos autorais retornam obrigatoriamente ao controle econômico do titular originário ou de seus sucessores, independentemente de possíveis dívidas ou outras obrigações pendentes entre as partes contratantes⁸³. §2.º Salvo estipulação contratual expressa em contrário, a licença se **presume não exclusiva**. §3.º Na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o **prazo máximo será de cinco anos**.

No anteprojeto apresentado após consulta pública pelo Ministério da Cultura, constava ainda a inclusão no art. 5º, que fornece definições, a seguinte:

XV - licença - a autorização dada a 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.

Quanto aos conceitos jurídicos que tratam dos efeitos dos contratos, o material legislativo é historicamente inconsistente, mas tentaremos brevemente reconstruir a sua formação. Desde a primeira lei destinada à regulação do direito de autor declarado na Constituição de 1891, os direitos autorais são equivalidos a bens, e por isso cessíveis⁸⁴. Essa nomenclatura (cessão) tinha por razão a fuga do paradigma da propriedade, pela acentuação de uma visão do direito autoral como privilégio temporário conferido pelo

⁸³ Quando analisarmos as cláusulas, veremos que esse projeto de determinação legal é resposta direta a uma prática recorrente entre as editoras que aprisionava os compositores ao contrato, que era automaticamente prorrogado enquanto os rendimentos da obra não superassem o valor pago a título de adiantamento.

⁸⁴ Lei 496/1898, art. 4º, bem como em todos estatutos normativos posteriores: CC/1916, art. 48, III; LDA/73 art. 2º e 52; LDA/98, art. 3º e 49;

Estado⁸⁵; temporária também era a tal cessão, que esgotava no prazo legal de 30 anos, voltando à titularidade do autor automaticamente (art. 4º, §1). Essa cessão era claramente a única forma prevista para a exploração econômica por qualquer meio, sendo seu paradigma o contrato de edição (art. 6º). Sustenta isso a continuação do mesmo artigo com disposições sobre a edição, reservando ao autor a prerrogativa de emenda ou reforma para edições futuras, e mesmo da sua rescisão unilateral, mediante compensação pecuniária (§2º)⁸⁶, e impondo ao editor cessionário o dever de prestar contas do número de exemplares e do preço de cada tiragem⁸⁷ e de modificar a obra (§3º, art. 5º).

O termo *cessão* manteve-se mesmo quando o CC/1916 fez dos direitos de autor espécie da propriedade, mantendo, no geral, todas as normas presentes na lei especial (art. 649, 659, 1.350, 1.357), com a diferença de aparentemente abandonar a elasticidade do antigo art. 4º, §1º. A mudança mais importante foi a integração do contrato de edição no Livro III, do Direito das Obrigações (arts. 1.346-1.358), levando muitos a afirmar que o efeito do contrato não era mais translativo, mas puramente obrigacional, isto é, constitutivo de liberdades, poderes, direitos e deveres: no plano principal, ao editor, nasceriam os deveres de reproduzir e divulgar mecanicamente a obra para tal sendo necessárias as liberdades (derivada da autorização do autor) e direitos (correlativo ao dever de exclusividade) de publicá-la (mesmo conteúdo do dever, i.e., reproduzir e publicar) e explorá-la economicamente (art. 1.346) além de pagar remuneração⁸⁸ (art. 1.353); e ao autor, os direitos correlativos aos deveres do editor, isto é, de ter a obra publicada e de ser remunerado, e o dever de abster-se de exercer a liberdade de dispor de sua obra

⁸⁵ Assim dizia o autor da Lei 496/1898, Medeiros de Albuquerque: “Se um autor escreve um poema, um romance, qualquer obra literária e guarda em casa, ninguém discute: é uma propriedade sua. Mas, se ele começa a imprimir e dar o seu trabalho aos outros para também o gozarem, já a situação não é a mesma. Se porém, se consulta a psicologia, verifica-se que o trabalho de invenção (...) é absolutamente da mesma natureza. Injusto, portanto, fazer leis diferentes para casos iguais. O meu projeto, mais tarde convertido por lei, visava igualar em teoria o que era igual na prática. Por isso dava a cada livro um privilégio de 50 anos. Privilégio absolutamente do gênero das patentes industriais.” (SANCHES, 1999, p. 8)

⁸⁶ Art. 4º Os direitos de autor são moveis, cessíveis e transmissíveis no todo ou em parte e passam aos herdeiros, segundo as regras de direito. § 1º A cessão entre vivos não valerá por mais de trinta annos, findos os quaes o autor recobrará seus direitos, si ainda existir. §2º Fica sempre salvo ao autor, por ocasião de cada nova edição, emendar ou reformar sua obra, ou reaver seus direitos sobre ella, comtanto que restitua ao cessionario o que d'elle houver recebido em pagamento, metade do valor liquido da edição anterior.

⁸⁷ Obviamente, à época nem se cogitava de outro tipo de distribuição que não a edição em papel.

⁸⁸ Potes de Miranda, 1984, t. LXIV, §4.829, p. 328, admite, *contra legem*, a possibilidade de ausência de remuneração, pois com a contraprestação da atividade (dever de reproduzir e divulgar) já estaria satisfeita a bilateralidade do contrato: “a prestação do editor pode ser dinheiro, ou outro valor; ou não haver prestação e tem-se, aí, o contrato de edição sem remuneração, ou o negócio misto com doação. No mesmo sentido, BOBBIO, 1951, p. 32 (ver neste trabalho a discussão no ponto III, 1.6).

correlativo à exclusividade do autor (art. 1.349⁸⁹). Estabeleceu o código, também, uma extensa gama de deveres secundários.

É aqui que se aventa, portanto, uma nova possibilidade de efeito dos contratos sobre obras. A edição não mais comporta cessão: o que se dá é o nascimento de obrigações *ex contractu*, afinal, tratando-se agora o direito exclusivo do autor de direito de propriedade, portanto livremente circulável, operaria, no caso de transferência, compra e venda como qualquer outra. É isso que concebeu Pontes de Miranda ao analisar a estrutura legislativa da edição:

O sistema jurídico brasileiro concebeu como direito real a propriedade intelectual, porém não o *direito de edição*. Para que haja transferência da propriedade intelectual, em virtude de contrato de compra-e-venda e acôrdo de transmissão, é preciso que se componham os pressupostos do contrato de compra-e-venda, que é causal, e os do acôrdo de transmissão.⁹⁰

Os direitos que tem o editor, em virtude do contrato de edição, são direitos que lhe nasceram. O autor não lhe transferiu o direito de propriedade, nem qualquer direito real sôbre o bem incorpóreo.⁹¹

Teríamos agora, então, dois efeitos possíveis para contratos sobre obras protegidas: *cessão* (transmissão da titularidade dos direitos – não se cogita ainda de transmissão parcial) ou a constituição de direitos de exploração *ex contractu* para o editor.

Mas há dois artigos que me fazem pensar que ainda aqui no Código Civil de 1916 a edição só se opera por meio de cessão e que essa continua sendo a mesma cessão elástica da Lei 496/1898. Primeiro, o art. 659: “A cessão (...) não transmite o direito de modificá-la. Mas este poderá ser exercido pelo autor, em cada edição sucessiva, respeitadas os do editor”; salvo melhor juízo, o que se está a dizer é claro: ainda que tenha transmitido direitos de publicação (há alienação), reserva-se ao autor o de modificação. Em segundo lugar, o art. 1.349, ao determinar que na vigência da edição o autor não poderá “dispor da obra no todo, ou em parte”, sugere que no contrato de edição o que há é cessão, pois, obstada a disposição, os efeitos são similares àqueles da antiga cessão.

Assim, a novidade do Código patrimonialista seria que, sendo agora o direito de autor propriedade, seria passível assim de ser objeto de compra e venda⁹². A cessão dos direitos é ainda o efeito do contrato de edição: transfere-se a titularidade dos direitos de

⁸⁹ Art. 1.349. Enquanto não se esgotarem as edições a que tiver direito, não poderá o autor dispor da obra no todo, ou em parte.

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, 1984, t. LXIV, §4.828, p. 321;

⁹¹ PONTES DE MIRANDA, 1984, t. LXIV, §4.834, p. 344;

⁹² E isso é aceito por aqueles juristas que escreveram sobre sua vigência.

publicação, mas sempre dotada daquela elasticidade, ou seja, a tendência a sempre retornar à titularidade do autor⁹³. Clóvis Beviláqua explicita isso: “é, porém, na cessão de direito de publicar que se acha o elemento próprio do contrato de edição”⁹⁴. Minha hipótese é que à época do CC/1916 eram tão poucos os direitos exercíveis pelo autor que não chegava a causar grandes cogitações a transferência da titularidade ao editor, por tempo determinado ou determinável. Não havia ainda as sociedades de arrecadação e distribuição de direitos de execução e representação públicas, não havia ainda o rádio, não havia ainda a indústria do disco, tampouco a televisão. As únicas outras modalidades que já se faziam possíveis eram as de transformação (tradução, arranjo, orquestração, tradução), que, por constituírem obras novas, não entravam no contrato de edição⁹⁵.

O advento de todas essas novas modalidades de exploração econômica ao longo da primeira metade do século deve ter chamado atenção para uma segmentação dos direitos de autorização de reprodução e publicação, e da compartimentação jurídica de suas titularidades, já que a remuneração para cada um recairia sobre os diferentes responsáveis.

Nesse movimento, o instituto da cessão vai se identificando ao da compra e venda⁹⁶ e várias soluções vão surgindo. Uma delas é a já mencionada de Pontes de Miranda, que considera os direitos nascidos para o editor puramente obrigacionais. Ele não dá conta porém, de explicar a exclusividade e a oponibilidade a terceiros independente de registro⁹⁷ de que goza o editor, e chega inclusive a sustentar a não-essencialidade da exclusividade para o tipo contratual⁹⁸.

⁹³ Art. 1.351. No caso de nova edição ou tiragem, não havendo acordo entre as partes contratantes sobre a maneira de exercerem seus direitos, poderá qualquer delas rescindir o contrato, sem prejuízo da edição anterior. Art. 1.352. Se, esgotada a última edição, o editor, com direito outra, a não levar a efeito, poderá o autor intimá-lo judicialmente a que o faça em certo prazo, sob pena de perder aquele direito.

⁹⁴ BEVILÁQUA, 1896, §155, p. 377.

⁹⁵ BOBBIO, 1951, nº 40, p. 28, p. 32: “É evidente que por ‘edição e publicação’ o Código Civil entende a reprodução gráfica em uso quasi exclusivo em torno de 1900.” Adiante: “edição fonomecânica e sincronização (para cinema) “constituem um processo reprodutivo completo, e que o correspondente direito autoral deixa sobreviver, para o autor, os direitos eu correspondem aos processos sucessivos” (nº 65, p. 45-46)

⁹⁶ BOBBIO, 1951, nº 58, p. 42: [A cessão é] “contrato translativo de direito, enquadrando-se nas regras da compra-e-venda, já que, pelo Código Civil, o direito de autor é um bem, móvel e alienável e se inclui entre os direitos de propriedade”.

⁹⁷ HAMMES, 1975, p. 262-263, citando acórdão do STF (RT 312/718).

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, 1984, t. XLIV, §4.834, 2: “o adjetivo ‘exclusivo’ (...) não tem o sentido absoluto que talvez se lhe queira emprestar. Pode-se pensar em permissão de edição da mesma obra a dois ou mais editores embora isso leve à concorrência. Tem-se chamado ao contrato de edição sem exclusividade *contrato de licença*.”

Outra, que teve mais aderência, é a que Pedro Vicente Bobbio defende: passando a identificar por completo a cessão à compra-e-venda, a reputa não ser efeito do contrato de edição, justamente por não versar ele sobre todas as outras modalidades de exploração⁹⁹. Dessa perspectiva é que ele reinterpreta o art. 1.349: “Não é que o autor não possa dispôr ‘da obra’; não pode dispôr do direito de edição da obra”¹⁰⁰. Dessa redução dos efeitos, resulta a seguinte tipologia dos efeitos dos possíveis contratos sobre direitos de autor, em que já aparecem os que só seriam incluídos nas LDA/73 (*cessão total e cessão parcial*) e LDA/98 (*concessão ou licenciamento*), respectivamente, *e, d e c*:

- a) Encomenda do autor ao editor considerado tão somente como empresário industrial e pago pelo autor;
- b) Empreitada combinada entre autor e editor, pela qual este obriga-se a publicar e vender, contra retribuição contratualmente determinada e paga pelo autor;
- c) **Concessão do autor ao editor**, para que este publique a obra e venda a edição, tudo a seu risco e custa; sendo que a concessão pode ser contratada tanto a título gratuito como a título oneroso para o editor;
- d) **Cessão de autor ao editor**, do direito de edição da obra, mas condições em que as partes fixarem;
- e) **Cessão do autor a terceiro, que poderá ser editor**, de todos os seus direitos patrimoniais ou de um conjunto substancial deles do qual faça parte o direito de edição, nas condições que as partes fixarem. (grifei)¹⁰¹

A partir da LDA/73, estatuto autônomo, desprende-se definitivamente das normas do direito de propriedade, inviabilizando de vez a antiga hipótese de compra e venda, de modo que a *cessão* (total ou parcial) foi instituída modalidade típica de alienação e aquisição derivada de direitos de autor por ato entre vivos (art. 52-56, LDA/73), permanecendo o “licenciamento ou concessão”, porém, órfão de uma definição vinculante. Visto que a doutrina contemporânea nacional vê na edição contrato de concessão exclusiva (na literalidade da lei, é “autorização em caráter de exclusividade”, art. 53, LDA/98), é essencial esclarecer esse ponto. A próxima seção analisará a elaboração dogmática da tripartição dos efeitos dos contratos sobre direitos de autor. A

⁹⁹BOBBIO, 1951, nº 40-45, p. 27-32.

¹⁰⁰ BOBBIO, 1951, nº 40-43, p. 31. E mais adiante: “O contrato é de edição tão somente quando nele o autor concede ou cede ao editor o direito de publicar a obra, reproduzindo-a em exemplares iguais fabricados pelo processo combinado.” (p. 48); Já recentemente, MANSO, 1988, p.48, sobre artigo idêntico presente na LDA/73, art. 69: “essa restrição somente se aplicará àquela determinada e específica maneira de explorar a obra”. Na LDA/98, art. 63, o dispositivo se mantém, determinando caber ao editor o ônus da prova da disposição indevida.

¹⁰¹BOBBIO, 1951, nº 53, p. 39.

jurisprudência não será nesse ponto levada em conta por ser muito frágil nas diferenciações entre essas espécies.

2.3. Uma tipologia dos efeitos desses contratos

Na doutrina brasileira, as possíveis contratações de direitos de autor são, em geral, elencadas como que exaustivamente, como se se tratassem de contratos típicos, o que a LDA de fato dá brechas a se pensar. Mais importante me parece encontrar os tipos de efeitos que eles podem ter, esses sim não determináveis a cada vez pela autonomia dos contratantes.

A influência entre nós do professor português José de Oliveira Ascensão, que lecionou no Brasil e escreveu obra de referência a respeito do Direito Autoral permite agora apresentar sua tipologia, mas a exponho para, relativamente o conteúdo, discordar. Ora, não tendo anteriormente acatado a teoria do direito autoral como um direito subjetivo unitário, incoerente seria agora receber a tese da possibilidade de sua oneração em analogia aos direitos reais¹⁰² ao invés de cessões parciais dos poderes ou licenças exclusivas (ainda por se resolver por uma ou aceitar ambas).

Ascensão buscou desenvolver, a partir das características básicas dos contratos do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos português, uma teoria sistemática que se comportasse bem em meio à lei brasileira. Com esse propósito, depois de estabelecer o aspecto estático do direito subjetivo do autor (as faculdades que o compõem), induz do texto legal as três espécies de tráfico *inter vivos* das faculdades do direito patrimonial sob a denominação Variações Subjetivas, subcapítulo III, do Capítulo I - Vicissitudes do Subtítulo II - A Dinâmica, do Título III, que trata do direito subjetivo de autor. É uma tentativa de construção a partir do texto legal das espécies de efeitos dos negócios jurídicos de direito autoral buscando suprir suas inconsistências e imprecisões, para, no Subtítulo III, tratar com clareza de seu aparecimento nos negócios praticados no âmbito da autonomia privada.

Aqui, tem acolhida atipicidade dos contratos sobre obras protegidas pela disciplina especial a, significando que, à exceção das regras de interpretação específicas

¹⁰² MANSO, 1988, p. 29: “A cessão parcial do direito autoral não consiste em uma limitação do direito autoral do cedente, como se fosse uma espécie de concessão exclusiva: trata-se de uma verdadeira alienação, que desfalca o patrimônio do cedente de uma parcela de poderes que a titularidade plena lhe conferia”.

(basicamente, a interpretação restritiva, além das presunções), têm plena vigência todas as normas aplicáveis às relações contratuais do diploma civil¹⁰³. “Não teria, pois, sentido fazer um estudo de conjunto dos negócios jurídicos respeitantes aos direitos autorais – basta dizer que temos aqui aplicações da teoria geral do negócio jurídico”¹⁰⁴.

Para ele, os tipos de contratação possíveis não são *numerus clausus*, pois na determinação de quais faculdades patrimoniais serão cedidas/oneradas ou licenciadas/concedidas é lícito às partes criar as figuras contratuais resultantes de quaisquer combinações. Entretanto, não podem, à semelhança do que se dá com os direitos reais, constituir contratualmente novas modalidades de utilização que aquelas descritas no art. 29 da LDA/98. Assim, “só é possível a constituição, em regime de *numerus apertus*, de direitos derivados que representem formas de gozo parcial da obra literária ou artística, e não a de direitos que tragam vantagens desligadas de uma qualquer forma de exploração. Por exemplo, se a lei não contemplasse o direito de sequência, não seria admissível que as partes o estipulassem”¹⁰⁵.

Partindo da nomenclatura da lei portuguesa, ele separa em quatro modalidades o que era chamado genericamente cessão (esse trabalho foi feito ainda sob a vigência da LDA/73)¹⁰⁶. Quanto à *transmissão*, trata-se da conhecida *cessão total /global*, conceituando-se como alienação de todas as faculdades patrimoniais do direito de autor, sendo perfeitamente possível a reserva de certas faculdades, desde que se as transmita globalmente o autor dá razão à proibição alemã da cessão total ou global, pois que a lei deve “afastar uma liberdade contratual que acaba por se virar contra o autor, que é a parte mais fraca” que tem amiúde de aderir à cláusula de cessão global, acabando por, em nome de uma primeira utilização, renunciar a todas futuras, quando poderia a cada utilização especificar-se sua finalidade¹⁰⁷.

Na *oneração ou cessão parcial (constituição de direito derivado)* concede-se faculdade patrimonial oponível a terceiros, como no contrato de edição¹⁰⁸ (art. 53, §2º LDA/73). Para ele, trata-se bem mais de oneração do direito de autor, que não se

¹⁰³ASCENSÃO, nº 267, p. 361.

¹⁰⁴ASCENSÃO, nº 268, p. 362

¹⁰⁵ASCENSÃO, 1997, p. 363-364.

¹⁰⁶ASCENSÃO, 1997, nº 213, p. 292.

¹⁰⁷ASCENSÃO, 1997, n. 214, p. 293-294. Em 1978, a Lei 6.533, art. 13 proibiu a “cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais” aos artistas e técnicos em espetáculos de diversões, mas ficou adstrita a esse âmbito.

¹⁰⁸ASCENSÃO, 1997, nº 224-225, p. 305-308 (cede-se apenas uma das faculdades, v. art. 53, §2º LDA/73).

desmembra nem se transfere (a exemplo da propriedade) mas constitui poderes ao adquirente que restringem os do cedente¹⁰⁹.

Já a *licença* (direito não exclusivo de utilização)¹¹⁰ diferencia-se da oneração por não ser dotada de exclusividade, apesar de também se referir a uma utilização específica. É por esse motivo que o contrato de edição versaria então sobre uma oneração ao direito de autor (direito absoluto, i.e., oponível) e que a autorização para uma música tocar em rádio é licença (direito relativo, não oponível). Não são a rigor, portanto, de direitos de autor, mas meramente obrigacionais gerais¹¹¹.

Mesmo em Portugal, consta ser Ascensão o primeiro a tentar reconduzir essa classificação, que lá também carecia de definições precisas, às categorias gerais do direito civil de direito real, oneração de direito real e direito de crédito. Insuficiente, porém, por não conseguir corresponder à eficácia que se vê na prática: não se pode negar a existência de licenças exclusivas oponíveis *erga omnes*, não se limitando a efeitos relativos.¹¹² Isso é da maior importância para o propósito aqui, quando formos especificar o caso do contrato de edição.

Do exposto em 1.2., proponho a seguinte tipologia alternativa, que parece funcionar melhor no ambiente jurídico brasileiro¹¹³: (a) efeitos translativos, em que o autor transfere ao cessionário a titularidade dos seus direitos (cessão total); (b) efeito translativo de um ou alguns dos direitos de utilização pública apenas (cessão parcial); (c) efeitos obrigacionais, de licença ou concessão, em que há apenas uma autorização de exercício de um ou de vários desses direitos, com ou sem exclusividade.

3. A EDIÇÃO GERAL NO DIREITO BRASILEIRO

O contrato de edição, enquanto esteve tipificado no CC/1916, foi objeto de linhas, ainda que quase sempre bastante sucintas, de todos os tratadistas do direito civil brasileiro até o seu exílio em lei especial, em 1973, a exemplo de Clóvis Beviláqua¹¹⁴, J. M.

¹⁰⁹ ASCENSÃO, 1997, nº 225, p. 307

¹¹⁰ ASCENSÃO, 1997, nº 226-227, p. 308-310

¹¹¹ ASCENSÃO, 1997, nº 279, p. 377.

¹¹² VICTORINO, 1999, p. 76.

¹¹³ A diferença essencial em relação à tipologia de Ascensão é que aqui a oponibilidade não é a característica especificadora da cessão parcial, que para ele é uma oneração do direito do autor, em relação à licença.

¹¹⁴ BEVILÁQUA, 1976, p. 469-482.

Carvalho Santos¹¹⁵, Arnaldo Wald¹¹⁶, Orlando Gomes¹¹⁷, Pontes de Miranda¹¹⁸ e Caio Mário¹¹⁹. Já no âmbito dos cursos e manuais de contratos em espécie pouco se inovou em relação aos comentários de Beviláqua, em grande parte reproduzidos. A classificação dentro das categorias tradicionais não desperta entre eles debate: todos concordam que se trata de contrato bilateral, consensual, oneroso¹²⁰, *intuitu personae*, podendo ser comutativo ou aleatório, a depender da forma de remuneração¹²¹. Quase todos reproduzem fielmente a enunciação de Beviláqua da existência no contrato de edição de elementos de compra e venda (tanto do manuscrito quanto da obra), de locação (atual prestação) de serviço, quando sob encomenda, de sociedade, sendo, porém, essencial a ele, a chamada cessão do direito de publicação¹²², o que é de grande imprecisão. Da mesma forma, os livros que vieram se dedicando ao longo do século passado sobre o ramo do Direito Autoral, em grande parte, trataram do contrato de edição¹²³.

Há no Brasil apenas três monografias exclusivamente dedicadas ao estudo do contrato: a de Telles Netto, de 1940, a de Fabio Maria de Mattia, de 1975, (que se restringe apenas à obra gráfica impressa em exemplares) e a de Antônio Chaves, de 1988 (que inclui a edição musical).

Costuma-se falar nesses textos em sentido amplo e restrito de edição, o primeiro no sentido de multiplicação e difusão em exemplares, o segundo incluindo apenas a edição gráfica em forma de livro, sendo esse o “sentido próprio”. De fato, historicamente assim se pode conceber, mas uma tal distinção carece de funcionalidade se o direito pretende se adaptar às realidades que regula. Ao vocabulário jurídico só é dado divergir do vocabulário comum, onde busca suas palavras, quando isso se dê em nome da busca

¹¹⁵ SANTOS, 1958, p. 425-450.

¹¹⁶ WALD, 1969, p. 361-367.

¹¹⁷ GOMES, 2007, p. 402-405.

¹¹⁸ MIRANDA, 1984, v. XLIV.

¹¹⁹ PEREIRA, 2003, n° 262.

¹²⁰ Pontes de Miranda (1984, t. XLIV, §4.828, 3, p.323) é o único que discorda, dizendo não ser a retribuição pressuposto necessário do contrato, o que só se pode dizer da “promessa de editar e da entrega do bem incorpóreo para edição”, pois o editor “adquire o direito de editar porque se vincula a usar de certo modo o bem incorpóreo”.

¹²¹ BEVILÁQUA, 1896, §155, p. 377; ORLANDO, 1939, p. 84; GOMES, 2007, p. 494; RIZZARDO, 2008, p. 1182; GAMA, 1980, p. 266; MENDONÇA, 1957, n. 246; NADER, 2013, p. 459; FRANÇA, 1988, p. 821; MANSO, 1995; DINIZ, 2011, P. 673.

¹²² BEVILÁQUA, 1896, §155, p. 377; nos mesmos termos, por exemplo, NADER, 2013, p. 459; FRANÇA, 1988, p. 821; GOMES, 2007, p. 493.

¹²³ ORLANDO, 1939, p. 84-89; ASCENSÃO, 1997, n. 282-295, p. 380-399; FRAGOSO, 2009, p. 267; BITTAR, 2014, p. 114-116; AFONSO, 2009, 90; OLIVEIRA E SILVA, 1956, p. 26.

por uma linguagem técnica e clara; não é o caso quando se prenda a seus antigos conceitos como uma finalidade em si.

3.1. Classificação nas categorias dogmáticas

Quanto à colocação dentro das classificações tradicionais, cabem alguns comentários. É contrato **bilateral** porque, enquanto uma parte se obriga a reproduzir e divulgar uma obra, a outra se obriga a conservar a exclusividade de exploração da obra¹²⁴, i.e., não autorizar um terceiro a utilizá-la com esse fim. Entendo, assim, que o objeto da edição não é a obra em si, mas o comportamento a que editor e autor se obrigam¹²⁵.

É **consensual** porque sua formação e sua conclusão se dão com o só acordo das partes, surgindo a partir daí todas as obrigações principais e acessórias. Uma única exceção poderia ser a edição de obra futura (art. 54¹²⁶) em que, por si só, não se operam desde já os efeitos do contrato, mas apenas quando tenha o autor cumprido sua obrigação inicial de produção da obra. Mesmo neste caso, esta obrigação já constitui o contrato devidamente formado e perfeito, só restando suspensas as do editor.

É **oneroso** por pressupor a remuneração do autor contratante, que pode se dar tanto na forma de pagamento de uma quantia fixa no momento da conclusão, ou na forma de uma remuneração associada ao montante resultante da exploração econômica levada a cabo pelo editor na forma de percentuais. Nesses casos é que se costuma dizer que é aleatório, e não comutativo. Entendo que para o editor será sempre aleatório, entretanto.

É também contrato de **prestação continuada**, já que as prestações são únicas e ininterruptas, ainda que a remuneração percentual obedeça uma periodicidade ajustada entre as partes. Nosso direito legislado não o reveste da exigência de formalidade para sua formação e conclusão, sendo, pois **não solene**, apesar de que se possa cogitar que

¹²⁴ Para outros direitos, dentre eles o português, a obrigação principal do autor é, na verdade, um pouco mais ampla “proporcionar ao editor os meios necessários ao cumprimento do contrato” (art. 89, 1, do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos). Daqui decorre a recorrente analogia com o contrato de locação, no qual o locador tem a obrigação de assegurar o gozo da coisa para os fins a que se destina. (MANSO, 1988, nº 41, p. 47). Não me parece uma analogia proveitosa, pois em nada se assemelha a obrigação principal do locatário à do editor, a primeira sendo pagar o aluguel, a segunda explorar a obra.

¹²⁵ O que leva a concebê-lo como contrato de eficácia obrigacional, nos termos em que definido por ROPPO, 2009, p. 213; COUTO E SILVA, 2006, p. 71.

¹²⁶ Art. 54. Pelo mesmo contrato pode o autor obrigar-se à feitura de obra literária, artística ou científica em cuja publicação e divulgação se empenha o editor.

“pelas minúcias da regulamentação pode[ría]mos concluir que os fins colimados pelo legislador pressupõem que o contrato seja por escrito.”¹²⁷

O caráter *intuitu personae* que se costuma a ele atribuir, ainda que subsista a característica colaborativa entre autores e editores, deve ser mitigado no âmbito da prática empresarial, em que toma caráter mais objetivo, “onde já não predomina a figura do editor individual mas a da pessoa colectiva com fins lucrativos”¹²⁸. Legislativamente não há qualquer impedimento à cessão da posição contratual ou dos direitos constituídos para o editor sem o consentimento do autor e, na prática, é frequente a subedição e a transmissão dos direitos do editor em caso de sucessão empresarial sem consulta, perdendo o autor o controle sobre o caminho da obra. Se há de fato essa pessoalidade do contrato, ela é, como se costumava dizer, de *lege ferenda*¹²⁹.

Uma última característica encontrada na prática desses contratos, derivada da assimetria de informação, experiência e poder entre os contratantes, é a de se tratarem de contratos **de adesão**. Esse é já tradicionalmente um motivo assentado para a determinação pelo direito de parte do conteúdo dos negócios jurídicos, resultando em restrições da autonomia das vontades quando uma classe de contratantes tem poder fático de fixação unilateral das condições do vínculo¹³⁰.

Há, por fim, direitos decorrentes da tutela da personalidade (art. 24/LDA), tipificados e individualizados pela lei, que terão especial relevância no desenvolvimento da relação contratual de edição: (a) o direito de ter seu nome, pseudônimo ou sinal indicado na obra como sendo o do autor (inciso II) que se explicita: *Direito-pretensão* correlativo a um *dever* do editor de indicar e anunciar o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor a cada utilização (o art. 108, LDA/98, imputa sanções ao

¹²⁷ MATTIA, 1975, p. 68.

¹²⁸ VICTORINO, 1999, p. 101-102 e 174-179.

¹²⁹ Ver discussão no ponto III, 1.5. No caso de sucessão empresarial, além disso, a titularidade não volta para o autor. Tomo por exemplo o álbum *Confusão urbana, suburbana e rural*, do instrumentista Paulo Moura. Na especificação das faixas, no encarte da remasterização de 2004, todas as músicas que são do próprio Paulo Moura (faixas 3, 4, 8 e 10) aparecem como sendo da titularidade (portanto, houve cessão) da BMG MUS. PUBL. BRASIL, ou seja, a editora ligada à BMG, sucessora empresarial da RCA Victor. Em 2008, a gravadora, que já era àquela altura em parte do grupo alemão Bertelsmann e em parte da japonesa Sony Music, tornou-se definitivamente Sony Music, alienada a parte dos alemães. Atualmente, a Sony é a titular dos direitos patrimoniais dessas quatro composições (além é óbvio, daqueles de seus fonogramas). Caso não venham a ser reivindicados em juízo pelos herdeiros de Paulo Moura, a tendência é que permaneçam atrelados ao patrimônio da Sony até sua entrada em domínio público, estando qualquer utilização formalmente condicionada a autorização expressa da multinacional.

¹³⁰ COUTO E SILVA 2006., p. 30.

descumprimento desse dever¹³¹). (b) Direito de assegurar a integridade da obra, opondo-se a modificações ou à prática de atos que possam prejudicá-lo ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra (inciso IV): Direito-pretensão correlativo ao dever do editor de não modificar a obra sem a concordância do autor. (c) Direito de modificar a obra (inciso V): Poder de ter modificada a obra nas próximas utilizações correlativo da sujeição do editor, constituindo-se direito-pretensão correlativo ao dever do utilizador de introduzir as modificações solicitadas. (d) Direito de retirar de circulação ou suspender utilização autorizada quando implique afronta à sua reputação e imagem (inciso VI): *Poder*, correlativo à *sujeição* do editor, de constituir *direito-pretensão* correlativo ao *dever* do editor de retirar de circulação a obra.

Quanto à sua eficácia, já vimos ser obrigacional de concessão. Resta agora, nos perguntar a respeito de sua oponibilidade ou não a terceiros.

3.2.A questão da oponibilidade a terceiros

Todos os autores mais antigos do nosso direito, acima citados, carregam a noção novecentista da edição como contrato à imagem e semelhança da compra e venda, como já notamos¹³². Isso por conceberem a venda civil como contrato típico de transmissão de quaisquer bens, e não apenas de coisas, da mesma forma como a propriedade podia ser o direito de domínio sobre bens incorpóreos. É assim que também chamariam venda o que hoje chamamos cessão de crédito, cessão de direitos hereditários, ou mesmo cessão da posição contratual.

De Telles Netto¹³³ é a primeira monografia que tratou especificamente do contrato e também é o primeiro que tenho notícia a contestar entre nós o paralelo com um contrato civil de transmissão de propriedade. Nessa oportunidade, criticou a definição legal dada pelo Código então vigente¹³⁴, por fazer transparecer pendência da legislação aos

¹³¹ Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma: I - tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos; II - tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor.

¹³² VICTORINO, 1999, p. 107.

¹³³ NETTO, 1940.

¹³⁴ Código Civil de 1916, Art. 1.346. Mediante o contrato de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir mecanicamente e divulgar a obra científica, literária, artística, ou industrial, que o autor lhe confia, adquire o direito exclusivo a publica-la, e explora-la.

interesses do editor, ainda que importantemente reconhecesse a reprodução e divulgação da obra como obrigação do editor¹³⁵, propondo a sua, junto a uma série de normas, algumas aproveitadas, mais tarde, na Lei 5.988/73:

Entende-se por contrato de edição aquele pelo qual o autor, seus herdeiros, ou representantes legais se obrigam a fornecer a um editor obra concluída, por concluir, ou por fazer, e este último se obriga a reproduzi-la e lançá-la no mercado, mediante um preço estipulado, adquirindo o direito exclusivo de publicá-la e explorá-la por determinado tempo.¹³⁶

Ao contrário da definição de Clóvis, que falava, de maneira confusa, em uma cessão do direito de edição, a definição de NETTO deixa bastante claro um direcionamento a reconhecer um caráter puramente obrigacional do contrato, não havendo translação de direitos. Isso Pedro Orlando também já havia expressado¹³⁷:

o editor tem, somente, um direito de utilização dentre de certos limites; não é, como se pensava outrora, um sucessor. (...) Além disso, o direito do editor está ligado a importantes obrigações, de modo que ele somente o pode alienar, dando segurança suficiente do cumprimento dessas obrigações.

Quanto aos efeitos, hoje não se discute mais que sejam de concessão ou licença exclusiva, em especial por força do estudo de Eduardo Vieira Manso (1988), que, dividindo os contratos de direitos autorais em contratos de cessão e de licença, colocou a edição como paradigma dos segundos, o que vem sido repetido em diversos manuais, de certa forma buscando retomar a concepção de Telles Netto, que à época era minoritária.

Porém, uma vez mais, tenta-se destrinchar essa *exclusividade* da licença presente na edição: em resumo, ela obriga apenas o concedente ou a coletividade? Isso só é perceptível com clareza no plano processual, ou seja, quando haja uma edição concorrente, independente de ser autorizada pelo autor, terá o editor legitimidade ativa para contestá-la em juízo? Em outras palavras, esse contrato tem efeitos exclusivos, ou também absolutos? Ainda que o STJ não tenha tido oportunidades de examinar a questão, em sede de agravo de instrumento contra decisões que negaram o seguimento de recursos especiais em casos envolvendo edições de terceiros não autorizadas, ela apareceu de canto. Selecionei duas: primeiro, o Agnº 1.003.937 - RJ (2008/0004638-7), decisão monocrática do Ministro Aldir Passarinho Junior, de 04/08/2008. No caso, o REsp. não

¹³⁵ NETTO, 1940, p. 105.

¹³⁶ NETTO, 1940, p. 107.

¹³⁷ ORLANDO, 1939, p. 70.

foi recebido pela necessidade de reexame de matéria fática. Porém, abordou-se a questão da legitimidade:

DIREITO AUTORAL. CONTRATOS DE CESSÃO DE OBRAS MUSICAIS, COM EXCLUSIVIDADE, PARA PUBLICAÇÃO, EXPLORAÇÃO E DIVULGAÇÃO. A EDIÇÃO DESSAS OBRAS POR TERCEIRO CARACTERIZA CONTRAFAÇÃO, PELA REPRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA. A CESSIONÁRIA TEM LEGITIMIDADE PARA INTEGRAR O PÓLO ATIVO DA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. NÃO SE CONHECENDO O NÚMERO DE EXEMPLARES QUE CONSTITUEM A EDIÇÃO FRAUDULENTA, O TRANSGRESSOR DEVE PAGAR O VALOR DE TRÊS MIL EXEMPLARES.

O segundo caso é o agravo de instrumento 822.834 - RS (2006/0190824-1), decisão da Ministra Nancy Andrighi, 18.12.2006, negando de novo o seguimento por não poder reexaminar questão de fato (Sumula 7), mas segundo o acórdão recorrido, “Pelo que se depreende, o **contrato de Edição** não se configura um contrato de cessão total de direitos autorais, portanto, **as Editoras**, ora demandantes, **não possuem legitimidade para requerer indenização**, quando quem a detém são os autores, esses titulares dos direitos supostamente violados.”

Evidente que isso está muito longe de poder ser chamado jurisprudência. Mas faz emergir um entendimento de vigor constante também na doutrina¹³⁸: apenas na transmissão de titularidade há oponibilidade contra terceiros. Isso talvez seja um ponto da maior importância nos departamentos jurídicos das empresas editoras na hora de eleger o tipo contratual, de modo que aqui, como em muitos casos, a construção da maior liberdade do compositor nesse contexto pode passar pela flexibilização do tratamento jurídico-positivo dos acordos. Ora, na busca de estabilidade e segurança para o negócio, que, comercialmente dependente do sucesso mínimo entre o público das obras que põe à sua disposição, é ponto essencial a possibilidade de acionamento processual dos contrafactores das obras de cuja exploração está diretamente encarregado.

A própria lei, no entanto, parece resolver a questão. Ora, quando, a literalidade do art. 63, §1º, LDA/98 (mesma redação do art. 69, parágrafo único, LDA/73) determina que, durante a vigência do contrato, “assiste ao editor o direito de exigir que se retire de circulação edição da mesma obra feita por outrem”, que mais se pode cogitar existir aqui que verdadeira oponibilidade *ex lege* de direito pessoal tanto quanto no caso da

¹³⁸ MANSO, 1988, p. 42, reputava não oponível o contrato de edição, trazendo precedente do TJ-RJ em que não se reconhecia litisconsórcio entre a editora e autor.

preferência do locatário (art. 33, Lei 8.245/91¹³⁹)? Que mais é um “direito de exigir” que legitimidade processual ativa para fazer valer um direito exclusivo, enfim, eficácia além-partes? Essa norma inexplicavelmente negligenciada nos poupa de qualquer malabarismo e podemos então falar do contrato de edição como um contrato de licença, portanto meramente obrigacional, mas oponível a terceiros¹⁴⁰.

4. A DISCIPLINA POSITIVA DA EDIÇÃO NA LEI 9.610/98

Como última seção deste capítulo, servirá essa exposição do regime legal da edição de reboque para a investigação das características específicas da edição musical propriamente dita. Incluirei, neste movimento, os artigos referentes à cessão, pois, como nosso sistema positivo a permite, no âmbito da atividade editorial – e ainda é de larga utilização, como será visto nos exemplos examinados à continuação – considerarei contrato de edição *lato sensu* tanto aquele tipificado como edição quanto aquele em que se dê cessão dos direitos, em especial porque em nenhum dos casos há cessão de forma pura e simples, mas nascem obrigações para o editor tanto quanto na edição *stricto sensu* (ver, abaixo, item III, 1). Entendendo o desenvolvimento das obrigações do contrato como um processo, não estão incluídas abaixo apenas as normas que dizem respeito à formação do contrato, mas a todo o trajeto que percorre o vínculo. A pergunta que faço, e que voltarei a fazer no final do trabalho é se, para fins de edição não é possível unificar essas duas distintas regulações.

4.1. Normas cogentes¹⁴¹

(a) Quando se engajam num vínculo (socialmente tido por) editorial, os indivíduos que pretendam eventualmente fazer valer esse contrato um contra o outro ou contra terceiros por meio de tutela jurídica, não se veem obrigados a formalizar essa relação em um instrumento escrito, nascendo, do seu acordo, a situação de direito para eles, que se

¹³⁹ Art. 33. O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.

¹⁴⁰ ASCENSÃO, 1997, nº 238-240, p. 322-325: os “terceiros” aqui, evidentemente, não são apenas estranhos, mas estranhos “que praticaram atos aquisitivos de direitos que seriam prejudicados se (...) [o contrato] produzisse efeitos em relação a eles”.

¹⁴¹ PONTES DE MIRANDA, 1984, t. 1, §18, 3, p. 62: “traça os limites da autonomia da vontade”: “A regra jurídica cogente que impõe faz conteúdo o que os figurantes talvez não queiram; a que proíbe, não permite que até aí - vá a manifestação de vontade” (t. XXXVIII, §4.198, 2); ROPPO, 2009, p. 149-150.

sobrepõe à união fática de interesses, chamada contrato de edição. Queiram eles ou não. Basta que um (doravante *autor*) dirija ao outro (doravante *editor*), por exemplo, uma proposta em que prometa autoriza-lo, e a mais ninguém¹⁴², a tirar proveito econômico de criação que tenha objetivado ou pretenda vir a objetivar¹⁴³ de alguma forma, sob a condição de que o outro, dotado de meios suficientes, se empenhe em fazer essa criação circular, a princípio na forma de exemplares em qualquer suporte material, com o auxílio ou não de terceiros (publicar = reproduzir + divulgar)¹⁴⁴. Aceitada a proposta, está, aos olhos do direito, formado e concluído um contrato de edição (ver a ressalva no item 2.1 em relação à solenidade da edição), sem que essas duas partes jamais tenham cogitado da existência de uma norma que assim o previsse.

Mas o contrário também pode se dar: as partes, cientes da existência de um tipo contratual jurídico *edição*, escolhem de comum acordo submeter-se a esse tipo. De novo, por mais que não queiram, no momento em que decidam e de novo concluem o contrato pelo consentimento, algumas condutas estarão a ambas e a cada automaticamente proibidas e outras obrigadas. O indivíduo que, no exemplo, aceitou a proposta, nesses exemplares que venha a responsabilizar-se por produzir, por menos que importe ao outro, deverá fazer constar o título da obra e seu autor (sendo tradução, o título original e o nome do tradutor), o ano dessa colocação à disposição do público, além de sinal que identifique a si próprio.¹⁴⁵

(b) Agora, se com esse mesmo propósito, objetivamente e socialmente reconhecível, a parte aceitante resolvesse que todo o controle econômico (permissão e proibição de uso) que a parte proponente (*autor*) exercia sobre o bem por ela criado fosse por si exercido, podendo então acionar um órgão jurídico e ser atendido no que viesse a ser violado, então, aceitando aquele proponente a nova proposta, teriam eles, remanescendo esse objetivo (ser eventualmente tutelados em juízo), de descrever por

¹⁴² Art. 63. Enquanto não se esgotarem as edições a que tiver direito o editor, não poderá o autor dispor de sua obra, cabendo ao editor o ônus da prova. (mesma redação da LDA/73, art. 69 e do CC/2002, art. 1.349).

¹⁴³ Art. 54. Pelo mesmo contrato pode o autor obrigar-se à feitura de obra literária, artística ou científica em cuja publicação e divulgação se empenha o editor.

¹⁴⁴ Art. 53. Mediante 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 com o autor.

¹⁴⁵ Art. 53. Parágrafo único. Em cada exemplar da obra o editor mencionará: I - o título da obra e seu autor; II - no caso de tradução, o título original e o nome do tradutor; III - o ano de publicação; IV - o seu nome ou marca que o identifique. Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito (...).

escrito esse acordo, não sendo todavia obrigatório levarem a um órgão público,¹⁴⁶ e nesse documento escrito deveria constar o que passa ao controle da parte editora, em que âmbito espacial ele valerá, quanto tempo durará e quanto pagará.¹⁴⁷ Essa transmissão do poder de controle (titularidade) não poderá dizer respeito àquilo em que a obra, para o direito, se relacione diretamente com a personalidade do cedente¹⁴⁸.

No primeiro caso (*a*) tratávamos do contrato de edição tipificado na LDA/98; no segundo (*b*), do contrato de cessão também nela feito típico. Por serem ambos operações econômicas verificáveis em larga escala ao longo de vários anos e com características constantes, legislou-se sua disciplina procurando adequar-se à forma com que “normalmente se apresentem na prática, ditando, por isso, soluções de conflitos de interesses inspirados em critérios de razoabilidade e de tendencial equilíbrio entre as posições das partes; aquela, em suma, que se diz a *justa regra do caso médio*”.¹⁴⁹

O contrato já introduzido e que estudaremos com mais profundidade a seguir, ainda que possamos identifica-lo como sendo externamente reconhecido como designado ao mesmo propósito para as partes e com a mesma função para a sociedade (a difusão e promoção do acesso a obras musicais), costuma se manifestar ora sob as condições do primeiro ora sob as do segundo.

Se se manifeste na forma (*a*), o indivíduo agora constituído nessa relação *editor*, não poderá distribuir gratuitamente a obra, exigindo a lei que cada exemplar tenha um preço de venda, que é sua incumbência decidir, devendo essa decisão ser corrigida quando se perceba que esteja prejudicando o objetivo do acordo inicial.¹⁵⁰ Da mesma forma, não

¹⁴⁶ Art. 49, II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita. § 1º Poderá a cessão ser averbada à margem do registro a que se refere o art. 19 desta Lei, ou, não estando a obra registrada, poderá o instrumento ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos. Essa averbação, na LDA/73 era requisito para a cessão valer (*sic*) contra terceiros (§1º, art 53). ASCENSÃO, 1997, nº 238-240, p. 322-325: por adquirirem os terceiros de boa-fé a título oneroso, teriam prevalência sobre a cessão já operada, apesar de válida. Para o autor, esse sistema afetaria a segurança jurídica, pois que, sendo impossível a usucapião no direito de autor, mera omissão registral teria a desproporcional consequência a perda do direito (p. 324). Retoca o texto legal: o registro é condição da *eficácia*, pois não há validade relativa (perante terceiros) (p. 325).

¹⁴⁷ Art. 50. § 2º Constarão do instrumento de cessão como elementos essenciais seu objeto e as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço.

¹⁴⁸ Art. 49. I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei.

¹⁴⁹ ROPPO, 2009, p. 148.

¹⁵⁰ Art. 60. Ao editor compete fixar o preço da venda, sem, todavia, poder elevá-lo a ponto de embaraçar a circulação da obra.

será facultado a ele remunerar ou não o *autor*, nem que o último a isso renuncie,¹⁵¹ e se decidirem que esse pagamento será proporcional àquelas vendas, terá ele de prestar suas contas mensalmente.¹⁵² A cada passo desses, o autor deverá estar sendo informado¹⁵³. O autor, por sua vez, estará obrigado a não celebrar contrato idêntico referente à mesma obra com um terceiro, e, caso o faça, o editor poderá recorrer a uma autoridade que deverá restituir sua exclusividade¹⁵⁴. Não poderão também decidir que o prazo que ele terá para pôr a obra em circulação seja indeterminado¹⁵⁵, o que, caso se conserve, será substituído por dois anos, ao fim dos quais, mantida a situação, o vínculo poderá ser declarado extinto, devendo o editor indenizar¹⁵⁶. Se quando acordaram, decidiram já na formação e conclusão que o vínculo teria duas fases iguais (duas edições), a mesma situação se der, mesmo insistindo o autor, ele igualmente deverá indenizar¹⁵⁷. Decorrido certo tempo de exploração, (um ano) e tenham remanescido aqueles exemplares não vendidos, o editor pode reduzir o preço de venda inicial, mas durante um mês a prioridade dessa aquisição será do autor.¹⁵⁸ Por fim, mesmo que o editor não cumpra sua obrigação de associar a obra ao nome do editado, não há presunção de anonimato ou cessão¹⁵⁹. Justamente quando ocorra essa – a cessão – (*b*), é proibido às partes estipular sobre modalidade de utilização ainda inexistentes¹⁶⁰, e é obrigatório que, no caso de se referirem a obras futuras, elas se limitem ao prazo de cinco anos.

¹⁵¹ Art. 57. O preço da retribuição será arbitrado, com base nos usos e costumes, sempre que no contrato não a tiver estipulado expressamente o autor. (equivale à presunção de onerosidade da cessão, já que só não será arbitrado o preço no caso de haver o autor expressamente renunciado).

¹⁵² Art. 61. O editor será obrigado a prestar contas mensais ao autor sempre que a retribuição deste estiver condicionada à venda da obra, salvo se prazo diferente houver sido convencionado.

¹⁵³ Art. 59. Quaisquer que sejam as condições do contrato, o editor é obrigado a facultar ao autor o exame da escrituração na parte que lhe corresponde, bem como a informá-lo sobre o estado da edição.

¹⁵⁴ § 1º Na vigência do contrato de edição, assiste ao editor o direito de exigir que se retire de circulação edição da mesma obra feita por outrem.

¹⁵⁵ Art. 62. A obra deverá ser editada em dois anos da celebração do contrato, salvo prazo diverso estipulado em convenção.

¹⁵⁶ Art. 62. Parágrafo único. Não havendo edição da obra no prazo legal ou contratual, poderá ser rescindido o contrato, respondendo o editor por danos causados.

¹⁵⁷ Art. 65. Esgotada a edição, e o editor, com direito a outra, não a publicar, poderá o autor notificá-lo a que o faça em certo prazo, sob pena de perder aquele direito, além de responder por danos.

¹⁵⁸ Art. 64. Somente decorrido um ano de lançamento da edição, o editor poderá vender, como saldo, os exemplares restantes, desde que o autor seja notificado de que, no prazo de trinta dias, terá prioridade na aquisição dos referidos exemplares pelo preço de saldo.

¹⁵⁹ Art. 52. A omissão do nome do autor, ou de co-autor, na divulgação da obra não presume o anonimato ou a cessão de seus direitos.

¹⁶⁰ Art. 49. V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;

4.2. Normas dispositivas¹⁶¹

Quanto à delimitação do prazo da edição, se as partes não acordarem um prazo ou uma “quantidade de edições”, ele será aquele necessário para se exaurir uma edição (reprodução de três mil exemplares)¹⁶². O prazo mínimo para que se dê início à execução do contrato, se não estipulado contratualmente, será de dois anos.¹⁶³

No caso de a cessão não ter prazo definido pelas partes, restringe-se a cinco anos¹⁶⁴. Se não se determine seu âmbito de vigência espacial, é limitado ao país em que concluído o contrato¹⁶⁵. Por fim, não se definindo as partes se ela se operará a título gratuito ou oneroso, a lei elege supletivamente a onerosidade¹⁶⁶.

4.3. Normas interpretativas¹⁶⁷

No caso (a), para que o editor comece a reprodução, no caso de ser necessário o autor dar-lhe algum suporte material dessa obra, e ao invés de um ensaio sobre azulejos portugueses, como acordado, lhe chegasse um tratado sobre lajotas portoalegrenses, decorrido um mês, estaria compreendido ter ele aceitado essas novas circunstâncias seguir vinculado nos mesmos termos¹⁶⁸.

Há ainda as já comentadas normas de interpretação restritiva¹⁶⁹, uma geral e uma sobre as modalidades de utilização da obra contratada, que vincula o intérprete à finalidade do negócio¹⁷⁰.

¹⁶¹ PONTES DE MIRANDA, 1984, t. III, §250, 1. “ São normas para se encher vazio de declaração ou de manifestação de vontade”, “isto é, estabelece que se entenda disposto a se não foi disposto não-a” (t. III, §256, 4). “Somente incide, se os interessados não regravaram os seus interesses, no tocante ao suporte fático” (t. I, §18, 2) e “há pontos sobre os quais seria de esperar-se que os figurantes manifestassem vontade e não manifestaram” (t. XXXVIII, § 4.197, 5).

¹⁶² Art. 56. Entende-se que o contrato versa apenas sobre uma edição, se não houver cláusula expressa em contrário.

¹⁶³ Art. 62. A obra deverá ser editada em dois anos da celebração do contrato, salvo prazo diverso estipulado em convenção.

¹⁶⁴ Art. 49. III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos.

¹⁶⁵ IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário.

¹⁶⁶ Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa

¹⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, 1984, t. I, 4 “é a regra jurídica que somente incide, se o sentido daquilo, que o interessado ou os interessados estabeleceram, é duvidoso” “[não] busca o que o figurante queria ou o que os figurantes queriam. A lei diz o que êle quis, ou o que êles quiseram.” (t. XXXVIII, § 4.199, 2)

¹⁶⁸ Art. 58. Se os originais forem entregues em desacordo com o ajustado e o editor não os recusar nos trinta dias seguintes ao do recebimento, ter-se-ão por aceitas as alterações introduzidas pelo autor.

¹⁶⁹ Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.

¹⁷⁰ VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato

5. CONCLUSÕES PARCIAIS

Neste capítulo, defendi que a disciplina especial destinada aos contratos sobre bens intelectuais, aí incluídas as obras musicais, refere-se, à diferença dos direitos especiais protetivos, às especificidades dos direitos conferidos pelo ordenamento sobre esses bens. Esses direitos é que são objetos dos contratos (2.1).

À continuação, busquei na história da legislação brasileira e dos comentários sobre ela, determinar os efeitos do contrato de edição em sentido amplo (2.2). Concluí que os efeitos dos contratos sobre direitos de autor podem ser de três tipos: a) translativos (direitos em globo); b) parcialmente translativos (apenas alguns direitos) ou c) efeitos obrigacionais de licença ou concessão (2.3) e que o contrato de edição, depois de discutir brevemente a sua colocação nas categorias dogmáticas dos contrato (3.1) da forma como é hoje no Brasil compreendido, tem eficácia obrigacional, sendo oponível, porém, a terceiros (3.2).

Em seguida, expus com hipóteses a disciplina legislada desse contrato, atentando para a separação entre normas cogentes, dispositivas e interpretativas (4). Nesse ponto, incluí as normas relativas à cessão de direitos autorais, por ser contrato praticado mais que a própria edição, mas reconhecidas ambas pelos agentes e pela sociedade como participantes de uma mesma função econômico-social. Foi possível constatar que ambos são praticáveis, e que as diferenças entre sua disciplina positiva são, essencialmente que a cessão, por ser translativa de direitos, pode ser definitiva (dura até o fim da proteção jurídica do bem transmitido), mas a norma dispositiva, no silêncio, reduz a cinco anos, ao passo que a forma de limitação temporal da edição é o número de edições contratadas, que têm o prazo de dois anos para iniciarem. A ambos tipos aplica-se a norma de interpretação restritiva, que, na prática, tem significado a limitação da contratação aos direitos explicitamente enunciados na conclusão do contrato.

Relacionando agora com o visto em (1.2) podemos sugerir que cessão e edição não estiveram sempre separados e que, com efeito, a cessão já foi a forma jurídica por excelência da edição, o que o Código de 1916 permitia que se desse, o que só foi definitivamente eliminado com o sancionamento da LDA/73. Todavia a cessão prosseguiu e prossegue sendo o tipo contratual eleito pelas partes. É o que veremos na prática no próximo capítulo.

CAPÍTULO III

DELINEAMENTO JURÍDICO DO CONTRATO DE EDIÇÃO MUSICAL

RAZÃO DE ORDEM: EDIÇÃO MUSICAL *LATO SENSU*

Nenhum instrumento particular de contrato dentre os a seguir analisados, praticados no meio da indústria fonográfica, trata-se de contrato de cessão “pura e simples”, cujos efeitos seriam equivalentes aos de uma compra e venda, isto é, uma vez operada a transferência não remanesceria qualquer obrigação de exploração da obra para o editor. De fato, sendo os cessionários “agentes da difusão”, função social alguma teria a pura e simples alienação dos direitos dos autores a eles senão em contrapartida de um comprometimento com essa difusão¹⁷¹.

Assim, uma alternativa interessante à tradicional separação doutrinária, especialmente em relação às obras musicais, entre edição e cessão, poder ser o tratamento unificado sob uma designação de contrato de edição musical *lato sensu*, albergando todo aquele que se celebre entre editor musical e compositor do qual resultem consequências jurídicas para ambas as partes, sejam elas de eficácia obrigacional ou de eficácia análoga à real (transferência ou oneração da titularidade dos direitos patrimoniais).

A rigor, a natureza dessa eficácia não é tão decisiva assim, já o constatamos no capítulo anterior: pois que em meio aos contratos de licença, chamados frequentemente meramente obrigacionais, os contratos de edição *stricto sensu*, são contemplados por lei com as duas principais características da eficácia “real”, quais sejam, a exclusividade¹⁷² e a oponibilidade *erga omnes*¹⁷³.

Fazendo uso das categorias hohfeldianas¹⁷⁴ de direitos subjetivos, é possível dizer que constituem-se, com a celebração do contrato de edição, três direitos para o editor, por força do *poder* atribuído ao autor para tal: (i) liberdade de explorar economicamente a obra correlativa a um não-direito (do autor ou de qualquer terceiro) de que ele não a

¹⁷¹ DESBOIS, Henri *apud* MANSO, 1988, p. 24.

¹⁷² Lei, 9.610/98, art. 53. Mediante 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 com o autor. e art. 63; Enquanto não se esgotarem as edições a que tiver direito o editor, não poderá o autor dispor de sua obra, cabendo ao editor o ônus da prova.

¹⁷³ Lei 9.610/98, Art. 63. § 1º Na vigência do contrato de edição, **assiste ao editor o direito de exigir que se retire de circulação edição da mesma obra feita por outrem.**

¹⁷⁴ HOHFELD, 1913, p. 30 e ss.

explore; *(ii)* direito correlativo ao dever do autor de não autorizar terceiros a essa idêntica exploração, na vigência do contrato (exclusividade); *(iii)* direito correlativo ao dever geral de abstenção de toda a comunidade em relação a essa mesma exploração.

A lei brasileira, apesar de permitir a cessão dos direitos patrimoniais de autor (art. 49-52, LDA/98), possui mecanismos de exploração econômica por terceiros sem que seja necessária a transferência de direitos patrimoniais do autor: na própria definição desses “direitos”, o texto da lei parece deixar claro que o que contempla é justamente o *poder* de, através de autorizações, constituir direitos sobre a obra objetivamente considerada. É isso que faz o art. 29 da Lei¹⁷⁵ ao condicionar toda utilização patrimonial à autorização prévia e expressa do autor: sujeitar a ele a constituição, modificação e extinção de direitos sobre o objeto imaterial resultante de sua atividade.

Não sendo contrato usual a cessão pura e simples, a única diferença importante entre os efeitos de um contrato de edição, em que se opera uma concessão do exercício de um direito (e que mais isso é que um direito de exercício constituído?), e de um contrato autônomo de cessão, em que há alienação definitiva, é a de que a editora cessionária já não praticará em nome do autor os atos de exploração econômica, mas em nome próprio, e, a princípio, desvinculada dos interesses daquele, o que seria uma consequência grave. Um exemplo bastante claro é a seguinte cláusula de contrato de cessão da música “Manhã de Carnaval”, levado a juízo pelas herdeiras do compositor Antônio Maria, em ação de rescisão que foi provida e confirmada em segunda instância, frente à Editora Euterpe¹⁷⁶:

CLÁUSULA QUARTA – Em consequência da cessão ora contratada, a **EDITORA praticará, em nome próprio, todos os atos necessários à exploração das obras objeto de cessão**, por si ou mediante transferência a terceiros por licenciamentos, concessão, sub-cessão ou quaisquer outros meios admitidos em Direito, fixando preço, retribuições, recebendo e dando quitações, efetuando os registros e depósitos que entender convenientes e defendendo os direitos cedidos em juízo ou fora dele no melhor dos esforços e viabilidade. (grifei)

Voltarei a discutir adiante este caso e o entendimento do Tribunal, quando tratar da cláusula de remuneração. Por ora, tenho por objetivo apenas justificar a unificação, na próxima seção, das cláusulas contidas tanto nos contratos denominados “edição musical”

¹⁷⁵ É o caso do direito de edição: Lei, 9610/98, Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: II – edição.

¹⁷⁶ Apelação Cível 2006.001.59 446 - 15ª Câmara Cível– Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rel Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz, jugado em 13.02.2007.

quanto naqueles denominados “cessão de direitos autorais”, porque se confundem na prática, justamente por se celebrarem entre as mesmas classes de sujeitos e serem dotados da mesma finalidade¹⁷⁷. Mais que isso, do ponto de vista da função social, identidade de um contrato no nosso direito positivo, identificam-se naquela da promoção do acesso público à produção cultural musical. Procedo à continuação, portanto, à sistematização das cláusulas recorrentes no contrato de edição musical *lato sensu*. Esta posição é provisória, e ao final do estudo a testaremos, de posse do conhecimento das cláusulas recorrentes, da estrutura da disciplina positiva, a possibilidade dessa unificação conceitual, inspirada no tratamento prático que lhe é dado.

1. CLÁUSULAS RECORRENTES

As cláusulas a seguir examinadas são as que identifiquei constarem com mais frequência nos contratos de edição musical ou de cessão. Boa parte das cláusulas as encontrei isoladas em casos judiciais em que eram especificamente discutidas. Os únicos instrumentos integrais a que tive acesso foram: **(A)** os dois contratos-tipo da década de 1950 da União Brasileira dos Compositores, que exigia para regular as relações de compositor sócio seu com editor não-sócio a celebração de “contrato de edição” e para regular as relações de compositor sócio com editor sócio, “contrato de cessão”¹⁷⁸; **(B)** “contrato de direitos autorais” assinado por Lupicínio Rodrigues e SULBRASILEIRA EDIÇÕES MUSICAIS LTDA, datado de 1972¹⁷⁹; **(C)** “contrato de edição e mandato” disponibilizado pela editora Dallas Music em sua página *web*, datado de 2008¹⁸⁰; **(D)** modelo de “contrato de cessão de direitos autorais para edição musical”, consolidado por Marcelo Carvalho de Oliveira, em trabalho de 2010 que estudou a história e as práticas negociais do selo musical GRV¹⁸¹, doravante referidos pelas respectivas letras.

¹⁷⁷ “No caso, essa distinção [entre edição e cessão] não tem relevância, uma vez que o vínculo em exame consubstancia ambas as hipóteses para quais são válidos os mesmos princípios.” (Apelação Cível n. 239.253.1/6 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP Rel. Des. Cesar Lacerda, julgado em 14.05.2001). “no contrato de exploração da obra musical os efeitos práticos da cessão e da edição se confundem.” (DUVAL, *circa* 1960, p. 341.)

¹⁷⁸ Exemplos colhidos em DUVAL, 1956, p. 185-158.

¹⁷⁹ Colhido em OLIVEIRA, 2002, anexo, p. 20-21.

¹⁸⁰ Disponível em <http://www.clubedocompositores.com.br/dallasmusic/dallas_home.html>, acessado em 05.11.2015.

¹⁸¹ OLIVEIRA, 2010, Anexo I.

1.1. Cláusula (ou preâmbulo) de definição do objeto do contrato

A cláusula que define o objeto do contrato, independentemente de esse objeto se tratar de cessão ou concessão (edição propriamente dita), expressa-o em termos bastante similares em todos os exemplos coletados. Compare-se os seguintes exemplos, o primeiro extraído de (C) e o segundo extraído de (D):

2) O(s) AUTOR(es) **concede(m)** à EDITORA, na forma, extensão e aplicação em que o detém(êm), por força das leis e tratados em vigor ou que no futuro vierem a vigorar, o direito exclusivo de publicar e/ou autorizar a publicação por terceiros, através de qualquer processo e em qualquer país do mundo, a(s) obra(s) objeto deste contrato.¹⁸²

I - O AUTOR cede e transfere à EDITORA, na forma, extensão e aplicação em que o detém, por força das leis e tratados em vigor ou que no futuro venham a vigorar, o direito exclusivo de publicar e/ou autorizar a publicação por terceiros da obra musical ou lítero-musical supracitada, de sua autoria e propriedade, com o respectivo texto poético, através de qualquer processo e em qualquer país do mundo. (grifei)

Trata-se, como se vê, de texto similar, atestando preliminarmente indícios de práticas contratuais de fato compartilhadas pelos diversos agentes da indústria da música e também do direcionamento tanto da cessão quanto da concessão à mesma função. Faço notar já, também, que da expressão textual de ambas as cláusulas, tudo leva a crer que estamos diante de contrato *consensual* e, ademais, *translativo* ou *constitutivo*, dada a performatividade de seu enunciado: quando os contratantes dizem que o autor *cede* ou *concede*, opera-se nesse exato momento essa translação de direitos ou concessão de seu exercício¹⁸³, por sua só enunciação¹⁸⁴. Não remanesce uma obrigação de entregar coisa, e não necessariamente porque a entrega de um bem imaterial como é a obra musical é impossível – poderia nascer a obrigação de entregar o suporte em que estivesse registrada – mas porque na prática o registro que possibilitava a exploração econômica sempre foi feito (i) pelos músicos contratados pela editora, que transcreviam para o papel a peças, já que grande parte dos compositores não lia ou escrevia partituras; (ii) pela empresa gravadora ligada à editora, que detinha a matriz de gravação, assim que a única função do contrato editorial era a de constituir a titularidade da editora sobre o bem imaterial.

¹⁸² Mesmo texto da primeira cláusula do analisado em Apelação Cível 2005.001.42174, 10ª Câmara Cível TJRJ Rel José Geraldo Antonio, julgado em 21/03/2006.

¹⁸³ Isso é possível por ser conferido ao autor, junto da liberdade (exclusivo) e direito (absoluto) de utilização pública da obra o *poder* de desconstituir o dever de abstenção de quem queira, no caso, o editor.

¹⁸⁴ Ver ALMEIDA, 1992, p. 138.

O nosso sistema legislativo hoje está livre de qualquer possibilidade de incorporação no original da obra (manuscrito entregue à editora) dos direitos sobre a obra identificada como objeto imaterial objetivamente externo ao autor, ao contrário da LDA/73, que em dois casos presumia a cessão da tradição dos suportes físicos de obras de artes plásticas e dos negativos de fotografias (art. 80 e 56), exceções à regra geral do art. 38, pelo qual a aquisição do original não confere qualquer direito de autor.

Um outro ponto a ser notado é o de que o instrumento contratual dentre os apresentados que estipula *cessão*, é bastante incisivo nessa estipulação, ao fazer uso de preposição conjuntiva “e” para ligar termos que, se endossamos a translatividade acima defendida, são sinônimos: “cede e transfere”. É de se temperar que o texto parte de uma perspectiva germanista, em analogia à compra e venda, pela qual a transferência da titularidade só se perfaz com a existência de dois negócios: um negócio jurídico básico e um segundo acordo de transmissão¹⁸⁵. O contrato concluído com o só consenso das partes teria por efeito apenas surgimento de duas obrigações: a de transferir a coisa e a de pagar o preço. Entretanto, no direito brasileiro opera a separação relativa dos planos obrigacional e real, considerando-se nos negócios translativos de direitos a declaração de vontade que numa separação absoluta corresponderia ao acordo de transmissão já codeclarada no negócio obrigacional¹⁸⁶, de modo que na compra e venda a tradição o perfectibiliza. Já no caso da cessão de direitos autorais, eles ficam desde já transferidos, não havendo falar em negócio dispositivo. No mais, por mais que encontrássemos motivos pra essa separação de planos, os dois verbos no presente, no texto da cláusula, põem esses dois distintos movimentos em um mesmo momento contratual, motivo por que me inclino a pensar que, mais do que ser fruto de uma concepção dogmática de fato existente, que separa a constituição das obrigações da transmissão do domínio, é um recurso de linguagem interessado, direcionado a frisar, antes de qualquer coisa, a transferência mais extensa possível à editora do *poder de controle* sobre a obra. Apropriase da linguagem dogmática com o fim de legitimar a nível jurídico (no plano do *dever*

¹⁸⁵PONTES DE MIRANDA, 1984, t. XLIV, §4.828, p. 321: “Se o autor vende, sem transferir, apenas prometeu transferir; e todo o seu vínculo é interior ao direito das obrigações. Com o acordo de transmissão, adimple-se o contrato de compra-e-venda e o registro atribui-lhe eficácia real. Se o contrato não foi translativo do domínio sobre o bem incorpóreo, 3o acórdão não pode ter sido ‘de transmissão’; -ou foi de ‘constituição de direito real limitado’, ou de constituição de direito de edição’, que é pessoal.”

¹⁸⁶ COUTO E SILVA, 2006, p. 52-59.

ser) o poder econômico e político de fato (plano do *ser*) da editora. Em outros instrumentos encontrados, se faz inclusive muito mais escancarado. Por exemplo:

CLÁUSULA PRIMEIRA – O AUTOR, neste ato, **cede e transfere** à EDITORA, **em caráter total, 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, **todos os seus direitos patrimoniais de autor** sobre as obras musicais ou litero-musicais relacionadas em anexo, de sua autoria e titularidade, com o respectivo texto poético em anexo, que também integra o presente, podendo a EDITORA, em caráter de exclusividade, publicá-la e/ou autorizar sua publicação por terceiros, por qualquer forma ou processo¹⁸⁷.

1 . Com a presente **alienação** para a **propriedade** da EDITORA, por **definitiva transferência, todos** os direitos e faculdades que, no seu conjunto, constituem o direito autoral do(s) cedente(s), sobre a obra cedida, **em todos os seus aspectos, manifestações e aplicações** direta ou indiretas, processos de reprodução e divulgação ou extensões e ampliações¹⁸⁸. (grifei)

Acompanhada de toda essa preocupação em frisar não só a alienação, mas seu caráter total e definitivo, um eloquente vazio se faz presente: *não há uma só obrigação imposta ao editor* na cláusula que define o objeto do contrato, isto é, quando se enuncia as obrigações principais. O tipo legal do contrato de edição é claro: “a autorização de publicação e exploração constitui o vínculo, mas o editor, obriga-se “a reproduzir e a divulgar a obra literária, artística ou científica” (art. 53, Lei 9.610): *esta é a obrigação principal do contrato!* E essa divulgação a que ele se obriga nada mais é que a própria causa do contrato, sua função econômico-social¹⁸⁹. Os dois contratos (A), modelos de associação têm a peculiaridade de incluírem obrigação de entrega da obra. Isso também acontece em (B), porém não como obrigação principal, mas claramente acessória. Isso se justificado pelo fato de se tratar de editora (SULBEM) até onde sabemos não ligada a gravadora, o que, se fosse o caso, tornaria essa entrega inteiramente dispensável, pois que o registro regulado pelo contrato de gravação já satisfaria completamente as necessidades da reprodução:

I – O AUTOR concede á EDITÔRA o **direito exclusivo, único e irrevogável** de editar a composição musical de sua autoria e propriedade, com o respectivo texto poético, intitulada

¹⁸⁷ Apelação Cível 2006.001.59 446 - 15ª Câmara Cível– TJRJ - Rel Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz, acórdão, p. 9. Este texto se repete em Apelação Cível nº 0105508-91.2007.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado TJSP, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, julgado em 15.02.2011 e em Apelação Cível n. 0034518-93.2012.8.26.0002 8ª Câmara de Direito Privado TJSP, Rel. Des. Luiz Ambra, julgado em 19/11/2014, e RT 274, p. 53.

¹⁸⁸Apelação Cível nº 994.08.045171-9, 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. James Siano, julgado em 27.10.2010, fls. 16.

¹⁸⁹ GOMES, 2007, 403; MANSO, 1988, p. 49.

cujo original fornece neste ato à EDITÔRA, devidamente rubricado. (A – Edição)

(B) Pelo presente contrato o(s) Sr(s) LUPICINIO RODRIGUES, ora designado AUTOR(ES), **transfer(em)** à SUL BRASILEIRA DE EDIÇÕES MUSICAIS LTDA – SULBEM doravante designada EDITORA **e a faculta(m) sem limitações e com exclusividade**, pelo prazo que regula a proteção em todos os países do mundo, **o direito de utilização**, em todas as modalidades da(s) OBRA(S) de sua autoria intitulada(s) HINO DO GRÊMIO – Marcha e respectivo texto poético (Código Civil, art. 655), na forma, extensão e aplicação (...) por força das Leis e Tratados ora em vigor, e dos que vierem a vigorar.

2º (...) O(s) AUTOR(ES) entrega(m) no ato da assinatura do presente contrato um exemplar manuscrito da melodia e respectiva letra datilografada, devidamente assinadas que farão parte integrante do presente contrato

Ainda nessa primeira cláusula é que se costuma determinar o âmbito espacial de vigência do contrato, que, em quase todos os exemplos acima, é em todos os países do mundo, o que, para a legislação brasileira, é possível, pois a norma de que a cessão é restrita ao país da celebração, como visto, é norma supletiva somente (art. 49, IV).

1.2. Cláusula de determinação das modalidades de exploração

Não basta, porém, em especial para os contratos em que há cessão, que se expresse serem transferidos *todos* os direitos patrimoniais. Em vários dos exemplos, a segunda cláusula especifica quais as modalidades pelas quais o editor poderá exercer o seu direito de utilização da obra a que se refere o contrato. Isso responde a uma exigência legal presente no art. 50, §2º da LDA/98: deverão constar “do instrumento de cessão como *elementos essenciais*, [a indicar, portanto, que sua ausência enseja nulidade, art. 166, IX, CC/2002] seu objeto e as condições de exercício do direito quanto a tempo lugar e preço”. A LDA/73, art. 53, §2º era mais precisa quando ao invés de “seu objeto” se referia aos “direitos objeto de cessão”.

(A1) II - A EDITÔRA fica **autorizada**, em virtude deste contrato, a imprimir partituras de canto, piano, orquestra ou qualquer instrumento, expondo-as à venda ou distribuindo-as gratuitamente, em exemplares de propaganda; a fazer arranjos e adaptações para fins de reprodução gráfica ou fonomecânica; a divulgar-la e explorá-la comercialmente, por todos os meios.

Neste caso apenas as edições gráfica e fonomecânica são incluídas expressamente, justamente por se tratar de modelo destinado às editoras integrantes da associação de gestão coletiva, que, no caso, controlam e arrecadam os direitos de execução pública e sincronização (inclusão em outras obras como filmes e programas de televisão). Além

disso, é anterior à LDA/73, de modo que não havia preceito legal que exigisse a delimitação de cada utilização incluída. Talvez mesmo por isso a restrição tenha se feito aparecer na lei. No resto dos instrumentos, aparecem as utilizações discriminadas, porém sempre a título exemplificativo, ao final sempre complementando expressões genéricas que buscam colocar dentro da cessão tudo o que não foi expressamente posto, o que, a princípio, não tem efeito, pois as utilizações são independentes entre si (art. 31, LDA/98), alguns sustentando que mesmo quando se trate de cessão total¹⁹⁰:

(A2) II – Com a presente cessão fica a EDITORA, de forma irrevogável subrogada em todos os direitos e privilégios do cedente, a saber: *reprodução gráfica ou fonomecânica de qualquer espécie ou por qualquer processo; execução; gravação; televisão; irradiação; bem como fazer arranjos; sincronização; adaptação cinematográfica e qualquer outra forma de exploração e divulgação* servindo o presente título para que a EDITORA possa efetuar registros e depósitos necessários ao irrestrito reconhecimento da propriedade que ora lhe é transmitida.

(C)3) [...] ...outorgando-lhe todos os poderes necessários para o fim de, quanto à(s) obra(s) musical(ais) mencionadas acima, autorizar em qualquer país do mundo, a *reprodução, gráfica, fonomecânica ou por qualquer espécie ou processo, conhecido ou que venha a ser inventado, assim como para autorizar arranjos, versões, sincronizações cinematográficas, adaptações da(s) letra(s) e/ou da(s) música(s) em “jingles” ou em matérias publicitárias de qualquer espécie, gráfica ou sonora, decorrente dos direitos de propriedade artística e literária,* [...] 4) Nos mesmos termos da cláusula anterior, fica estabelecido entre os contratantes que a EDITORA promoverá com exclusividade no Brasil e em todos os países do mundo, a concessão de autorizações para que seja(m) utilizada(s) a(s) obra(s) objeto deste contrato em reproduções fonográficas, seja através de discos, CDs, fitas magnéticas, videocassetes ou outras formas assemelhadas existentes ou que venham a existir, assim como para cobrar os respectivos direitos autorais fonomecânicos gerados por tais utilizações, podendo proceder pedidos e verificações de contas. (C)

1 . Com a presente alienação [transferem-se] (...) todos os direitos e faculdades que, no seu conjunto, constituem o direito autoral do(s) cedente(s), sobre a obra cedida, em todos os seus aspectos, manifestações e aplicações direta ou indiretas, processos de reprodução e divulgação ou extensões e ampliações, como sejam: de edição gráfica e fonomecânica, **em todas as suas formas, aplicações, sistemas e processos quer atuais quer os que venham a ser inventados ou aperfeiçoados no futuro, de transcrição, adaptação, variação, redução, execução, irradiação, televisão, adaptação cinematográfica ou para fim cinematográfico ou análogo e semelhante, com qualquer processo de sincronização, e de qualquer outra forma de exploração, reprodução e divulgação da obra, sem nenhuma exceção,** e mesmo que de futuro outras venham a ser as denominações da técnica ou da praxe com todas as faculdades

¹⁹⁰ MORAES, 1977, p. 75; ROCHA, 2001, p. 52, ambos interpretando o art. 49, VI (“não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.”) como extensível a todo tipo de cessão, o que é dessumir do *caput*.

de exploração comercial e industrial que foram necessárias para o exercício dos direitos cedidos, **a exclusivo arbítrio da EDITORA**¹⁹¹.

O teor do último exemplo é bastante próximo do primeiro, mas o trecho central em negrito é uma peculiaridade a ser notada, pois que se pode muito bem imaginar ter sido o fundamento do surgimento na LDA/98 de uma norma de ordem pública restringindo a validade do contrato às “modalidades de utilização á existentes à data” em que foi firmado (art. 50, V, LDA/98). O caso judicial de onde foi extraída a cláusula acima é interessante: o contrato de cessão/edição se deu entre o demandante a *BMG (Universal) Music Publishing*, que licenciou a música objeto do contrato para utilização em DVD de Karaokê produzido por *Gradiente Eletrônica S/A*. Trata-se justamente de modalidade não existente à época da conclusão do contrato, motivo por que alegou o compositor que a cessão não incluía essa possibilidade e que a licença era, portanto, indevida: ele não poderia à época ter alienado direito de utilização que sequer existia.

A demanda teve procedência em primeiro grau, condenando ambas empresas a indenização por danos morais e patrimoniais (proporcionais às unidades vendidas), mas o Tribunal entendeu ser “indivíduo que o formato no qual foi inserida a música (DVD ou DVDokê) está abrangido pela cessão dos direitos autorais, porque o ajuste permite a ampla aplicação da obra nos mais variados processos e sistemas, incluindo aqueles a serem inventados ou aperfeiçoados”, resolvendo reformar a sentença. Ignorou, porém, dispositivo legal de ordem pública que não permite uma tal disposição clausular¹⁹². (art. 49, LDA/98)

Em caso com cláusula similar¹⁹³, porém referente a um contrato de edição propriamente dito¹⁹⁴, firmado pelos autores em 30/01/1975, em que a editora passou a licenciar a obra, a partir da década de 1990, para a gravação em CD, o acórdão, considerando que a “cláusula contratual é expressa ao autorizar a editora a reproduzir a obra musical por qualquer espécie ou processo, ainda que não inventado”, concluiu

¹⁹¹Apelação Cível nº 994.08.045171-9, 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. James Siano, julgado em 27.10.2010, fls. 16). Texto quase idêntico ao presente em RT 274, p. 53, p. 62 e no modelo de contrato **D**).

¹⁹²É, por sinal, uma constante nos casos envolvendo contratos de direitos autorais a frontal violação não só pelos contratos, mas pelas próprias cortes nacionais de normas cogentes, talvez por estarem essas normas em lei especial pouco visitada pelos magistrados.

¹⁹³Apelação nº 0118133-60.2007.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado TJ/SP, Rel. Des. Viviani Nicolau, julgado em 08/02/2011.

¹⁹⁴ A diferença específica aqui é que, não havendo cessão, não opera, a princípio, a limitação do art. 49, V, LDA/98.

que foi, aliás, diligente a editora “ao atualizar o suporte da obra musical, adaptando-se aos novos contornos do mercado e garantindo a divulgação e comercialização da obra, atingindo, assim, a finalidade do contrato”. Interpretou, ainda, como comportamento concludente a aceitação ao longo dos últimos anos, por parte das demandantes, das verbas referentes à venda de CD’s¹⁹⁵.

Uma última versão encontrada da cláusula de modalidades é a única que não expõe em rol exemplificativo as modalidades de utilização, mas as determina todas taxativamente (sentido presente na expressão *a saber*). Mesmo quando, na edição gráfica, fala em “qualquer modalidade” se refere apenas à possibilidade de transcrição em partitura para qualquer instrumento musical, o que não se trata de outra modalidade de fato: a “modalidade” aqui é impressão em papel. Além disso, condiciona a decisão a esse respeito ao objetivo de “maior divulgação” da obra:

(B) Com a presente [ilegível], fica a EDITORA sub-rogada¹⁹⁶ em todos os direitos do(s) AUTOR(ES) *a saber* – **a) – EDIÇÃO GRÁFICA:** - para imprimir e pôr à venda a(s) OBRA(S) objeto(s) do presente contrato, ao seu exclusivo critério, em qualquer modalidade de edição, tais como: Orquestrações, parte de piano, acordeão ou violão, melodias avulsas ou reduzidas em álbum ou para quaisquer outros instrumentos que a EDITORA achar conveniente e oportuno para maior divulgação da(s) mesma(s). **b) – LETRAS AVULSAS OU EM COLEÇÕES** – para publicar e/ou autorizar publicações da(s) letras(s), pagando ao(s) AUTOR(ES) EM CONJUNTO 50% (cinquenta por cento) das importâncias que vier a receber dos usuários. Caso a EDITORA resolva publicar letras destinadas à venda, pagará ao(s) AUTOR(ES) na mesma modalidade mencionada para álbum contendo músicas – **c) DIREITO DE EXECUÇÃO** – Para receber diretamente da SBACEM a porcentagem pela(s) OBRA(S) de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a totalidade dos direitos de execução produzidos pela(s) OBRA(S) cabendo ao(s) AUTOR(ES) os restantes 75% (setenta e cinco por cento). A autorização para a execução pública, em todas suas modalidades, inclusive pelo rádio e televisão, será exercida pela SBACEM (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Editores de Música), observando-se o disposto nas Leis e Tratados em vigor e aos que vierem a vigorar, e nos seus Estatutos Sociais [...] – **e) – DIREITOS FONOMECÂNICOS** – A EDITORA não terá direito a quaisquer porcentagens pela primeira gravação em discos. Nas regravações e/ou gravações subsequentes, a EDITORA terá direito a receber diretamente das fábricas de discos sua porcentagem de 25% (cinco e cinco por cento) – **f) – INCLUSÃO CINEMATOGRAFICA E DE TELEVISÃO** – pela inclusão da(s) OBRA(S) em filme cinematográfico e em filme para uso em

¹⁹⁵ A abonar essa interpretação está a observação de VICTORINO, 1999, p. 59, de que as modalidades não se identificam a diferentes meios técnicos, apenas, que, por si só, não alargam as características jurídicas básicas de um modelo de exploração. Assim, “quando a lei distingue a reprodução gráfica e a reprodução magnética não está a distinguir formas jurídicas de aproveitamento, limita-se a descrever materialmente os modos concretos que essa utilização pode representar”. O texto legal dá abertura para ambas interpretações, de fato.

¹⁹⁶ A rigor, não cabe vocabulário do direito obrigacional quando se esteja tratando de direitos absolutos e não de crédito, como são os conferidos por lei ao autor: sub-rogação é modalidade de adimplemento, que se dá quando alguém, pagando dívida de terceiro, passa a ocupar a posição de credor (GOMES, 1986, nº 90, p. 140; PEREIRA, 2012, nº 159, p. 212).

Televisão, caberá à EDITORA a porcentagem de 25% (vinte e cinco por cento) e o(s) AUTOR(ES) 75% dos proventos econômicos obtidos.

Porém, como constatamos, não é regra nos contratos padronizados estudados, cuja cláusula de definição das modalidades de exploração é recorrentemente bem mais abusiva e, a todos efeitos, claramente ilegal.

1.3. Cláusula de responsabilidade do autor pela originalidade

(A1) E (A2) III - O AUTOR ficará exclusiva e pessoalmente responsável pela originalidade da obra, exonerando a EDITORA de toda e qualquer responsabilidade e obrigando-se a indenizá-la por perdas e danos, no caso de contestação de terceiros.

Essa cláusula, encontrada com texto similar em (B)2¹⁹⁷(C)11e (D)XI, nada mais se trata que a repetição em cláusula contratual da garantia legal da legitimidade jurídica do direito que é transferido, o que se conhece por evicção (art. 447-457, CC/2002), que se impõe a todos os contratos onerosos, a incluir, portanto o contrato de edição musical. Neste caso, é responsabilidade do compositor contratante a respeito de sua titularidade originária sobre a obra, pela qual restará obrigado a indenizar a editora no caso de ela se ver privada do direito de que é cessionária ou licenciada com exclusividade (dependendo da fórmula adotada), por motivo de sentença judicial que, reconhecendo autoria alheia sobre a composição, ordene, por exemplo, o recolhimento das edições já distribuídas. Do ponto de vista processual, não me parece absurdo que se venha a fazer uso em caso semelhante de ação do evicto¹⁹⁸.

1.4. Cláusula de representação/ poderes da editora

Aqui, como já referi acima, é onde com mais clareza e de forma mais problemática se encontrará a diferença-chave dos dois tipos contratuais. O efeito jurídico realmente importante da transferência da titularidade não é a disponibilidade do bem (já que no âmbito da licença exclusiva também é possível a negociação de inclusão de poderes de sub-licenciamento sem a necessidade de autorização por parte do licenciante a cada vez, de modo que a editora licenciada tenha o mesmo poder controle jurídico que teria caso fosse titular), mas a submissão a esse poder de disposição aos interesses da cessionária. E aqui é que as cláusulas encontram sua maior diferenciação. Na edição musical (não por acaso frequentemente intitulada “edição e mandato”) está sempre presente a instituição

¹⁹⁷É única diferença aqui é a inclusão da expressão “responsabilidade civil e/ou criminal.”

¹⁹⁸ GOMES, 2007, p. 115-116; FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 485-497.

da editora como procuradora do compositor, sendo-lhe outorgados poderes vastos de vinculação jurídica do autor nas relações com terceiros, incluindo mesmo os poderes *ad judicium*, mas sempre, como é da essência da representação, “tendo como critério exclusivo de decisão e de escolha justamente o interesse do representado”¹⁹⁹. Parece ser de fato no propósito de explicitar essa relação que atualmente projeto de Lei 3.133/2012, oferecido pelo deputado Nazareno Fonteles, tendo por base o anteprojeto do Ministério da Cultura, adiciona à própria definição do contrato de edição²⁰⁰ o dever do editor de atuar em nome e no interesse no autor. Claro que estará esse poder de representação necessariamente restringido aos atos que digam respeito apenas à obra vinculada e não a qualquer interesse sobre qualquer de suas produções. O seguinte exemplo mostra a amplitude na prática desses poderes:

3) Por este mesmo instrumento, o(s) AUTOR(es) nomeia(m) e constitui(em) a EDITORA, sua **procuradora bastante**, pelo tempo que vigorar o presente contrato de edição, **outorgando-lhe todos os poderes necessários para o fim de, quanto à(s) obra(s) musical(ais) mencionadas acima, autorizar em qualquer país do mundo**, a reprodução, gráfica, fonomecânica ou por qualquer espécie ou processo, conhecido ou que venha a ser inventado, assim como para autorizar arranjos, versões, sincronizações cinematográficas, adaptações da(s) letra(s) e/ou da(s) música(s) em “jingles” ou em matérias publicitárias de qualquer espécie, gráfica ou sonora, decorrente dos direitos de propriedade artística e literária, podendo para tanto **fixar retribuições, receber e dar quitações, efetuar registros e depósitos que entender recomendáveis, defender os referidos direitos em juízo e fora dele, para o que são conferidos os poderes "ad judicium" para qualquer instância, podendo acordar, transigir, prestar compromissos e substabelecer**. 4) Nos mesmos termos da cláusula anterior, fica estabelecido entre os contratantes que a EDITORA promoverá com exclusividade no Brasil e em todos os países do mundo, a concessão de autorizações para que seja(m) utilizada(s) a(s) obra(s) objeto deste contrato em reproduções fonográficas, seja através de discos, CDs, fitas magnéticas, videocassetes ou outras formas assemelhadas existentes ou que venham a existir, assim como para cobrar os respectivos direitos autorais fonomecânicos gerados por tais utilizações, podendo proceder pedidos e verificações de contas. (C)

II O(s) AUTOR(ES) nomeia(m) e constitui(em) a EDITORA, sua procuradora bastante, pelo tempo que vigorar o presente contrato de edição, outorgando-lhe todos os poderes necessários para o fim de, quanto à(s) obra(s) musical(is) mencionadas na cláusula anterior, autorizar em qualquer país do mundo, a reprodução gráfica e/ou fonomecânica, por qualquer espécie ou processo, conhecido ou que venha a ser inventado.²⁰¹

¹⁹⁹ ROPPO, 2008, p. 116.

²⁰⁰ Art. 53. Mediante contrato de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária, artística ou científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade e em atendimento aos legítimos interesses do autor, a publicá-la e a explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas com o autor. (O texto e itálico é o adicionado pelo Projeto).

²⁰¹ Apelação nº 0118133-60.2007.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado TJ/SP, Rel. Des. Viviani Nicolau, julgado em 08/02/2011.

No caso de o contrato estipular cessão total, ocorre um fenômeno interessante. As editoras ainda assim insistem em especificar seus poderes, mesmo sendo eles todos ínsitos, a princípio, à transferência de titularidade da obra. Seguem os exemplos:

CLÁUSULA QUARTA – Em consequência da cessão ora contratada, a **EDITORA praticará, em nome próprio, todos os atos necessários à exploração das obras objeto de cessão**, por si ou mediante transferência a terceiros por licenciamentos, concessão, sub-cessão ou quaisquer outros meios admitidos em Direito, fixando preço, retribuições, recebendo e dando quitações, efetuando os registros e depósitos que entender convenientes e defendendo os direitos cedidos em juízo ou fora dele no melhor dos esforços e viabilidade.²⁰²
[grifei]

“Servindo a presente escritura de título para os editôres efetuarem onde quer que se lhes afigure útil ou conveniente, os registros e depósitos necessários para o irrestrito reconhecimento de seu direito de propriedade em todos os países do mundo e com a faculdade de transferir os direitos ora adquiridos a terceiros, no todo ou em parte, a qualquer título” (RT 274/54)²⁰³

Além disso, é nessa cláusula que se estipula o prazo do contrato, de praxe. Veja-se que as editoras tomam o cuidado de não deixá-lo indeterminado, pois, no caso de cessão, presume-se que a duração será de cinco anos (art. 51), e, no caso de edição em sentido estrito, será de apenas uma edição, o que já constatamos ser inaplicável às particularidades da edição musical. Na Lei de Propriedade Intelectual espanhola, a solução encontrada foi a dispensa da determinação do número de exemplares e a limitação da duração ao prazo de cinco anos (art. 71, 3ª). José Manuel Ventura Ventura, analisando as práticas contratuais espanhola, alemã e francesa, demonstra que, em todos os países mencionados, é uniforme a estipulação do prazo do contrato por “todo el tiempo de protección que concieden a los autores, sus sucesores y derecho-habientes las actuales Leyes y Convenciones internacionales y las que en sucesivo se dicten o acurden”²⁰⁴, o que era à época permitido pela legislação, porém restrito apenas às modalidades de utilização já existentes à data da contratação. Isso é igualmente contornado por meio de uma cláusula de “direito de aquisição com preferência”²⁰⁵

²⁰² Apelação Cível 2006.001.59 446 - 15ª Câmara Cível– Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rel Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz, julgado em 13.02.2007.

²⁰³ Apelação Cível nº 994.08.045171-9, 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. James Siano, julgado em 27.10.2010, fls. 16

²⁰⁴ VENTURA, 1996, p. 162.

²⁰⁵ VENTURA, 1996, p. 165, 234.

1.5. Cláusula de subcontratação e de cessão da posição contratual

É, na prática, difícil que o editor seja também responsável direito pela reprodução mecânica em exemplares fonográficos; o mais frequente é que ele delegue a terceiros licenças de fixação sobre suportes que não o de sua especialidade. É possível que se estipule, ainda que não seja tão comum, a explicitação da possibilidade de subcontratação (formação de novo contrato, dependente de um contrato-base, seu acessório, que aqui se dá quando o editor, no texto da cláusula, “transfere” ou “licencia” a terceiro direito ou obrigação sua) ou mesmo cessão da posição contratual (acordo entre cedente e cessionário, anuindo o cedido, em que um substitui o outro na titularidade integral de sua posição no contrato, figura não prevista na legislação, mas extensamente aceita na doutrina e na jurisprudência nacionais²⁰⁶). No caso de considerarmos, como faz boa parte dos teóricos, a edição contrato essencialmente *intuitu personae* haveríamos de repelir essa hipótese. A rigor, o direito brasileiro não exige nem que essa anuência seja expressa. Porém, pelo princípio da interpretação restritiva dos contratos autorais, isso não se faz possível aqui. O que se pode argüir é a respeito de estipular-se cláusula em que o autor venha a anuir com a cessão da posição contratual à antecedência, assinando assim, transmissão em branco. Orlando Gomes relata ser largamente aceita essa adesão prévia²⁰⁷. No exemplo, aparece com uma especificidade: a cessão é limitada às companhias “associadas, coligadas o filiadas” à editora. Na experiência espanhola, a lei determina ser necessário consentimento do cedente, justamente por lá o contrato de edição ser ainda tipicamente de cessão, e ser essa cessão exclusiva (49.1 LPI espanhola). Porém de modo que isso é contornado pelos editores com a cláusula na seguinte forma: “EDITOR tendrá la facultad de vender, ceder o traspasar parte o la totalidad de los derechos adquiridos en virtud del presente contrato”²⁰⁸.

XIII - A EDITORA terá o direito de vender, transferir ou licenciar todos os direitos e obrigações regidos por este contrato, no todo ou em parte, para outra pessoa, firma ou corporação, e poderá ainda o presente contrato ser transferido pela EDITORA a qualquer de suas companhias associadas, coligadas ou filiadas, já existentes ou que venham a ser constituídas, sem que tal disposição afete de forma alguma o direito do AUTOR de receber as remunerações estabelecidas neste contrato (**D**)

²⁰⁶ SILVA, 2011, p. 395-408; REsp 356383, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrichi, 05.02.2002.

²⁰⁷ GOMES, 2007, p. 179.

²⁰⁸ VENTURA, 1996, p. 43-49.

Em caso julgado pelo TJ/RS²⁰⁹ de subcontratação sem consentimento do compositor, não se deu provimento ao seu apelo de sentença que, além de lhe ter negado seu pedido, o condenou a multa por litigância de má-fé.

Ora, se o autor contratou a *edição* com a empresa Pialo Promoções, Publicidade e Representações Ltda. e esta, de sua banda, contratou a ré para fazer a gravação da música, então havia autorização. [...] Assim, havendo o autor da obra firmado contrato oneroso com empresa editora, onde *cedeu* os direitos de exploração da obra intelectual, sob percentagens, para a edição gráfica, impressão, publicação, execução, inclusão cinematográfica e gravação, não há que se falar em violação de direito autoral. Observo que a cessão de direitos deu-se sem limitações e com exclusividade, do direito de utilização em todas as suas modalidades.

1.6. Cláusula de Remuneração

Motivo de grandes discordâncias é a questão da forma de remuneração do autor: ela, de fato, se encontra no cerne de muitos argumentos sobre a diferenciação doutrinária entre cessão e edição. A lei não fala em remuneração, mas em “preço” da cessão (art. 50, §2º, art. 51), compreensivelmente por ser ela contrato translativo. Mais obscura, porém, é quando se reporta a um “preço” para a edição (art. 55, II; art. 57). Pontes de Miranda, tratando desse contrato, escreve que “se foi estipulado que o autor receberia percentagens, ou se trata de contrato de edição, ou de sociedade de exploração de edição”²¹⁰. Quando vamos aos instrumentos, a primeira constatação importante é a de que, mesmo naqueles denominados “cessão” e em que, a princípio, opera-se transferência, a prestação do editor é sempre arbitrada não na forma de preço, mas na de uma participação percentual nos rendimentos da exploração econômica, pelo tempo em que viger o contrato.

Em um caso já aqui mencionado²¹¹, o Tribunal entendeu que o contrato, por mais que estivesse denominado “contrato de cessão de direitos autorais” era contrato de edição, justamente por não haver pagamento único, mas a estipulação de uma obrigação de sempre arrecadar e repassar ao autor ou sucessores sua porcentagem devida a cada utilização, limitando-se, portanto, a “representar os titulares do direito autoral e a cobrar o que lhes é devido, para isso também recebendo”. O acórdão reputou “claro e transparente” que a vontade das herdeiras “foi somente ceder à exploração econômica os

²⁰⁹ Apelação Cível nº 70012810776, 10ª Câmara Cível – Paulo Antônio Kretzmann julgado em 13.10.2005

²¹⁰ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 322.

²¹¹ Apelação Cível 2006.001.59 446 - 15ª Câmara Cível – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rel Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz, julgado em 13.02.2007.

direitos patrimoniais, e não transferir sua titularidade sobre eles”, tratando-se de contrato de edição, no caso resilível, por não ter prazo determinado²¹².

Em sentido contrário, parecer de Eduardo Espínola²¹³:

Nada impede que esse preço, determinável, segundo os elementos do contrato, se estabeleça em prestações diversas ou repetidas, calculadas em percentagem sobre as importâncias que venham os cessionários a receber, na utilização e exploração dos direitos autorais cedidos. [...] a quem considere a justa proporção de interesses que, em regra, se deve presumir nos contratos sinalagmáticos, se impõe manifestamente a compreensão de que muito melhor satisfaz a um possível equilíbrio das prestações, na cessão dos direitos autorais, na multiplicidade de suas manifestações, o pagamento do preço em percentagens do que o cifrado numa quantia certa, previamente fixada, tornando aleatórios o contrato, tanto para o cessionário quanto para o cedente.

A mesma posição é expressa por Pedro Vicente Bobbio²¹⁴:

Na venda, a contraprestação do comprador denomina-se preço, e por preço entende-se toda contraprestação que não dependa de arbítrio e possa a qualquer momento ser determinada e liquidada com elementos positivos extraídos do contrato. Ajustado no contrato que o autor receberá determinada quantia por exemplar vendido, todos os elementos constitutivos do preço existem. Por aleatório que seja o quantum, não é menos positivo e determinável.

Pontes de Miranda²¹⁵:

Um dos critérios mais seguros para se saber se foi transferida a propriedade literária ou apenas o direito de edição (exercício do direito autoral de reprodução) é procurar-se assentar se o autor ainda tem interesse no número de edições futuras e no número de exemplares²¹⁶. Se a contraprestação que se há de fazer ao outorgante é percentual, sôbre edições, ou sôbre exemplares, de modo nenhum se pode falar em transferência da propriedade intelectual. O que se transferiu foi o exercício, o poder de explorar, não o domínio sôbre o bem incorpóreo.

Se nos voltamos ao conceito jurídico de preço na compra e venda, para que uma prestação seja como tal reconhecida, ele deve ser *certo*, ainda que não necessariamente determinado, mas deve ser determinável seu resultado: “a) da livre estipulação das partes; b) do arbitramento de terceiro; c) da cotação da mercadoria em determinado dia e lugar;

²¹² GOMES, 2007, p. 223: “Na *resilição unilateral dos contratos por tempo indeterminado*, presume a lei que as partes não quiseram se obrigar perpetuamente e, portanto, que se reservaram a faculdade de, a todo tempo, resilir o contrato”.

²¹³ ESPÍNOLA, 1958, p. 55.

²¹⁴ BOBBIO, 1951, nº 58, p. 42.

²¹⁵ PONTES DE MIRANDA, t. XLIV, § 4.829, 1, p. 327-328.

²¹⁶ Apelação Cível, TJSP, 16.03.1951, RT 192/604-605: “Os contratos juntados ao processo são comumente firmados entre compositores e editores. Dá-se-lhes o nome de cessão de direitos autorais. Entretanto, o compositor receberá, como parte do preço a cessão, um tanto por exemplar vendido pelo editor, continuando, assim (...) interessado na exploração comercial da obra, embora a propriedade, domínio e posse pertençam ao editor, por força da cessão.

d) da aplicação de índices e parâmetros objetivos”.²¹⁷ Em nenhum dos casos se aventa a possibilidade da instituição de preços aleatórios, isto é, que não correspondam a uma contraprestação à prestação de dar coisa certa em qualquer sentido: quer por acordo das partes, quer por recorrer a critérios externos, como os usos do mercado. Faz sentido que na edição a contraprestação se dê proporcionalmente à exploração porque seu exercício constitui direito e obrigação principal do editor. No caso de uma cessão dos direitos, sendo o contrato, portanto, translativo, a única possibilidade de contraprestação adequada é, a princípio, a de um preço determinado ou determinável, e não de uma prestação aleatória. Talvez, como já dito, o problema de fato esteja na redação legislativa. Mais adequado seria que se falasse em remuneração.

(B) ver cláusula já reproduzida no item 2.1, em que são estipulados valores percentuais diferenciados para cada modalidade de exploração.

(A1) IV – A EDITORA obriga-se a pagar ao AUTOR as seguintes regalias ou direitos: por exemplar de piano, orquestra ou edição gráfica vendida no Brasil, ...% sobre preço de capa; fora do Brasil, ...% da quantia líquida que a EDITORA receber dos subeditores por ela autorizados. A EDITORA obriga-se a fazer, no prazo de ..dias, a primeira edição gráfica da obra, seja para fim de venda, seja para fim de propaganda, podendo optar pela impressão de partitura de piano, de acordeon, de qualquer instrumento ou canto, a seu critério.

(A2) IV – A presente cessão é feita a título oneroso, por ela recebendo o AUTOR, neste ato, a quantia de Cr\$ (.....) da qual é dada quitação á EDITORA. Ao autor cabe ainda as seguintes participações: Edição para piano e orquestra no Brasil: ...% por exemplar vendido, sobre o preço de capa; fora do Brasil:% da quantia líquida que a EDITORA receber dos subeditores autorizados; gravação em discos, em filmes de cinema e por qualquer processo fonomecânico,% das quantias líquidas que a EDITORA receber das fábricas autorizadas

6) O presente contrato é feito a título oneroso, ficando assegurado ao(s) AUTOR(ES) o direito de receber(em) da EDITORA, 10% sobre o preço de capa dos exemplares vendidos de edição gráfica impressa, seja no caso de partituras para piano, orquestra, acordeon, etc., ou de letras avulsas. Tratando-se de publicação que contenha peças de vários autores a divisão será feita proporcionalmente ao número de obras. (C)

III - O presente contrato é celebrado a título oneroso, ficando assegurado ao AUTOR o direito de receber da EDITORA, como preço da cessão ora contratada: 1) **Edição gráfica:** 10% (dez por cento) sobre o valor de capa dos exemplares vendidos de edição gráfica, seja no caso de partituras para piano, acordeon, etc., ou de letras avulsas. Tratando-se de publicações que contenham peças de outros autores a divisão será feita proporcionalmente ao número de obras. [...] 2) **Direitos fonomecânicos:** os valores resultantes da aplicação do percentual que cabe aos autores (vide cláusula IV, itens 1-B e 2-C abaixo) à remuneração do direito autoral fonomecânico de **8,4% (oito vírgula quatro por cento)** do **preço médio de venda líquida** aos distribuidores, dividido pela quantidade de faixas contidas em cada CD. A divisão entre os autores será

²¹⁷ Artigos 485-487 CC/2002; GOMES, 2007, p. 275.

proporcional ao número de autores de cada faixa e ao número de faixas em que participem como compositores.

(D) IV - Ainda como preço da cessão ora contratada, o AUTOR receberá os percentuais abaixo especificados dos resultados auferidos pela EDITORA por todas e quaisquer formas de utilização da obra cedida: **1) Resultados auferidos no Brasil:** a) Direitos de execução pública: 75% (setenta e cinco por cento) para o Autor 25% (vinte e cinco por cento) para a Editora b) Direitos fonomecânicos: 75% (setenta e cinco por cento) para o Autor 25% (vinte e cinco por cento) para Editora c) Direitos de inclusão e adaptação cinematográfica, inclusive de propaganda, seja da melodia ou da letra: 75% (setenta e cinco por cento) para o Autor 25% (vinte e cinco por cento) para a Editora d) Outras formas de utilização: 75% (setenta e cinco por cento) para o Autor 25% (vinte e cinco por cento) para a Editora **2) Resultados auferidos no Exterior:** a) Direitos gráficos (ou de papel) dos pagamentos recebidos do(s) subeditor(es): 67% (sessenta e sete por cento) ao AUTOR 33% (trinta e três por cento) para a EDITORA. b) Direitos de execução (de acordo com as normas internacionais fica estabelecida a seguinte chave de repartição): 3/12, ou seja, 25% (vinte e cinco por cento) para a Editora 3/12, ou seja, 25% (vinte e cinco por cento) para a sub-editora estrangeira 6/12, ou seja, 50% (cinquenta por cento) para o autor, permitida uma dedução da parte do AUTOR de até 2/12, ou 16,66% (dezesseis vírgula sessenta e seis por cento) do total auferido, para o arranjador, versionista e/ou adaptador local, se houver.
* Poderá a EDITORA, entretanto, dispor de forma diferente com a SUBEDITOR, desde que seja assegurado ao AUTOR e eventual(ais) arranjador(es), versionista(s) e/ou adaptador(es), em conjunto, o mínimo de 50% (cinquenta por cento), isto é, os 6/12 (seis doze avos) mencionados acima.

Gueiros Junior²¹⁸ fala da existência de uma prática de aplicar as porcentagens sobre apenas 90% do total arrecadado pela venda de discos físicos, sob o pretexto de ser a margem normal de perda na fábrica (o que segundo ele só acontecia na década de 1940), chamado “desconto industrial”, o que todavia deveria ser risco que corre em desfavor da editora. Ele menciona também uma outra série de descontos que não aparece nos contratos (estão contidos na expressão “quantia líquida”), mas que são feitas pelas editoras na base de cálculo para percentual dos *royalties* (*royalties base price*), a incluir tributos (ICMS, IPI, COFINS, IRPJ e contribuições sociais), “desconto de capa” (custo da confecção do material gráfico, que alcança o limite abusivo de 25%) e a redução a 50% dos royalties percebidos no exterior (ver cláusulas acima), e que resultam numa redução em cerca de 60% do montante da base.

1.7. Cláusula de remuneração por adiantamento

Prática não apenas abusiva, a forma como se dão os chamados adiantamentos, a depender do contexto fático, podem configurar conduta típica enquadrável no tipo penal de redução à condição análoga à de escravo (art. 149, Código Penal), equivalente à

²¹⁸ GUEIROS JR., 2000, p. 175; 190-192.

conhecida servidão por dívidas de que são vítimas muitos trabalhadores rurais. A técnica é em essência a mesma: a gravadora/editora, na conclusão do contrato oferece um adiantamento em espécie ou parcelado em cerca de doze vezes, que é tido formalmente como contrato de mútuo, acessório em relação ao contrato principal, cuja restituição deve ser alcançada pela soma dos percentuais da arrecadação da venda de unidades de disco. Enquanto não haja sido “recuperado”, o compositor nada recebe, e o contrato vai sendo prorrogado automaticamente. O valor do adiantamento, porém, é indexado no custo de venda, convertido em número de unidades, cujo valor que vai sendo atualizado automaticamente, enquanto que os *royalties* são atualizados apenas a cada pagamento, que, em geral, se dá trimestralmente. Assim, a editora “paga ao artista o valor histórico da venda dos discos, mas cobra dele o valor contemporâneo ao adiantamento que concedeu”²¹⁹.

Na cláusula 16 do contrato, a Ré concederia, a título de adiantamento, a quantia de R\$ 150.000,00, pagas em 12 (doze) parcelas de R\$ 12.500,00, sendo a primeira paga na data da assinatura do contrato e as demais nos meses subsequentes. Na segunda parte desta cláusula consta que o adiantamento “deverá ser recuperado de acordo e pela forma especificada no já referido contrato de mútuo”. **“as partes ajustam de forma irrevogável e irretratável que o contrato perdurará, em sua vigência, até a recuperação total dos adiantamentos concedidos ou que vierem a ser concedidos em função desta cláusula”**²²⁰

O AUTOR percebe, neste ato, como preço certo e irreatável 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 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 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

²¹⁹ GUEIROS JR., 2000, p. 183-186.

²²⁰Apelação Cível n. 2005.001.42174, 10ª Câmara Cível TJRJ Rel José Geraldo Antonio, julgado em 21/03/2006. A sentença rescindiu o contrato por reputar nula a última parte da cláusula e por haver decorrido o decurso do prazo da Clausula 15 – prazo de um ano. “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”.

autorais do trimestre pela citada taxa, obtendo-se assim, o número de faixas no período.²²¹

1.8. Cláusula sobre execução pública

É nessas cláusulas que se percebe a hipertrofia dos aspectos inicialmente secundários, mas que foram adquirindo cada vez mais importância no desenvolvimento do contrato de edição musical, justamente porque a venda de exemplares de representações escritas das peças editadas já não eram economicamente interessantes para os grandes conglomerados empresariais. Ademais, a criação de um novo nicho editorial dentro das gravadoras de grande porte, que já desde o início não tinham na música escrita um objeto de exploração típico, secundarizou de vez o que outrora fora o cerne da contratação de compositores com editoras. Em entrevista do final da década de 1980, Tom Jobim percebe com clareza esse processo, e explicita como o músico enxergava a essa época a atividade das editoras: empresas desinteressadas na divulgação escrita que facilitasse a performance musical, e fixadas na retenção dos lucros da venda de discos e da exploração da execução pública dos fonogramas produzidos pelas gravadoras a que pertenciam.²²² As cláusulas abaixo referem-se justamente ao recolhimento dessas verbas derivadas da execução pública. A peculiaridade é que ela não podia ser levada a cabo

²²¹ QUEIROZ, 2013, p. 100-102: “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 [...] 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.”

²²² “Outro dia tinha um sujeito falando no jornal, poxa, mas não se encontra uma música do Tom Jobim pra você comprar e tocar no piano, não se encontra.... Os editores aqui não... **O editor de música brasileira, sobretudo, ele fica com o direito autoral da gente, direito de execução, direito de, né? Direito de disco.** Isso é uma coisa muito importante, sabe por que? Porque você não tem material de consulta, você... A música no Brasil ficou uma coisa, uma tradição oral, entende? E essas edições que andam aí tão tudo errado, com a melodia errada, a harmonia errada, tudo...”. (Entrevista concedida em 1987 para Marília Gabriela, no programa Canal Livre. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=J8jr65wVA7k>>)

diretamente pela editora, uma vez que o sistema de arrecadação e distribuição, como já referido, já se encontrava centralizada por associações. As editoras, ao invés de buscar formas de competir com esses arrecadadores, adotaram a estratégia de a elas se filiarem na condição de cessionárias das obras musicais. Foi a isso que serviu o instrumento jurídico da cessão, portanto: conceder a elas acesso direto ao resultado desses recolhimentos, além do próprio controle dos critérios de arrecadação, detentoras que se firmaram da maioria dos votos no interior das associações. Os contratos, além da cessão, estipulam tradicionalmente que os direitos de execução pública seriam exclusivamente recolhidos na associação das editoras, e não dos compositores:

(A1) Os direitos de gravação em discos e inclusão em filmes de cinema serão controlados e arrecadados pela A EDITORA terá o direito de receber, na referida sociedade, a percentagem de ...% dos direitos do AUTOR, produzidos no Brasil e ...% dos produzidos no Estrangeiro. Para este fim, a EDITORA depositará uma cópia do presente contrato na Sociedade e acatará as práticas e regulamentos da mesma.

(A2) A cobrança dos direitos de execução pública em teatros, cinemas, dancings, rádios, clubes, sociedades, etc., será efetuada pela no Brasil e no Estrangeiro, cabendo% dos direitos arrecadados no Brasil ao AUTOR e% à EDITORA. VI

No caso do AUTOR deixar de ser sócio da, a EDITORA fica autorizada a receber 100% dessa Sociedade liquidando com o AUTOR, diretamente a parte que lhe couber.

(D) XIV - Caberá com absoluta exclusividade à sociedade autoral à qual a EDITORA seja afiliada arrecadar os direitos de execução pública em espetáculos, transmissões de rádio e televisão, autofalantes, reuniões dançantes coletivas, com ou sem cobrança de ingressos, exposições, bares e restaurantes musicados, clubes esportivos e recreativos, projeções cinematográficas, etc., tanto no Brasil como em qualquer país do exterior. Perceberá o AUTOR diretamente da sociedade autoral a sua parcela da arrecadação efetuada por aquela sociedade, desobrigada a EDITORA de responder perante o AUTOR pela exatidão das contas prestadas pela referida sociedade. XV - Fica expressamente estabelecido que os direitos fonomecânicos produzidos pela venda de discos ou pela utilização da OBRA para qualquer reprodução fonomecânica serão controlados e arrecadados pela EDITORA, diretamente do produtor fonográfico ou das empresas por ele licenciadas, conforme o caso.

1.9. Cláusula de prestação de contas

O direito de fiscalizar o aproveitamento de suas obras é direito fundamental no nosso ordenamento constitucional (art. 5º, XVIII, b). Mais uma vez, a exigência de prestação de contas mensais é norma meramente supletiva no sistema da LDA/98 (art. 61), fazendo as editoras uso dessa supletividade para arbitrar prestação de contas trimestral ou semestral. E quando deixaram de as prestar, a penalidade arbitrada é que possam ser exigidas em juízo (?):

(D)V - A EDITORA fará **prestações de contas trimestrais** ao AUTOR, por escrito, mencionando especificamente a fonte pagadora, o período a que se refere, o título da obra, bem como a espécie e valor de cada crédito. **VI** - Deixando a EDITORA de apresentar prestações de contas até 60 (sessenta) dias após o encerramento do trimestre do calendário, o AUTOR poderá notificar a EDITORA para que esta preste contas dentro do prazo de 10 (dez) dias, a contar do recebimento da notificação, sob pena de serem tais contas exigidas judicialmente. [No mesmo sentido, **(B)**]

(C)9 A EDITORA fará prestações de contas ao(s) AUTOR(ES), por escrito e mediante recibos, no mínimo duas vezes por ano, **nos meses de janeiro e julho de cada ano**, mencionando especificamente a origem, espécie e montante de cada crédito. 10) Deixando a EDITORA de apresentar as prestações de contas até o último dia de um dos meses indicados na cláusula anterior, o(s) AUTOR(ES) poderá notificar a mesma para que apresente contas dentro do prazo de 15 dias a contar do recebimento da notificação sob pena de serem tais contas exigidas judicialmente

1.10. *Cláusulas sobre direitos morais (raríssimas)*

A rigor, é cláusula perfeitamente suprimível, encontrada em apenas um dos instrumentos analisados, pois que toda a coletividade, a editora inclusive, está obrigada por lei a respeitar os direitos “morais” enunciados no art. 24. O ponto interessante é a cláusula IX, que delega o exercício contra terceiros desses direitos ao editor. Em qualquer caso, o autor continua legitimado a exercer por si, sendo nula qualquer cláusula de renúncia nos moldes do item seguinte.

VII - A presente cessão abarca os direitos patrimoniais do AUTOR sobre a obra de sua autoria, expressamente excluídos os direitos de natureza moral, tais como definidos no artigo 24 da Lei nº 9.610/98, que em virtude de seu caráter personalíssimo permanecem integralmente investidos na pessoa do AUTOR. **VIII** - Obriga-se a EDITORA a respeitar e, tanto quanto dela dependa, fazer respeitar por terceiros, os direitos morais do AUTOR. **IX** - Outorga ainda o AUTOR à EDITORA plenos poderes para, atuando em juízo e fora dele, no país e no exterior, defender os direitos do AUTOR, **inclusive os de natureza moral**, podendo substabelecer, nomear advogados com poderes *ad judicium* e praticar todos os atos necessários ao cumprimento do mandato conferido por esta cláusula. **X** - AUTOR e EDITORA obrigam-se, reciprocamente, antes de iniciar qualquer pleito com fundamento em direito moral, a comunicar o fato ao outro contratante, visando evitar eventual duplicidade de atuação ou descoordenação das medidas protetoras adotadas. **(D)**

1.11. *Cláusula de renúncia ao exercício pessoal dos poderes delegados*

Os poderes delegados ao editor na cláusula de representação podem, pelas normas do contrato de mandato, perfeitamente ter a renúncia de seu exercício pelo mandante pactuada, desde que não incidente sobre direitos personalíssimos. No caso, porém, a interdição por meio de contrato adesivo da autodefesa dos compositores contra terceiros, apesar de chancelada a princípio pela lei brasileira, parece evidentemente abusiva.

5) Na vigência deste contrato fica vedado ao(s) AUTOR(ES) praticar pessoalmente qualquer ato dos referidos nas cláusulas 2, 3 e 4, salvo mediante aviso prévio, por escrito, à EDITORA e desde que não decorra qualquer prejuízo para compromissos anteriormente assumidos pela EDITORA em nome do (s) AUTOR(ES) e dos quais a este tenha ela dado ciência. (C)

1.12. Cláusula de “amostra grátis”

Mais um demonstrativo de estipulação abusiva, que sujeita uma das partes ao arbítrio (essa é a palavra constante das cláusulas) da outra na administração que, pela função do contrato, deveria subordinar-se aos seus interesses. Não há sequer meio previsto de prestações de contas dessas amostras grátis ou limitação de sua quantidade pelo compositor. Os exemplos encontrados se referem apenas a exemplares impressos, na forma de partituras, mas Gueiros Junior²²³ dá conta da existência de contratos que os incluem aí na forma de discos ou arquivos de áudio. A finalidade desse tipo de amostra é captar possíveis utilizadores, ou seja, são, a princípio, direcionadas aos agentes da indústria fonográfica para que conheçam as músicas do compositor. O advogado, contudo, apresenta testemunho do uso por essas empresas dessas amostras diretamente com o público, a fim de excluir essa parcela da distribuição do repasse ao músico.

(A1) A EDITORA fica autorizada, em virtude deste contrato, a imprimir partituras de canto, piano, orquestra ou qualquer instrumento, expondo-as à venda ou distribuindo-as gratuitamente, em exemplares de propaganda; a fazer arranjos e adaptações para fins de reprodução gráfica ou fonomecânica;

(A2) A EDITORA obriga-se a fazer pelo menos uma edição gráfica da obra cedida, seja para fim de venda ou propaganda gratuita, podendo optar pela impressão de orquestração, partitura de piano, de acordeon, de qualquer instrumento ou de canto, **a seu critério ou arbítrio**.

(B) d) – ISENÇÃO DE PAGAMENTO: - A EDITORA fica desobrigada do pagamento das prerrogativas acima citadas 1) Quando se tratar de exemplares de propaganda, desde que contenham na capa o carimbo “invendível”, 2) Nos exemplos contidos à [ilegível] pelo preço de custo e que se destinem à divulgação

A EDITORA poderá, **a seu arbítrio**, imprimir exemplares de propaganda de partituras orquestradas ou para um instrumento, nas quais constem os dizeres “invendível” ou exemplar grátis” ou “venda proibida”, em quantidade razoável que julgar conveniente e sobre as quais não incidirá direito de remuneração ao(s) AUTOR(ES). (C)

A EDITORA poderá imprimir exemplares de propaganda de partituras, orquestradas ou para um só instrumento, nos quais constem os dizeres —invendível ou —exemplar grátisl ou —venda proibidal, **na quantidade razoável que ela julgar conveniente** e sobre os quais não incidirá o percentual acima, por serem distribuídos gratuitamente. (D)

²²³ GUEIROS JR., 2000, p. 207-209.

2. SEDIMENTAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS GERAIS DO CONTRATO

2.1. Observações preliminares

De posse de uma compreensão mais aprofundada dos termos em que se dão os contratos de edição musical *lato sensu*, algumas observações se fazem pertinentes. Em primeiro lugar, se comparamos o que as editoras anunciam publicamente realizar com aquilo que dispõem os instrumentos contratuais por elas elaborados, constatamos que os dois elementos predominantes apontados em (I.2) estão presentes na forma como são estipuladas as cláusulas. Tanto nos instrumentos de edição propriamente dita quanto nos de cessão, prevalece a perspectiva de uma massiva delegação ao editor dos poderes conferidos por lei ao autor a fim de que venham a livremente *administrar* seus *direitos de autor*. Isso fica mais evidente nas cláusulas 1.4 – que na edição propriamente dita constituem o editor verdadeiro mandatário, incluindo poderes *ad judicium* –, 1.5. – em que as subcontratações e mesmo a cessão da posição contratual são desde logo autorizadas mesmo sem a futura anuência, tampouco conhecimento dos autores –, 1.2 e 1.8 – que fazem incluir no contrato praticamente todas fontes de remuneração possíveis para uma composição musical, excetuando apenas nos casos em que, para o recebimento das verbas de execução pública não tenha sido previsto o recebimento direto pela editora –, 1.12 – que submete ao livre arbítrio da editora a decisão a respeito da produção de exemplares de publicidade – e, eloquentemente, 1.11 – em que o compositor renuncia ao exercício de todos os seus os poderes delegados. Entretanto, respondendo à pergunta inicial, essas estipulações são, sim, legitimadas pelo direito positivo brasileiro, até mesmo a renúncia do exercício dos poderes concernentes aos direitos patrimoniais. Como vimos, inclusive o poder judiciário nacional tem, em alguns casos, legitimado uma série de desequilíbrios contratuais com base na afirmação sub-reptícia da autonomia privada. Excetua-se apenas a práticas abusivas relatadas em 1.6 e 1.12, envolvendo ofensa aos deveres anexos de boa-fé, em especial o de informação, além da prática criminosa do item 1.7. Ademais, é flagrante a parca estipulação de direitos do compositor e deveres do editor nos contratos (um pouco mitigada no exemplo **(B)**, é verdade).

Para a interpretação do negócio jurídico, não terão relevância, a princípio, os motivos que determinaram sua conclusão, importando apenas o preceito objetivo formulado pela autonomia privada, por meio do qual o direito apenas verificará “se o intento prático ou o interesse em questão pode ser coerentemente enquadrado numa causa, ou seja, se pode ser reconduzido a alguma daquelas típicas funções econômico-sociais da

autonomia privada”²²⁴ merecendo ter a ele efeitos atribuídos. A causa é pressuposto para o reconhecimento da juridicidade e não fonte de juridicidade²²⁵.

A interpretação dos negócios jurídicos terá em conta a declaração de suas vontades e seus comportamentos inseridos no contexto em que são externalizados e reconhecidos, reconstruindo seu significado, ao considerá-lo um todo que tem uma unidade de significado. E nesse sentido não só a declaração documental fará parte da interpretação, mas as negociações anteriores e seu contexto tanto quanto. As partes, quando declaram uma vontade, teriam em mira os fins típicos, previamente constituídos na apreciação abstrata de interesses que são os tipos negociais, sejam sociais, sejam jurídicos. O que tentei fazer com o contrato de edição musical foi apresentar seu contexto, seus sujeitos, o tipo negocial a que eles aparentemente se subordinavam, para então examinar a base documental existente.

Assim, quanto à segunda pergunta do capítulo, analisando em conjunto os item I.2 e III.1 deste trabalho, é possível perceber que a reprodução em exemplares e sua exploração econômica, juntas compõem a noção de publicação, não são mais o que uma editora musical tem por função no desenvolvimento do seu vínculo contratual. Ela se coloca como prestadora de serviços de administração de um patrimônio (assim podemos chamar o conjunto das obras²²⁶): as cláusulas a respeito da impressão em exemplares em nada se parecem com o cerne da contratação, ao passo que as outras modalidades de exploração econômica e os meios a serem empregados para a consecução são muito mais minuciosamente descritos. O papel da editora se demonstrou ser bem mais de licenciante das obras que de publicadora de fato delas.

2.2. *Necessidade de superação da dicotomia cessão-edição*

Na Alemanha, a cessão é proibida porque, concebendo o direito de autor como direito real uno, incindível, e sendo os direitos morais inalienáveis, de modo a ser apenas possível a constituição de direitos que o oneram, no molde dos direitos reais limitados, oponíveis a terceiros, ou licenças não dotadas de exclusividade²²⁷. Na França, repete-se a vedação, porém, por motivos opostos: por lá não ser o direito de autor um direito real,

²²⁴ BETTI, 2007, p. 346.

²²⁵ SILVA, 2013, p. 106-107.

²²⁶ Ainda que em cada contrato estipula-se a administração apenas das obras expressamente mencionadas, especialmente na indústria fonográfica, em que também é firmado contrato artístico (de gravação) com a empresa, todas as músicas lançadas sejam editadas pela empresa de edição ligada à gravadora.

²²⁷ VITORINO, 1995, p. 35-38; HAMMES, 2002, n. 379, p. 171; HAMMES, 1975, n. 154

mas um monopólio, cujo objeto é uma atividade e não um bem, o que implica tipicidade das possibilidades de translação, tendo sempre o cessionário, assim como o monopolista, dever de explorar, de modo que não há a cessão, por assim dizer, desonerada, pura e simples, e, portanto total²²⁸.

No Brasil, há muito tempo já se discute, sempre tendo como paradigma os casos de edição musical, a questão de uma possível proibição legislativa dessa cessão, no caso de celebração de contratos de cessão total e definitiva, em contextos de propósitos evidentemente editoriais, remanescendo por isso uma série de cláusulas típicas da edição (o preço ser definido em percentuais da venda de exemplares, e.g.), como constatado dos exemplos acima. Como vimos, a lei vigente (a) não proíbe expressamente a inclusão dessa cláusula, tampouco um contrato autônomo de cessão, que é típico, (b) no referente à cessão propriamente dita, apenas restringe a cinco anos a cessão que não houver estipulado o prazo (art. 49. III) e (c) determina à cessão de obras futuras o prazo máximo de cinco anos (art. 51).

Mas essa posição entre nós tem a peculiaridade de não fazer uso de argumentos técnico-jurídicos, mas apenas de argumentos políticos. É nesse sentido que na discussão de 1957, tida na forma de pareceres para caso acima mencionado, a manifestação de Alfredo Buzaid, já propunha uma uniformização de regime, motivo por que dava por opinar que os referidos por mais cessão que fossem, eram, antes edição²²⁹. Defendeu já naqueles dias o interesse público na intervenção estatal na formação do contrato de edição e no ajuste dos elementos conflitantes nos interesses de editores e autores, vistos como a parte mais fraca. A regulação “deverá cada vez mais alargar-se, de modo a abranger não apenas algumas cláusulas contratuais, mas sim a integridade do negócio jurídico”²³⁰.

Opiniões mitigadoras da cessão na atividade de edição, através do estabelecimento de entraves legais, como formalidade, não faltam²³¹; Walter Moraes²³² pergunta: “se é possível utilizar a obra sem sacrifício dos direitos do autor, (...) por que socorrer-se a

²²⁸VICTORINO, 1999, p. 38-40.

²²⁹BUZOID, 1958, p. 80.

²³⁰BUZOID, 1958, p. 84.

²³¹ Ver, por exemplo, PONTES, 2009, p. 75. MANSO, 1988, p. 100: “Nessa analogia entre a compra e venda e a cessão de direitos autorais, que determina aquela maneira de pagar a aquisição do direito de utilizar economicamente a obra intelectual, é que reside todo o mal do instituto da cessão de direitos autorais, e não nesta, como têm entendido muitos autoralistas e os próprios autores.” HAMMES, 1975, n. 154., que adota a teoria unitária alemã.

²³²MORAES, 1977, IV, III, p. 73.

ordem jurídica a instrumentos espoliatórios de tais direitos?”, nomeadamente a cessão, sistema extraordinário, anormal do exercício dos direitos patrimoniais. Hildebrando Pontes, em outro lugar defende a proibição de cessão, relatando decisão do STF (Repr. 1.031-7/DF) e as discussões legislativas em torno do assunto quando da preparação da LDA/98)²³³. João Henrique da Rocha Fragoso²³⁴ argumenta contra a cessão total por ser potencialmente bloqueadora do exercício pelo cessionário de todas as utilizações possíveis, de forma a excluir a obra, por inaptidão do utilizador, da divulgação por tecnologias com que não trabalhe, obstaculizando “o princípio da livre circulação dos bens culturais (...) necessário à manutenção e ao desenvolvimento da democracia”. E ainda: “Nenhum contrato editorial pode ser interpretado como sendo de cessão em caráter definitivo da obra, salvo se tal cessão ocorreu mediante um pagamento fixo”²³⁵. Dentre todos, a única opinião frontalmente contra é Hercoles Sanches²³⁶ que pensa ser essa atual tendência à inacessibilidade fenômeno tão estranho “como amputar a própria mão para não assinar maus contratos”.

Propostas legislativas não faltaram desde Milton Barbosa. O projeto mais radical foi aquele apresentado em 1988 pelo hoje extinto Conselho Nacional do Direito Autoral, que, em seu art. 7º determinava: “É nula a cessão de direitos autorais”. Finda a possibilidade de cessão, o capítulo II, dos contratos, tipificava um único efeito a todos os contratos, o da concessão. Além disso, o art. 43 limitava os contratos a uma única modalidade, sendo nula a opção de preferência para outra modalidade de utilização diversa da contratada. A justificativa, assinada por Hildebrando Pontes Neto, referia: “A cessão retira do autor o direito exclusivo de utilizar as diferentes modalidades de exploração de sua obra (...) Não alberga-la no projeto, tornando-a nula, é ainda forma de defesa do autor que impedirá a pressão que ele comumente sofre no ato de celebração do contrato.”²³⁷

Em 2011, o Ministério da Cultura submeteu a Consulta Pública um anteprojeto de lei que altera substancialmente a lei vigente de direitos autorais, encampado pelo deputado Nazareno Fonteles, que, na proposta do Projeto de Lei 3.133, manteve a adição

²³³ PONTES, 2009, p. 75-89

²³⁴ FRAGOSO, 2009, p. 223-224.

²³⁵ FRAGOSO, 2009, p. 282. No final do argumento, acaba-se, portanto, voltando-se antes à imposição de dificuldades que efetivamente à instituição de uma proibição.

²³⁶ SANCHES, 1999, p. 105.

²³⁷ NETO, 1988, p. 9.

de um parágrafo §1º²³⁸ ao art. 53 da LDA/98 proibindo sob qualquer forma a cessão como cláusula da edição. Não parece ser essa questão a que se tem debatido, e o projeto estaria bem mais atacando um problema inexistente. Ainda que no discurso de atores da indústria fonográfica ou de juristas muito se fale nessa inclusão de cláusula de cessão no contrato de edição²³⁹, em nenhum dos exemplos examinados, tanto nos casos judiciais já referenciados, quanto em modelos de contrato de algumas editoras e da UBC, encontrei uma tal cláusula. Essa figura da cláusula de cessão simplesmente não teria lugar, pois que como visto acima, só mudam de um instrumento para outro justamente a cláusula que define os conceitos, e eventualmente a de representação. Alteradas elas, estaria já alterado o objeto do contrato, e, por mais condições típicas da edição que pudessem envolver (como obrigações ao editor de explorar a obra, prestar contas, repassar percentuais de venda, etc.), estaríamos já tratando de um contrato de cessão com uma série de encargos.²⁴⁰

Pergunta-se, então, por que motivo até hoje não vingou uma tal proibição? O poder econômico dominante e político dos grupos editoriais, em especial dentro das sociedades de gestão coletiva, mencionado na introdução, pode dar pistas.

Não são muitos os trabalhos que trataram em específico do contrato de edição musical no direito brasileiro e buscaram definir seus contornos. Quando é tratado, isso sempre se dá no âmbito de sua *distinção* da cessão de direitos. Assim, Antonio Chaves²⁴¹ opinou pela viabilidade de tratamento unificado do contrato de edição gráfica e fonográfica, pois que ambas diriam respeito à reprodução e divulgação em exemplares, caminho que, porém não tomou a lei de 1973, por ele criticada. Aponta que, no caso de haver alienação dos direitos patrimoniais (criticando o art. 64, LDA/73) evidentemente não se trata de contrato de edição. Para Fabio Maria de Mattia²⁴² o contrato de edição

²³⁸ § 1º O contrato de edição não poderá conter cláusula de cessão dos direitos patrimoniais do autor.

²³⁹ “[os compositores de músicas populares] na suposição de estarem assinando um simples contrato de edição, despojam-se de todos seus direitos em ‘contratos (de cessão) que não podem dar lugar a dúvidas [...] Assim, tal contrato, com alma de edição (para os autores) e corpo de cessão (para os editores) não tem passado de um instrumento de espoliação daqueles por estes e que nossa permanente desvalorização monetária torna mais aviltante.” (DUVAL, *circa* 1960, p. 341).

²⁴⁰ Em contrário, a posição de VICTORINO, 1999, p. 105, nota 47: “nestes casos, não teremos um contrato de edição mas um contrato misto, ou uma união de negócios, uma edição a que incorpora também uma transmissão do direito de autor, a qual estará, portanto, sujeita às regras imperativas que, em cada sistema, regularém estas formas de disposição do direito de autor. Não interessa a forma concreta que as partes utilizaram para a transmissão (...) O contrato de edição pode corresponder a uma cessão global, mas terá, para ser válida, que respeitar as regras imperativas que regulem as transmissões”

²⁴¹ CHAVES, 1975, p. 44.

²⁴² MATTIA, 1975, p. 4.

musical se reduziria à edição (fabricação em número de exemplares) de uma interpretação da obra.

Pedro Vicente Bobbio é um representante da época em que a edição de música ainda se tratava de mera reprodução, ou de obra gráfica ou de reprodução de fonogramas: para ele, a edição é um processo intermediário, “destinado a fixar os sinais indetificativos da música (...) ou então, a sua própria expressão sonora, que, postos à venda, servirão aos adquirentes para, com o auxílio de instrumentos próprios (instrumentos musicais, gramofones) apreciarem a música.”²⁴³ Ademais, nota que: “Na prática, os dispositivos do Código Civil sobre o contrato de edição poucas vezes são lembrados. As partes estipulam livremente as condições que deverão reger a publicação da obra.”²⁴⁴

A primeira grande discussão em juízo sobre o contrato de edição na música e seus efeitos se deu em 1957, por ocasião de mandado de segurança impetrado pela Sociedade Brasileira de Autores e Escritores de Música (SBACEM), em face do Diretor de Diversões Públicas da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, que vinha reconhecendo a legitimidade das editoras para a autorização da realização de representações, execuções ou teletransmissões de músicas por elas editadas de sócios das impetrantes, sem a interferência deles. Constaram dos autos, a pedido, quatro pareceres, incluídos na edição de agosto de 1958 da Revista dos Tribunais, em que se tenta, partindo de um contrato-tipo chamado “cessão de direitos autorais”²⁴⁵, corrente entre “editôres de músicas populares brasileiras” e seus autores, estabelecer a distinção entre os contratos de edição e de cessão, o último análogo a uma compra e venda.

²⁴³ BOBBIO, 1951, p. 17, 25.

²⁴⁴ BOBBIO, 1951, p. 34.

²⁴⁵ O texto do instrumento que expõe a finalidade do contrato de modo quase pleonástico é o que segue: “A. ora designado autor, cede, vende e transfere em plena propriedade [!!!], para exercícios dos respectivos atributos, em todo o mundo a V.V. editôres os direitos patrimoniais de autor” E a cláusula primeira esmiúça: “Com a presente alienação, passam para os editôres, por definitiva transferência, todos os direitos e faculdades que no seu conjunto constituem o direito autoral do cedente sobre a obra cedida, em todos os seus aspectos, manifestações e aplicações, diretas ou indiretas, processos de reprodução e divulgação, ou extensões e ampliações, como sejam: de edição gráfica e fonomecânica, em tôdas as suas formas, aplicações, sistemas e processos, quer atuais, quer os que venham a ser inventados e aperfeiçoados, de transcrição, adaptação, variação, redução, execução, irradiação televisiva, adaptação cinematográfica..., sem nenhuma exceção” Por fim, fica estabelecido que “os autores possam exercer a sua fiscalização e dar as suas sugestões na parte pròpriamente artística e em defesa de seu direito moral sem interferir em tudo que se refira à parte da exploração patrimonial e comercial”(RT 274/53 e 62).

Para Eduardo Espínola²⁴⁶, a edição é contrato obrigacional e a cessão contrato real, significando haver na última transferência da titularidade dos direitos patrimoniais de autor, independente do emprego das palavras editor e autor em ambos para designar as partes. Diz ele que “se declara que vende, não há como interpretar sua vontade, dizendo-se que não vende; que apenas contrata edição ou edições”.

Gondim Neto concorda que da edição resultam apenas relações obrigacionais, enquanto da cessão uma transferência do direito²⁴⁷. Afirmar serem essas noções bem conhecidas “pelo menos nos seus efeitos práticos” por todos envolvidos nos negócios e que nada impede que um editor não assine contrato de edição, mas tenha a si transferidos os direitos patrimoniais do autor. “Logo, aos autores nada mais resta, como êles próprios reconhecem, que o direito moral intransferível”²⁴⁸. Argumentava com base no art. 1078 do CC/1916, que mandava aplicar os princípios da cessão de crédito às cessões para as quais não haja modo especial de transferência. Para ele, a cessão é o equivalente à tradição quando se trata de coisas incorpóreas.

Já para Alfredo Buzaid, “uma análise atenta e cuidadosa das várias cláusulas contratuais, à luz dos princípios jurídicos que regulam o instituto, mostrará que o contrato é, em última análise, de edição”²⁴⁹. No contrato de edição cede-se o direito de publicar apenas. No contrato em questão, a forma de remuneração do autor, por percentuais sobre a exploração “exclui, de imediato, a ideia de venda e configura mais exatamente um contrato de edição”. Defende o interesse público na intervenção estatal na formação do contrato de edição e no ajuste dos elementos conflitantes nos interesses de editores e autores, vistos como a parte mais fraca. A regulação “deverá cada vez mais alargar-se, de modo a abranger não apenas algumas cláusulas contratuais, mas sim a integridade do negócio jurídico”²⁵⁰.

Para Pedro Vicente Bobbio²⁵¹ “a ‘coisa’ está clara e precisamente descrita, e a descrição nada tem de involuto, de sub-reptício, de capcioso que posso induzir em erro o autor contratante”. Ainda, “para a definição da natureza do contrato em exame e dos seus reais efeitos, a circunstância do adquirente exercer a profissão de editor é mero acidente,

²⁴⁶ ESPÍNOLA, 1958, p. 53.

²⁴⁷ GONDIM NETO, 1958, p. 61.

²⁴⁸ GONDIM NETO, 1958, p. 63.

²⁴⁹ BUZOID, 1958, p. 80.

²⁵⁰ BUZOID, 1958, p. 84.

²⁵¹ BOBBIO, 1958, p. 88.

sem qualquer importância”²⁵². Diz que “os autores sabem perfeitamente distinguir os contratos de venda da sua propriedade literária e artística dos contratos de simples edição”. Sobre a forma de pagamento do preço, “o atual sistema de pagamento que associa o autor ao êxito da exploração da obra, constitui autêntica conquista dos autores, há muito tempo pleiteada”²⁵³.

As cortes nacionais, sobremaneira as do Rio de Janeiro e de São Paulo, onde se concentram as sedes das grandes gravadoras, nos litígios entre editor e compositor em que o último busca a extinção do vínculo contratual, têm de praxe (a) ora considerado ser da natureza do contrato entre editor e compositor a licença e não a cessão dos direitos patrimoniais, independentemente de sua denominação instrumental, ensejando resilição quando o prazo é indeterminado²⁵⁴; (b) ora aceitado a possibilidade da cessão, seja em cláusula na edição, seja em contrato autônomo, mas determinando sua resolução, ao considerar inadimplemento absoluto o exercício do direito cedido em prejuízo do cedente²⁵⁵ ou ainda a inércia na exploração econômica da obra cedida²⁵⁶; (c) ora, contrariamente, reconhecido a legalidade da cessão total, restando todos os direitos patrimoniais sobre a obra na titularidade do cessionário e, portanto, à sua disposição, o que significa dela fazer uso sem necessidade de autorização do autor²⁵⁷.

²⁵² BOBBIO, 1958, p. 89.

²⁵³ BOBBIO, 1958, p. 94. Comentando esta afirmação deste parecer, DUVAL (circa 1960, p. 342): “Pura balela para embair nossos ingênuos compositores populares (não confundi-los com os dirigentes das Sociedades locais, também compositores) e justificar os periódicos passeios de seus mandatários (os “cartolas”) à Europa, como se pode ver nas reportagens fotográficas do *Boletim Social* da UBC”. Bobbio, à época, era assessor jurídico da UBC.

²⁵⁴ Apelação Cível nº 899/95 2ª Câmara Cível TJRJ “basta uma simples leitura dos contratos que constituem objeto desta ação para que se constate tratar-se de contrato de edição e não de cessão de direitos autorais, posto que o apelado, em nenhum deles transferiu a titularidade de seus direitos patrimoniais sobre suas obras. Apenas concedeu-lhe o direito à exploração econômica dos mesmos (...) E tendo sido celebrados por prazo indeterminado, conclui-se que após a primeira edição podia o autor, a qualquer tempo, denunciar ditos contratos, como efetivamente fez, dando-os por resilidos” fls. 296); Apelação Cível nº 2006.001.59446, 15ª Câmara Cível TJRJ; Apelação Cível nº 239.253.1/6 8ª Câmara de Direito Privado TJSP: “Por não se tratar de cessão de direitos autorais, jamais transferidos, mas de simples contratos de edição, e por não ter sido neles claramente enunciado que se cuidava de um vínculo eterno, para todo o sempre, sem qualquer possibilidade de resilição unilateral, como pretende a apelante, e ante o caráter contraditório que assume a disposição contida na já referida cláusula X em face da natureza do direito negociado, o que melhor se ajusta à espécie é a solução conferida pelo Juízo monocrático, que admitiu a resilição unilateral dos contratos, celebrados há mais de três décadas, para número incerto de edições e sem duração prevista no tempo.”

²⁵⁵ Apelação Cível nº 0159092-36.2005.8.19.0001, 9ª Câmara Cível TJRJ.

²⁵⁶ Apelação Cível 7.257-4/8, 1ª Câmara de Direito Privado TJSP; Apelação Cível nº 130.858.4/3 9ª Câmara de Direito Privado TJSP.

²⁵⁷ Apelação Cível 254.04 5-4/8-00 6ª Câmara de Direito Privado TJSP: “A cessão realizada importou na transferência dos direitos, não havendo se falar em mera administração. A participação recebida pelo autor indica mero pagamento por conta da cessão, diferida no tempo, o que não provoca qualquer desequilíbrio contratual”; Apelação Cível nº 287.669-4/1-00, 5ª Câmara de Direito Privado TJSP; Apelação Cível nº

A polêmica parece bem mais ser alocada na questão que envolve a possibilidade mesma de o editor contratar com o compositor uma cessão de direitos patrimoniais, de efeitos distintos do contrato de edição tipificado. Aí sim pode-se questionar a respeito do reconhecimento legal de um tal pacto, sendo que, no momento em que o legislador estatuiu um regime especial para o contrato de edição, parece esperar que sob esse regime que se deem as relações contratuais entre editor e autor²⁵⁸. Isso implica levantar dúvidas a respeito do direcionamento legal de um regime contratual obrigatório a determinados sujeitos, portadores de certas funções sociais. À primeira vista, parece um choque frontal ao princípio da liberdade de contratar, a lembrar os ordenamentos jurídicos de sociedades estamentais, em que o *status* social de um sujeito determinava o feixe de direitos e deveres a ele pertinente.

Cabe, para o desfecho, uma pequena digressão. Carlos Ferreira de Almeida buscou na filosofia da linguagem uma contribuição para a sua teoria do negócio jurídico. Ele está à procura de compreender a crise do conceito do negócio jurídico, que ele acredita ser, em verdade, apenas a crise de sua fundamentação no dogma da vontade. A solução para essa crise não estaria em expulsar do âmbito do negócio jurídico situações carentes de consciência declarativa, tampouco na busca de fontes alternativas para a vontade e seus efeitos, mas reconhecer que a teoria da autonomia da vontade já se encontra incompatível com a atual situação sócio-jurídica²⁵⁹. O autor propõe o deslocamento da vontade do plano da existência do negócio jurídico para o plano da validade: ela nem é critério único de aferição da existência de um negócio, tampouco da determinação de seus efeitos.

8287305 6ª Câmara de Direito Privado TJSP; Apelação Cível nº 994.08.045171-9, 5ª Câmara de Direito Privado TJSP; Apelação Cível nº 0105508-91.2007.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado TJSP; Apelação Cível nº 0118133-60.2007.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado TJSP. Na Apelação Cível 0034518-93.2012.8.26.0002, a 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP chegou a confirmar sentença que, considerando que o autor "...juntou o requerido um contrato (fls. 127-128), pelo qual o autor cedeu todos os direitos autorais patrimoniais de suas obras musicais criadas para 3ª pessoa" concluiu que "não tem ele legitimidade ativa para a propositura desta ação em face do requerido."; Apelação Cível nº 70012810776, 10ª Câmara Cível TJRS: "Assim, havendo o autor da obra firmado contrato oneroso com empresa editora, onde *cedeu* os direitos de exploração da obra intelectual, sob percentagens, para a edição gráfica, impressão, publicação, execução, inclusão cinematográfica e gravação, não há que se falar em violação de direito autoral. Observo que a cessão de direitos deu-se sem limitações e com exclusividade, do direito de utilização em todas as modalidades"

²⁵⁸ Assim opina QUEIROZ, 2013, p. 80; em contrário CHAVES, 1975, p. 44; BOBBIO, 1951, p. 40.

²⁵⁹ ALMEIDA, 1992, p. 7-68. O autor critica a teoria tradicional da vontade por (a) sua perspectiva individualista, que transforma os efeitos em reféns da vontade que os produziu; (b) o seu sentido impreciso na prática, que é ora correspondente a um poder psíquico interno gerador de efeitos, ora ao conteúdo objetivo da declaração; (c) fixar-se numa decomposição artificial entre vontade e declaração; (d) recorrer a ficções e presunções para o suprimento (judicial ou legal) da vontade; (e) não ser capaz de explicar dos efeitos jurídicos não decorrentes da vontade ou contrários a ela. Há, pois, uma série de outros fundamentos de ineficácia do negócio além da divergência entre vontade e declaração

Toma, para isso, emprestado o conceito de “enunciado performativo” de J. L. Austin, isto é, aquele cujo significado corresponde a um efeito segundo regras convencionadas, e cuja enunciação equivale ao cumprimento da ação que descrevem. O negócio jurídico será, para ele, o ato no qual se insere um ou mais enunciados performativos, indispensáveis à existência desse ato, que atribuem um efeito ao seu significado. Este o novo critério no plano da existência, e não mais o acordo de vontades.²⁶⁰

É aí que ele defenderá que a interpretação desse significado não é subsidiária, mas central na teoria do negócio jurídico, colocada lógica e cronologicamente antes das questões de validade e eficácia: não se trata de mero instrumentos para dirimir litígios²⁶¹. Em sua teoria, a referência à intenção comum das partes a que fazem referência as legislações (art. 112, CC) não se trata mais daquela intenção volitiva, mas à “intenção cognitiva”, que compreende a intenção de reconhecimento e o reconhecimento dessa intenção, que se deduzem da ação e do texto.²⁶² Daí decorre que o intérprete deve procurar o significado do negócio nos limites do horizonte de compreensão do destinatário, ou seja, é um juízo de probabilidade acerca de como terão sido compreendidos os respectivos textos. Nesse processo não é a declaração o significante e a vontade das partes o significado. *O significado é aquilo que o destinatário razoavelmente compreende das declarações.* O ponto essencial aqui é *não subestimar a participação ativa do destinatário no processo de comunicação*, rumando-se a uma substituição da vontade pela compreensão como fonte da eficácia negocial.

Assim, na interpretação do negócio jurídico há três pessoas: o *locutor*, que projeta e objetiva sua intenção num enunciado, o *alocutário*, de cuja compreensão o *intérprete* determinará o significado (o que foi compreendido)²⁶³. Ele quer enfatizar que o comportamento e vontade real do declarante não são apreciados diretamente pelo intérprete, mas passam pelo filtro da *cognoscibilidade* do declaratório, que é, pesadas as circunstâncias de acesso a essa declaração, objetivável. A interpretação do negócio jurídico, na função de determinação do seu significado, do qual decorrem os efeitos, se vale dos elementos que resultam do contexto, calculando possibilidades de sentido e

²⁶⁰ ALMEIDA, 1992, p. 138.

²⁶¹ ALMEIDA, 1992, pp. 139, 154 e 172.

²⁶² ALMEIDA, 1992, p. 193, e nota 242.

²⁶³ ALMEIDA, 1992, p. 184-185.

decidindo pela mais razoável, tendo por base a compreensão dos declaratórios e por limite as regras legais e sociais²⁶⁴ que incidam sobre o texto.

De todo o exposto neste ponto, quando se leva em conta as regras jurídicas e sociais que tem incidido sobre as relações contratuais entre compositores e editores, me parece essencial a necessidade de integrar ambos edição e cessão num só gênero a ser regulamentado em separado, passando a entender ser opcional, e tipificadas as classes de efeitos que ele pode ter, não se proibindo a cessão de todo, mas aplicando restrições suficientes e uniformizando as restrições em ambos os casos, mas deixando-se claro aos destinatários das normas os efeitos de cada tipo de contratação. Enquanto isso não se dê, acredito dever-se aplicar subsidiariamente não apenas as normas do contrato de edição, que terão por si pouca aplicabilidade, mas também as do mandato e da agência que é como os participantes atualmente percebem sua relação.

3. TIPICIDADE SOCIAL E TIPICIDADE LEGAL

Defendo, portanto, aqui a tipicidade do contrato de edição musical *lato sensu*, como contrato misto de edição, mandato e agência. Ora, quando se leia os artigos que regulam hoje a edição e a cessão junto dos instrumentos contratuais acima analisados fica claro que, ainda que na lógica rigorosa da dogmática jurídica, a um conceito especificado aplicam-se todas as normas que disciplinam o geral, com o contrato de edição musical assim não se dá. Ele desborda as fronteiras do contrato de edição em geral, apesar de ter nascido sob sua sombra: foi apenas à necessidade de chamar a formalização jurídica dos acordos produzidos no âmbito da indústria musical de alguma coisa que o paradigma já tipificado por lei da edição serviu.

A tipicidade social se compôs historicamente não apenas por meio de uma prática reiterada e compartilhada, mas inclusive pelo desenvolvimento de instrumentos autônomos de padronização, nomeadamente os *contratos-tipo* oferecidos pela sociedades de gestão coletiva a seus associados. É de se notar, porém, que essa *prática* foi também muito mais a prática dos editores, imposta aos compositores. Já foi oportunamente comentado que eram classificáveis como de adesão, uma vez que os editores, ligados às

²⁶⁴ Essas regras legais ou sociais, o autor as concebe como regras constitutivas (que transformam significado em efeito), à semelhança da estrutura kelseniana de imputação, cujo primeiro termo é “se duas ou mais pessoas fazem um acordo em determinadas circunstâncias (existência/validade)” e segundo “então cada uma das partes tem o dever de fazer aquilo que acordou, nos termos acordados (eficácia)”.

gravadoras, detentoras da estrutura física necessária à divulgação das obras²⁶⁵ se viam em posição confortável para a determinação dos moldes de constituição da relação jurídica. Mesmo quando um compositor alcançasse em algum momento uma posição social que o permitisse ter maior poder de barganha, uma boa parte da sua produção até ali já estariam fora de seu controle, pois devidamente alienados às editoras nos moldes por elas impostos, tudo sob a garantia de uma ordem jurídica capaz de fazê-los reféns da própria declaração de vontade, exteriorizada e fixada num momento do passado em circunstâncias que, porém, não correspondentes aos tradicionais vícios da vontade²⁶⁶ (erro, dolo e coação art. 147 e 86-113 CC/1916, art. 138-155 CC/2002, ou ainda estado de perigo, art. 156 CC/2002), eram reconhecidas como vontade livremente declarada. Tampouco enquadráveis nos casos de excessiva onerosidade superveniente (art. 478-480, CC/2002).

Em juízo é possível encontrar, por exemplo, uma editora que rejeita a adesividade do contrato ao salientar que, pelo contrário, ela é que aderira aos modelos das associações de arrecadação e distribuição:

Ao contestar, a Editora observou que os contratos foram assinados conforme modelo padronizado da época, fornecido pela União Brasileira dos Compositores, limitando-se a aderir aos seus termos, além do que não pode haver direito de arrependimento em contrato de cessão de direitos autorais, não havendo possibilidade de ser levada em conta a teoria da imprevisão diante da inflação e no caso dos ajustes que adotam contraprestações percentuais.²⁶⁷

Só não revela ela que essas entidades que forneciam os contratos-tipo²⁶⁸, até mesmo, ironicamente, a União Brasileira dos Compositores, eram controladas por

²⁶⁵ O elevado capital requerido é uma das razões pela formação de verdadeiros oligopólios. As chamadas *majors*, na década de 70 eram basicamente Philips-Phonogram (depois Polygram), CBS, EMI-Odeon, Capitol Records (na verdade a Odeon era a representante no Brasil também da Capitol Records, que tinha a EMI como uma de suas principais acionistas, assim que estamos falando de um mesmo domínio econômico), WEA, RCA-Victor, Continental e o Sistema SIGLA da Rede Globo. (MORELLI, 2008, *passim*).

²⁶⁶ “Assim, ao invés de se queixarem de nossa fragmentária legislação autoral, compositores e poetas (autores de letras), antes de se deixarem iludir pelas fórmulas encapuçadas das nossas sociedades autorais (SBACEM, SABAT, SADEMBRA e A.A.A.D.F.), que sob a capa de ‘contratos de edição gráfica ou fonomecânica’ consumam verdadeiras ‘cessões de direitos’, deveriam consultar advogados especializados, que lhe ensinassem estas diferenças fundamentais.” (DUVAL, *circa* 1960, p. 332-333)

²⁶⁷ Apelação Cível 7.257-4/8, 1ª Câmara de Direito Privado, TJ-SP, rel. Roque Mesquita, jugado em 24.05.1998.

²⁶⁸ Ainda de se notar que os contratos-tipo são prática dos editores presentes já muito antes da formação das entidades de gestão coletiva: no começo do século XIX, por exemplo, já há modelos da “Associação de comerciantes alemães de partituras” (VENTURA, 1996, p. 16-17, nota 5). O que pode levar a uma suposição de ser essa uma prática antes carregada por eles para dentro das associações que nascidas no meio delas.

Editoras, na posição de cessionárias, com a maioria dos votos, como apurado recentemente em CPI e referido na início deste trabalho.

O direito como prática social envolve igualmente todos seus participantes, que dominam critérios comuns para a resposta de uma dúvida concreta (“como devo proceder com o propósito X sob as circunstâncias Y?”), sem ter de, para isso, a cada vez recorrer à autoridade, mesmo que não haja uma regra regulativa a que possa se reportar, quando podem então fazer uso de analogias. Mas eles não costumam se perguntar e decidir sobre uma *natureza jurídica* de suas relações com os outros. É quando há um conflito potencial ou de fato que a autoridade (judicial ou administrativa) é chamada ou faz-se espontaneamente presente e submete a solução a critérios desenvolvidos por ela ou para ela: nesse momento aparece a dogmática, seus conceitos e relações pretensamente sistemáticas, cujo hábito é o da determinação de uma natureza jurídica para dar uma resposta a casos insuficientemente normados.

O direito tem a competência de resolver casos, isto é, o poder de criar, modificar ou extinguir pretensões, deveres, poderes, liberdades em concreto. Mas isso por si não é o que chamamos hoje *direito*: diz-se frequentemente que as normas devem ser gerais²⁶⁹ e conferir previsibilidade às consequências das condutas (o discurso da segurança jurídica e da proteção da confiança têm sido bastante visitados entre nós). A norma jurídica, por esse ângulo, é uma abstração de casos recorrentes que carregam elementos semelhantes, resultante numa prescrição que por definição poda as peculiaridades desses casos, de modo que a consequência jurídica concreta não se acha completamente predeterminada nas normas: essas normas estabelecem limites dentro dos quais uma decisão concreta deverá se ajustar.²⁷⁰

As condições que compõem um conceito jurídico são necessárias, mas nem sempre suficientes, assim que também todas as possíveis defesas contra a demanda da imputação de consequências a pressupostos decorrente de um conceito compõem a delimitação desse conceito.²⁷¹

Portanto, um conceito jurídico ou instituto é um conjunto de normas que se refere a um símbolo (a palavra “propriedade”, e.g.) que simplifica a atribuição de consequências

²⁶⁹ Segue operante a exigência de dupla generalidade: quanto ao fato (D.1.3.3) e quanto ao agente (D.1.3.8).

²⁷⁰ ENGLISH, 1996, p. 67-69; 115-149.

²⁷¹ HART, 1949, p. 173-177, em que ele apresenta a noção da *defeasibility* dos conceitos jurídicos

a pressupostos: é um unificador que intermedeia uma série de pressupostos e a série de consequências que a eles se ligam.²⁷² E, a partir daí, o sentido de falar numa *natureza jurídica* é o de “estabelecer um tipo de relação entre o conjunto de preceitos em que este conceito consiste, e outro conceito (conjunto de preceitos) considerado ‘superior’ ou ‘genérico’”²⁷³, isto é, reconhecer que as possíveis defesas a uma demanda de declaração ou constituição das relações que compõem um instituto estão previstas pelo direito positivo nas normas que regulam outro instituto.

Porém, não há qualquer laço metafísico entre os institutos: as normas “emprestadas” passam a integrar o conceito. É por isso que a determinação da natureza jurídica não é uma *descrição* (como pretendem muitos doutrinadores), mas uma *decisão* a respeito do contorno normativo de um conceito. Essa decisão é feita por todo participante de uma prática, em certa medida. Às vezes a decisão do legislativo prepondera, e então a norma que prescreve a anulabilidade do negócio jurídico concluído sob coação (art. 151, CC) e aquela que prescreve não se considerar coação o “simples temor reverencial” (art. 153, CC) compõem o conceito de doação e compõem, simultaneamente, cada conceito dos outros contratos em espécie, por ele previstos ou não. Outras a decisão pode não ter base legal alguma e ora se decidirá, e.g., que o direito autoral é (tem a natureza jurídica de) propriedade, e portanto passível do uso de interdito proibitório, ou o contrário, até que uma decisão com mais autoridade padronize essa resposta.

Que um contrato seja, em seu uso prático, chamado ‘edição’ não faz dele, necessariamente, aos olhos do direito, edição. Levantar essa dúvida sobre ainda comungar ou não o contrato de edição musical das características essenciais da edição geral, subordinável à mesma disciplina, não é mera conjectura teórica. Por exemplo, no contrato de edição musical, uma edição não é quantificável como na de obra gráfica, pois que o editor se constitui explorador exclusivo da obra além de mandatário do autor para autorização de utilização a terceiros. Como aplicar a um contrato desses a regra dispositiva de que “entende-se que o contrato versa apenas sobre uma edição, se não houver cláusula expressa em contrário” (art. 56, Lei 9.610/98) se a exploração contratada não se resume a uma só modalidade, mas tantas quantas forem necessárias à divulgação?

²⁷² ROSS, 1957

²⁷³ LE PERA, 1971, p. 78. Tradução minha do trecho: “...establecer un tipo específico de relación entre el conjunto de preceptos em que este concepto consiste, y otro concepto (conjunto de preceptos) considerado ‘superior’ o ‘genérico’”

E pior, como aplicar o parágrafo único, que, no silêncio do contrato, arbitra em três mil o número de exemplares correspondente a uma edição? Isso evidentemente só faz sentido na edição de livros. É, portanto, por conta do regime aplicável que se define o conceito jurídico, e é isso que nos possibilita afirmar: hoje a edição musical é contrato socialmente típico e não tem natureza jurídica de edição apenas.

CONCLUSÕES

Retomando os resultados de cada fase do estudo, à guisa de conclusão, podemos assim resumi-los. Num primeiro momento, procurando compreender os termos fáticos da relação juridicamente descrita como edição musical, coletei os pontos essenciais pertinentes às relações entre eles, sem me importar ainda em definir o tipo de relação jurídica estabelecido, sintetizando-as numa relação que se dá entre um sujeito ‘compositor’ (isto é, alguém cuja atividade, economicamente central ou não, é a de organização de estruturas de pensamento passíveis de performance, por si ou outros músicos, através de propagação sonora, qualificada socialmente como “musical”, de forma a se *comunicar com um dado público*) e um sujeito pessoa jurídica “editora” (cuja atividade economicamente central consiste na *organização de meios* pelos quais a comunicação que é objeto da atividade da parte A possa se dar, administrando-os em nome daquela parte) sendo ela, portanto, intermediária entre compositores e, *imediatamente*, as instâncias de produção, distribuição e consagração, e compositores e, *mediatamente*, o público. O objeto desse acordo, determinado ou determinável, é a obra musical, enquanto bem juridicamente constituído. Entre as partes há o *interesse do público*, termo afetado e condicionante dessa termos dessa relação. A intenção comum das partes é a divulgação de uma obra musical, o que se coaduna com o interesse do público, sendo essa a **função econômico-social** do contrato, sua causa, em suma, em consonância com o interesse público.

No segundo capítulo, suspendendo a análise do nosso caso especial e partindo da edição geral como contrato típico, defendi que a disciplina especial destinada ao contratos sobre bens intelectuais, aí incluídas as obras musicais, refere-se, à diferença dos direitos especiais protetivos, às especificidades dos direitos conferidos pelo ordenamento sobre esses bens. Esses direitos é que são objetos dos contratos. À continuação, concluí que os efeitos dos contratos sobre direitos de autor podem ser de três tipos: a) translativos, b) parcialmente translativos ou c) obrigacionais de licença ou concessão, sendo os últimos os do contrato de edição, que, da forma como é hoje no Brasil compreendido, tem eficácia obrigacional, sendo oponível, porém, a terceiros. Em seguida, constatei que compõem o tipo social contrato de edição musical, tanto a cessão, quanto a edição propriamente dita (cujas diferenças essenciais na sua disciplina positiva são, essencialmente, que a cessão, por ser translativa de direitos, pode ser definitiva, sendo limitada temporalmente por

norma dispositiva no silêncio das partes, ao passo que a forma de limitação de vigência da edição é o número de edições contratadas, que têm o prazo de dois anos para iniciarem) a ambas aplicando-se a norma de interpretação restritiva, que, na prática, tem significado a limitação da contratação aos direitos explicitamente enunciados na conclusão do contrato.

No terceiro capítulo, examinei uma a uma as cláusulas mais importantes e frequentes nos instrumentos contratuais concretos de edição musical *lato sensu*, concluindo que a atual estrutura do contrato de edição musical é fruto do deslocamento da obrigação principal da edição tipificada na lei, a que um dia pertenceu. Essa metamorfose dentro dos parâmetros iniciais do antigo contrato foi resultado de uma hipertrofia das obrigações e direitos secundários das partes editoras, quais sejam, os de exploração econômica da execução pública, dos direitos de transformação, e de sincronização – em torno dos quais as empresas passaram a secundariar seu papel produtor e propulsionar seu papel administrador – colocando-se não mais como intermediária entre o compositor e o público, mas entre o compositor e esses intermediários (como vimos, muitas vezes pertencentes à corporação em que atuante a editora).

O contrato de edição musical, portanto, tem novas obrigações principais: não é mais a de editor-publicador, mas a de editor-licenciador para utilizadores públicos, contrato misto e não tipificado por lei. Esse papel é identificável agora com clareza na situação apresentada na introdução, em que as novas plataformas de *streaming* tem negociado diretamente com os agrupamentos de editores musicais (no caso, a UBEM), ficando daí automaticamente excluídos os compositores que optam por não assinar contratos com editoras. O alargamento do âmbito dos direitos concedidos aos editores, não permite mais falar na edição musical como sub-conceito da edição geral, sendo inaplicáveis a ele boa parte das regras desse contrato típico. Minha proposta final foi a da consideração da tipicidade social do contrato de edição *lato sensu*, unindo os antes separados conceitos de edição e cessão, a fim de uniformizar os efeitos jurídicos de duas relações que hoje só se diferenciam na esfera jurídica, mas que dizem respeito ao mesmo contexto fático com os mesmos agentes, mesmo objeto e mesma função econômico-social.

A atual situação, em que fica ao arbítrio das editoras a eleição do tipo contratual a se subordinar, os diferentes efeitos são um ponto da maior importância nos seus departamentos jurídicos de modo que a construção da maior liberdade do autor pode passar pela flexibilização do tratamento jurídico-positivo dos acordos. Os atores empresariais do mercado, muito mais que os músicos pessoa-física, organizam suas ações tendo em vista os efeitos jurídicos que o ordenamento oferece. Não é o ordenamento que unilateralmente escolhe que efeitos dos acordos entre particulares irá juridicamente dar relevo e reforçar, oferecendo sua tutela. É das exigências econômicas da editora que resultará a necessidade ou desnecessidade para ela de uma aquisição definitiva de direitos; a depender da estrutura econômica e jurídica em que ela se insira, pode-lhe ser suficiente apenas a garantia de seu uso por tempo determinado ou não²⁷⁴. No caso que estudamos, o desequilíbrio contratual tem fonte na assimetria de informações e experiência entre os contratantes. Nesse estado de coisas, o conhecimento e discussão dos princípios e institutos jurídicos que tratam dessas relações contratuais ganha apenas mais importância prática, pois que é a partir de suas antigas estruturas que se conformarão as novas. A inevitável sublimação do suporte físico, por mais perplexidades que provoque, transforma, mas não tem o poder de fazer terra arrasada das relações que povoam o mercado da música.

²⁷⁴ ROPPO, 2009, p. 212.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABPD. **Mercado Brasileiro de Música 2014**. Publicado em 2015. Disponível em: <<http://www.abpd.org.br/wp-content/uploads/2015/06/PublicacaoABPD2014.pdf>> .
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. (org.) **Contratos de Direito de autor e de Direito Industrial**. Coimbra: Almedina, 2011.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Enunciado e ato na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992.
- ALQUATI, Caio, **Indústria Fonográfica: Dinâmicas e Perspectivas**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Instituto de Economia. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.
- ASCENSÃO, José Oliveira de. **Direito Autoral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARBOSA, Denis Borges. **Contratos de Propriedade Intelectual**. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/ibmec1.doc>> acessado em 20/07/2015.
- BARBOSA, Denis Borges. **Uma Economia do Direito Autoral**. 2011. <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf>.
- BARBOSA, Denis Borges. **Direito de Autor: questões fundamentais de direito de autor**. São Paulo: Lumen Iuris, 2013.
- BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. **Relatório Final**. Relator: Senador Lindbergh Farias. Brasília, DF: Senado Federal, Abril de 2012. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951>>.
- BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Trad. Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados unidos do Brasil comentado**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor na obra feita sob encomenda**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos Atuais do Direito do Autor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- MELLO, Zuza Homem de. **A Era dos Festivais: uma parábola**. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- BRANCO, Sérgio; PARANAGUÁ, Pedro. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

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

BOBBIO, Pedro Vicente. Parecer: Contrato de edição e compra e venda de direitos autorais. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 274, p. 86-95, ago. 1958.

BUZAID, Alfredo. Parecer: Contrato de edição e compra e venda de direitos autorais. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 274, p. 77-86, ago. 1958.

CAETANO, Miguel. “Discográficas utilizam novo tipo de contratos para ‘agarrar’ artistas”. In: **Remixtures**. 24.09.2007. Disponível em: <http://www.remixtures.com/2007/09/discograficas-utilizam-novo-tipo-de-contratos-para-agarrar-artistas/>

CERQUEIRA, Amanda Coutinho. **Direito Autoral na reestruturação capitalista: o caso da indústria fonográfica no Brasil**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas. João Pessoa, 2009.

CHAVES, Antonio. **Nova lei brasileira de direito de autor: estudo comparativo com o projeto que lhe deu origem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

CHAVES, Antonio. **Obras Literárias e Musicais (Contrato de Edição)**. São Paulo: Julex, 1988.

COUTO E SILVA, Clóvis Verissimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

DUVAL, Hermano. “Da edição musical em disco”. In: **Arquivo Judiciário**. v. LII, n. 1, 05.10.1939, Suplemento. Rio de Janeiro: Jornal do Comercio, 1939, p. 23-24.

DUVAL, Hermano. **Direitos autorais nas invenções modernas**. Rio de Janeiro: Editorial Andes, 1956.

DUVAL, Hermano. “Discos”. In: SANTOS, J. M. de Carvalho Santos. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasil**. v. XVIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, s/d (circa 1950), p. 78-81.

DUVAL, Hermano. “Musical (Edição)”. In: SANTOS, J. M. de Carvalho Santos. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasil**. v. XXXIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, s/d (circa 1960), p. 332-343.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e práticos dos contratos**. V. 3. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. trad. João Baptista Machado. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste-Goulbekian, 1996.

ESPÍNOLA, Eduardo. Parecer: Contrato de edição e contrato de cessão de direitos autorais. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 274, p. 49-58, ago. 1958.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito de Autor: da Antiguidade à Internet**. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

GAMA, Affonso Dionysio. **Teoria e Prática dos contratos por instrumento particular no Direito Brasileiro**. 16ª ed. rev. atual. por Giannino Vilordi. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

GONDIM NETO. Parecer: Contrato de edição e contrato de cessão de direitos. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 274, p. 59-69, ago. 1958.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GORGULHO, Guilherme. “Djavan encara ‘risco’ da independência aos 28 anos de carreira”. In: **Folha de São Paulo**. 13.07.2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u45922.shtml>>

GPOPAL. **Uma análise qualitativa do mercado de música no Brasil**: para além das falsas dicotomias. [Relatório final da pesquisa de música, parte da pesquisa “O acesso a bens culturais e educacionais no Brasil”.] São Paulo: EACH-USP, 2010. Disponível em: <<http://www.gpopai.usp.br/novo/IMG/pdf/relatorio-musica-gpopai-2010.pdf>>, acessado em 10/06/2015.

GUEIROS JR, Nehemias. **O direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber, volume 1 – A música**. Rio de Janeiro: Gryphus, 2000.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. v. 7. São Paulo: Edição Saraiva, 1962.

FRANÇA, Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito da Propriedade Intelectual**. 3ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

HART, H. L. A. "The ascription of responsibility and rights" In: **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, Vol 49 (1948-1949), p; 171-194.

HOHFELD. Wesley Newcomb Hohfeld. “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning” In: **The Yale Law Journal**, Vol. 23, No. 1, Nov., 1913, pp. 16-59.

LE PERA, Sergio. **La naturaleza jurídica**. Buenos Aires: Ediciones Panedille, 1971.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

MANSO, Eduardo Vieira. “Contrato de Edição” In: CAHALI, Y. S. (coord.) **Contratos nominados**. São Paulo: Saraiva, 1988.

MATTIA, Fabio Maria de. **O autor e o editor na obra gráfica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MIGUEL, Antônio Carlos. “Na era do conteúdo, editoras musicais criam novas oportunidades para promover seus artistas”. **O Globo**. 06.08.2010. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/na-era-do-conteudo-editoras-musicais-criam-novas-oportunidades-para-promover-seus-artistas-2970823>

MORAES, Walter. **Questões de Direito de Autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MORELLI, Rita de Cassia Lahoz. **Indústria fonográfica: um estudo antropológico**. Campinas: Editora da Unicamp, 2009. (edição comercial de dissertação de mestrado de 1988).

MORELLI, Rita de Cássia Lahoz. **Arrogantes, anônimos, subversivos: interpretando o acordo e a discórdia na tradição autoral brasileira**. Tese (Doutorado). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 1998.

MORTAIGNE, Veronique. Num mercado acidentado, a edição musical está com boa saúde. Disponível em: <<http://www.controversia.com.br/blog/num-mercado-do-disco-acidentado-a-edicao-musical-esta-com-boa-saude/>> 29.09.2007.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. v. 3 (contratos). 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NETO, José Carlos Costa. **A Reorganização do Conselho Nacional de Direito Autoral**. Brasília: MEC, 1982.

NETO, Hildebrando Pontes. “Justificativa” In: CNDA. **Anteprojeto da lei sobre direito de autor**. Brasília: CNDA, 1988.

NETTO, Telles. **Aspectos do Contrato de Edição: examinados à luz de um novo conceito sobre a natureza jurídica do direito do escritor**. Recife: Jornal do Comércio, 1940.

OLIVEIRA, Marcelo Carvalho de. **Para além do iTunes: a indústria fonográfica na primeira década do século XXI**. Dissertação (mestrado). Universidade de Brasília, Instituto de Artes, Departamento de Música, 2010.

OLIVEIRA, Márcia Ramos de. **Uma leitura histórica da produção musical do compositor Lupicínio Rodrigues**. Tese (Doutorado). Programa de Pós Graduação em História. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, anexo, p. 20.

OLIVEIRA E SILVA, Dirceu de. **O Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956.

ORLANDO, Pedro. **Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais**. (1ª ed. 1939). Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. V. II. 25ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Contratos. v. III. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PINTO, José Paulo Guedes. **No Ritmo do Capital: indústria fonográfica e subsunção do trabalho criativo antes e depois do mp3**. Tese (Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1984.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1984.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1984.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. LXIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1984.

PINTO, José Paulo Guedes. **No ritmo da capital**: Indústria fonográfica e subsunção do trabalho criativo antes e depois do mp3. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, 2011.

QUEIROZ, Daniel Campello. **Relações entre compositores e editoras musicais**. Dissertação (Mestrado). Instituto de Economia. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013.

QUEIROZ, Daniel Campello. **Gestão coletiva de direitos autorais - música**. (Apresentação .ppt) Comissão de Educação e Cultura, Audiência Pública, 02.06.2011. Disponível em: <www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/.../ce/.../DanielCampello.ppt>

QUEIROZ, Daniel Campello. “Injustiça Autoral”. O Globo, 26.11.2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniaoinjustica-autoral-14660490>.

RAYNOR, Henry. **História Social da Música**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSS, Alf. "Tu-tu". In: **Harvard Law Review**, Vol. 70, n. 5, mar. 1957, p. 812-825. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1337744>>

SANCHES, Hércules Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo: LTr, 1999.

SANTOS, J. M. Carvalho dos. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. v. XVIII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.

SILVA, Ildelfonso Mascarenhas da. **Direito do autor**. Rio de Janeiro: Editorial Aurora, 1947.

SOBRAL, Marcela. “Selos preenchem lacuna deixada por gravadoras em crise, lançando artistas novos e já consagrados”. **O Globo**. 27.06.2010. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/cultura/selos-preenchem-lacuna-deixada-por-gravadoras-em-crise-lancando-artistas-novos-ja-consagrados-2988005>>

TINHORÃO, José Ramos. **Música popular**: do gramofone ao rádio e tv. São Paulo: Ática, 1981.

VICENTE, Eduardo. **Música e disco no Brasil**: a trajetória da indústria nas décadas de 80 e 90. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo: Escola de Comunicação e Artes, São Paulo, 2002.

VEGA, Javier Lasso de la. **El contrato de edicion o los derechos y obligaciones de autores e editores**. Madrid: Estades Artes Gráficas, 1949.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Obrigações e Contratos. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

WEISS, Piero; TARUSKIN, Richard. **Music in the Western World**. Belmont: Schirmer, 2008.

WOODMANSEE, Martha. “The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the ‘Author’”. In: **Eighteen Century Studies**. Vol. 17, n. 4, 1984.