

**MODALIDADE DE USO E SUPORTE: DISTINÇÃO CONCEITUAL E QUESTÕES
CONTRATUAIS RELACIONADAS COM A CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS**

MODALITY OF USE AND DEVICE: CONCEPTUAL DISTINCTION AND CONTRACTUAL
ISSUES RELATED TO COPYRIGHT TRANSFER

MARCIA LAMARÃO ROSA E SILVA

Advogada e mestrande de Direito da UERJ na linha de pesquisa Empresa, Trabalho e
Propriedade Intelectual

RESUMO

Apesar da confusão comumente verificada em contratos e decisões judiciais, as expressões "modalidade de uso" e "suporte" possuem conceitos distintos. O objetivo do presente estudo é identificar as características e diferenças destes dois elementos a fim de alcançar uma definição própria para cada um. A partir da determinação destes conceitos, o artigo se propõe a discutir sobre a questão da validade da cessão de direitos autorais patrimoniais para utilização de obra em suportes não existentes à época da assinatura do contrato. Em sentido contrário à jurisprudência majoritária, é proposta uma forma alternativa de resolução de conflitos, a partir da teoria da imprevisão e da possibilidade de revisão contratual.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade Intelectual; Direitos autorais; Contratos; Cessão.

ABSTRACT

In spite of the confusion commonly noticed in contracts and judicial decisions, the expressions "modality of use" and "device" have distinct meanings. The objective of the present study is to identify the characteristics and difference of these two elements in order to reach a definition for each one. From the determination of these concepts, this article intends to discuss about the issue of the validity of the copyright transfer for use of work in non-existing devices at the time of execution of the contract. In opposite direction to the majority of precedents, it is proposed an alternative form of resolution of conflicts from the theory of unpredictability ("teoria da imprevisão") and the possibility of contractual revision.

KEY WORDS: Intellectual Property; Copyright; Contracts; Transfer.

1 INTRODUÇÃO

A Lei de Direitos Autorais 9.610/98 (LDA) confere ao autor intelectual o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor das suas obras (art. 28). Desse modo, a legislação pátria garantiu um mecanismo retroalimentar de produção cultural, através do qual o autor pode colher os frutos decorrentes do monopólio de exploração comercial das suas obras, garantindo-lhe, assim, um sustento para continuar criando.

No entanto, raras são as circunstâncias em que um autor auferir lucros a partir da fruição direta das suas obras. O meio mais usual de remuneração do autor é através da transferência parcial ou integral dos direitos de utilização de suas criações (cessão dos “direitos autorais patrimoniais”) para a exploração comercial de terceiros.

Assim, o autor de um romance cede os direitos de reprodução e distribuição da sua obra para uma editora em troca de um percentual sobre as vendas dos exemplares. O diretor ou produtor cede os direitos de transmissão da sua obra audiovisual para uma emissora de televisão em troca de uma remuneração fixada de acordo com o número de exibições, entre tantos outros exemplos.

Por esse motivo, a negociação dos termos e condições contratuais da cessão dos direitos autorais patrimoniais é um tema de suma importância para a indústria do entretenimento, tanto sob o ponto de vista dos autores, quanto dos demais cedentes e cessionários.

Nesse contexto, destaca-se um tópico que ainda hoje causa certa confusão na seara da elaboração e interpretação contratual, qual seja a diferença entre “modalidade de uso” da obra e “suporte” da obra, termos estes essenciais para a definição do escopo da cessão dos direitos patrimoniais do autor.

Apesar de possuírem conceitos distintos, é comum depararmos com contratos de cessão de direitos autorais nos quais a aplicação dos termos “modalidade” e “suporte” se sobrepõem de forma imprecisa ou equivocada, seja por desconhecimento técnico dos contratantes ou por receio de uma interpretação judicial desfavorável decorrente do desconhecimento técnico do próprio juiz.

Do ponto de vista prático, uma das questões mais críticas gerada por essa confusão está relacionada à regra do artigo art. 49, V da LDA, que determina que a cessão terá validade somente para as modalidades de utilização já existentes à data de assinatura do contrato. Em

outras palavras, qualquer modalidade a ser inventada em momento posterior à execução do contrato terá que ser objeto de nova cessão de direitos. Uma vez que "modalidade" e "suporte" são comumente confundidos, existe uma tendência em aplicar-se o art. 49, V também para suportes, o que não nos parece a melhor interpretação da norma.

Portanto, o objetivo do presente estudo é identificar as características e diferenças desses dois termos a fim de alcançar uma definição própria para cada um. A partir da definição destes conceitos, esse artigo se propõe a discutir sobre a questão da validade da cessão de direitos autorais patrimoniais para utilização da obra em suportes não existentes à época da assinatura do contrato. Por fim, será proposta uma resolução de conflitos alternativa aquela adotada pela jurisprudência, a partir da teoria da imprevisão e da possibilidade de revisão contratual.

2 AS DIFERENÇAS ENTRE SUPORTE E MODALIDADE

Não é estranho que o conceito de “modalidade” seja confundido com o conceito de “suporte”. Afinal, a reprodução e distribuição das obras mais populares (músicas, romances e filmes) estavam, até muito pouco tempo, confinadas à sua fixação em suportes físicos (CDs, livros, DVDs).

No entanto, a vinculação de uma determinada modalidade com a forma material ou imaterial em que a obra é publicada pelo autor não parece a mais adequada, considerando-se os avanços tecnológicos conquistados pelo homem que permitem a publicação e a divulgação de obras artísticas nas mais variadas formas e meios. Afinal, não seria a cópia de um arquivo digital de música ou filme (forma incorpórea) através da Internet simplesmente uma utilização na modalidade reprodução?

Portanto, ainda que intimamente ligados, não há como negar que “modalidade” e “suporte” são conceitos distintos no contexto do direito autoral, como veremos a seguir.

2.1 Exteriorização e materialização

Dentre os diversos elementos apontados pela doutrina como essenciais para que uma obra seja objeto de proteção autoral, é unânime que (i) ela seja uma criação original e que (ii) ela

seja, de alguma forma ou por qualquer meio, exteriorizada. Para fins do presente estudo, cabem algumas observações quanto ao segundo elemento.

De fato, como determina a própria LDA em seu artigo 7º, uma obra protegida deve ser expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte. Isso porque uma criação não exteriorizada permanecerá no plano das idéias, que, por si só, não são passíveis de proteção autoral. Por isso, a idéia deverá ser necessariamente externada de alguma forma que ela possa ser perceptível pelos sentidos¹, seja esta forma tangível ou intangível.

Assim, uma obra musical poderá ser exteriorizada através da uma gravação em CD (forma tangível) ou de uma execução ao vivo (forma intangível). Um poema poderá ser externado através da sua fixação em um livro (forma tangível) ou de um recital ao vivo (forma intangível).

No entanto, a proteção autoral conferida à obra não está vinculada ao meio pelo qual ela foi divulgada. Afinal, uma vez conhecida pelo público, ainda que se destruam todos os suportes físicos da obra, esta ainda poderá ser posteriormente reproduzida pelo próprio autor ou por terceiros².

A esse respeito, vale destacar a famosa estátua de bronze chamada “Discóbolo”, ou “O Lançador de Discos”, criada pelo escultor grego Míron, entre os anos de 470 e 440 a.C³. Apesar de a estátua original ter se perdido ao longo dos séculos, tem se conhecimento da criação de Míron por relatos históricos e reproduções romanas que resistiram ao tempo. Portanto, ainda que a pedra de mármore esculpida (meio tangível) tenha sido destruída, o “Discóbolo” é até hoje conhecido como uma obra original de autoria de Míron.

Logo, apesar da exteriorização da obra depender por vezes da sua materialização, a proteção legal recai sobre a criação em si e não sobre o suporte ou o meio através do qual a obra é divulgada ao público.

2.2 Formas de exteriorização: suporte e meio

Não existem limites para a imaginação do ser humano. Por esse motivo, a LDA, acertadamente, não delimitou as formas de exteriorização de cada tipo de obra. Pelo contrário, a

¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pág. 30.

² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pág. 31

³ BRITISH MUSEUM. *Highlights*. Londres, [2011 ?]. Disponível em <http://www.britishmuseum.org/explore/highlights/highlight_objects/gr/d/discus-thrower_discobolus.aspx>. Acesso em 28 jun. 2011.

lei conferiu proteção de forma abrangente àquelas obras intelectuais “*expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangíveis ou intangíveis*” (artigo 7º).

No entanto, não há definição expressa do que seria um “meio” ou um “suporte”. Eles são sinônimos? Ambos poderão ser tangíveis e intangíveis? Apesar de não haver uma resposta direta para essas dúvidas, a LDA nos dá alguns elementos para se propor uma definição simples e satisfatória. Para tanto, vejamos algumas definições constantes no seu artigo 5º:

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

VIII – obra:

i) audiovisual – a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, *do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação.* (grifos nossos)

Nos mesmos moldes do artigo 7º, o inciso VIII, letra i, do artigo 5º estabelece a dicotomia “meio” e “suporte” quanto às formas genéricas de exteriorização da obra audiovisual. Em razão disso, podemos concluir que “meio” e “suporte”, de fato, não são sinônimos.

No que concerne ao emprego do termo “suporte”, a LDA comumente associa tal forma de exteriorização à “fixação” da obra no mesmo. Não há como negar que a escolha desse termo nos remete à idéia de inserção da obra em um objeto físico. Esse entendimento fica evidente pelo uso dos conceitos jurídicos de “propriedade e posse” no inciso IV do artigo 5º, que nos leva a entender que a “distribuição” é a transferência de um objeto material no qual a obra está fixada.

Podemos então definir “suporte” como o objeto físico, material e tangível no qual a obra é inserida e através do qual ela poderá ser distribuída ao público. São exemplos o CD, DVD, pen drive, tablet, papel, quadro, parede, tecido, madeira, mármore, vidro, entre tantos outros.

Por sua vez, o termo “meio”, quando usado pela LDA para designar formas de exteriorização, é freqüentemente relacionado à divulgação direta ou imediata da obra ao público

por processos e canais tecnológicos, como deixa claro a definição de “transmissão e emissão” (inciso II do artigo 5º). Nesse mesmo sentido, o inciso V do artigo 5º estabelece claramente uma distinção entre “meios e procedimentos” e “exemplares”, indicando que o conceito de “meios” para os fins de “comunicação ao público” exclui as formas de exteriorização tangíveis.

Logo, o “meio” pode ser definido como todo canal ou processo de comunicação intangível, tecnológico ou não, através do qual a obra é transmitida ao público, tais como representações e execuções humanas, ondas sonoras, ondas de radiofrequência, sinais elétricos e sistemas óticos.

Por fim, é interessante destacar que, apesar de intangíveis, os meios tecnológicos dependem de um dispositivo físico de captação e emissão dos sinais e ondas, como, por exemplo, os aparelhos de rádio e televisão. No entanto, alguns desses aparelhos poderão ser utilizados não só como meros dispositivos de captação, mas também como suportes físicos. São os casos do computador e do celular, através dos quais é possível armazenar obras em arquivos digitais (faixas musicais) ou simplesmente transmitir as obras sem o seu armazenamento (emissão de rádio).

2.3 Modalidade de utilização

Apesar da LDA não fornecer um conceito genérico para “modalidade de utilização”, o artigo 29 dispõe uma lista não exaustiva dos seus diversos tipos, conforme transcrição a seguir.

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

- I - a reprodução parcial ou integral;
- II - a edição;
- III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;
- IV - a tradução para qualquer idioma;
- V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;
- VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;
- VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;
- VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:
 - a) representação, recitação ou declamação;
 - b) execução musical;
 - c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

- d) radiodifusão sonora ou televisiva;
- e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
- f) sonorização ambiental;
- g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
- h) emprego de satélites artificiais;
- i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
- j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;
- IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;
- X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

É interessante observar que todos os incisos acima são iniciados por um substantivo derivado de verbo⁴ (distribuir, editar, adaptar, traduzir etc.), o que nos leva a concluir que os tipos de modalidades são caracterizados por ações.

Apesar de a prática dessas ações depender da exteriorização inicial da obra pelo autor, o exercício de uma modalidade não depende necessariamente de uma determinada forma de exteriorização. Um desenho poderá ser reproduzido de diversas maneiras, seja em um livro, um filme ou mural. Uma obra musical poderá ser inserida em uma base de dados, seja esta um computador, um celular ou um tablet.

Logo, podemos definir “modalidade de utilização” como a ação passível de ser praticada sobre a obra, independentemente do meio pelo qual ela é divulgada ou do suporte no qual ela está inserida.

2.4 Exemplificação

Mesmo recebendo tratamento diferenciado pela legislação, ainda há muita confusão entre modalidade e suporte. Como exemplo, podemos citar a ação ordinária n. 001/1.10.0084203-8⁵, da 6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, ajuizada contra a empresa de telecomunicação Telet S.A. sob a alegação de que a ré cessionária teria utilizado a obra musical cedida pelo autor como *ringtone* de celular com alterações e sem indicação de crédito, o que teria ferido a integridade e paternidade da obra. Ao longo do voto, o juiz faz menção, por diversas vezes, à “modalidade de *ringtone*”, quando, em verdade, *ringtone* não é uma modalidade, mas

⁴ BECHARA, Evanildo. *Gramática escolar da língua portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lucerna, 2004, pág. 516

⁵ Ação ordinária n. 001/1.10.0084203-8⁵ (CNJ 0842031-91.2010.8.21.0001), 6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre – Juiz de Direito Dr. Murilo Magalhães Castro Filho, data do julgamento 26/10/2010

apenas um formato de fonograma destinado especificamente para toques se telefone celular. Vejamos alguns trechos da decisão.

Dessa feita, não houve qualquer irregularidade por parte da demandada e da denunciada na permissão de destinação e utilização da obra na modalidade de “ringtones” (...).

Ademais, não houve comprovação efetiva de que a obra musical objeto da lide tenha ficado descaracterizada na modalidade de “ringtones” (...).

Nesse aspecto, não se pode deixar de mencionar que eventual prejudicialidade da qualidade da música disponibilizada na modalidade “ringtones” (...).

Na decisão citada, a confusão de conceitos não interferiu no mérito da ação, uma vez que a demanda do autor não dizia respeito ao escopo da cessão concedida, e sim sobre a integridade e paternidade da obra cedida e utilizada pelo cessionário. No entanto, a ausência de diferenciação entre os dois termos pode levar à má interpretação dos contratos, o que possivelmente poderá prejudicar uma das partes, conforme será visto a seguir.

3 A VALIDADE DA CESSÃO PARA SUPORTES AINDA NÃO EXISTENTES

Uma vez estabelecidos os conceitos de “modalidade” e “suporte”, volta-se a atenção para uma questão que ainda hoje divide opiniões, qual seja, a validade da cessão de direitos autorais para suportes não existentes à época da assinatura do contrato.

3.1 Ausência de vedação legal

A LDA determina expressamente que a cessão somente será válida para as modalidades já existentes à data da assinatura do contrato (art. 49, V). No entanto, não existe neste diploma legal nenhuma restrição no mesmo sentido para os suportes – que, como visto, não se confundem com modalidade. Se assim quisesse o legislador, teria ele previsto expressamente a mesma limitação também para os suportes, o que não ocorreu. Portanto, em regra geral, a cessão de direitos autorais para todos os suportes existentes e *que venham a existir no futuro* é válida.

Para ilustrar o posicionamento proposto, imaginemos um contrato de cessão de direitos autorais de uma obra audiovisual, em que o autor transfere os direitos de reprodução do filme (modalidade), expressamente, em VHS e DVD (suporte). Nesse caso, não há dificuldades em

determinar o escopo da cessão, pois o cessionário poderá reproduzir o filme unicamente através dos dois suportes autorizados. Se ele quiser reproduzir o filme em disco Blu-ray (BD), terá que obter nova cessão do autor.

Vejamos, então, uma segunda hipótese, em que o autor cede os direitos autorais patrimoniais do filme na mesma modalidade de reprodução só que agora em todo e qualquer suporte existente hoje ou que venha a existir no futuro. Nesse caso, o contrato foi assinado em data anterior à data de invenção do BD. Ainda assim, o autor cedeu expressamente os direitos de reprodução do filme em qualquer suporte, de modo que o cessionário poderá agora reproduzir a obra também em BD.

É importante notar que, nos dois casos, a modalidade de utilização da obra cedida não mudou. Não houve uma inovação na modalidade objeto da cessão, mas sim uma ampliação das formas através das quais a modalidade será praticada. Independentemente do suporte a ser escolhido pelo cessionário, existente ou que venha a ser inventado, fato é que o direito de reprodução da obra foi integralmente cedido pelo autor.

Naturalmente que, como consequência das diferentes condições de contratação, a remuneração da cessão na primeira hipótese deverá ser bem menor do que a da segunda hipótese, da mesma forma em que o valor de venda de uma fazenda sem plantio será inferior ao de uma fazenda já com mudas de café plantadas.

No entanto, este não é o entendimento da jurisprudência majoritária. Vejamos o caso da Apelação Civil n. 0163118-43.2006.8.19.0001⁶, da 9ª Câmara Civil do TJRJ. O autor ajuizou ação de indenização por danos morais e patrimoniais contra a Sony Music pela utilização não autorizada de obra fotográfica como capa de CD, uma vez que a cessão concedida em 1977 destinava-se à utilização como capa de LP. O tribunal confirmou a procedência do pedido do autor sob o fundamento de que o CD seria uma nova modalidade não existente à época do contrato de cessão. Vejamos transcrição dos trechos relevantes do voto do relator:

No art. 29, da Lei 9.610/98 estão elencadas as diversas **hipóteses de utilização das obras, as quais constituem rol meramente exemplificativo** ante a constante evolução tecnológica da qual se originam novas possibilidades de sua utilização, resultando em maior complexidade dos negócios jurídicos.

(...)

⁶ Apelação Civil n. 0163118-43.2006.8.19.0001, da 9ª Câmara Civil do TJRJ – relator Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva – data do julgamento 07/12/2010.

Por sua vez, o art. 49, V do mesmo diploma legal, determina que a cessão dos direitos de autor somente ocorrerá **com relação às modalidades existentes no tempo da contratação.**

Assim, **mesmo na presença de contratos que estendam a cessão dos direitos autorais a todos os meios de utilização pelos produtores existentes ou que venham a existir, referida cláusula traz inserta nulidade implícita** por dispor diversamente do que explicita a lei.

Daí resulta que a autorização para determinado uso de obra não se estende automaticamente a outra modalidade de uso.

(...)

Com base nesses dispositivos, **conclui-se que a autorização dada pelo Apelante à Apelada de utilização das fotografias de sua autoria para ilustrar a capa do *Long Play* “Verde Que Te Quero Verde” não se estende ao *Compact Disc* com o mesmo título.**

O trecho destacado acima mostra a clara confusão que o relator faz entre “modalidade” e “suporte”. Apesar de o objeto do litígio ser a inclusão ou não do suporte CD no escopo da cessão, a decisão quanto à validade da cláusula para o uso em questão foi toda fundamentada nos dispositivos da LDA sobre modalidade. Seria correto afastar a validade do contrato para CDs caso a cessão estivesse expressamente limitada ao uso da fotografia exclusivamente em LP, o que não foi o caso da decisão analisada⁷.

O 11ª Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro seguiu esse mesmo entendimento na Apelação Cível 2000.001.20.689⁸. Segundo relatório do acordão, o cantor e compositor Bezerra da Silva ajuizou, em 1997, ação ordinária contra a editora musical detentora dos direitos autorais patrimoniais de comercialização das suas obras, pedindo a condenação da ré ao pagamento de royalties pelas vendas de CDs e fitas cassetes bem como por indenização decorrente de violação contratual, sob a alegação de que (i) a sua forma de remuneração específica não estaria prevista no contrato e (ii) a quantidade de exemplares vendidos foi informada a menor, causando prejuízos ao autor.

Por sua vez, a ré defendeu-se em contestação afirmando que a remuneração relativa à comercialização dos CDs e fitas cassetes havia sido devidamente paga de acordo com os critérios

⁷ Não foi possível acessar a íntegra dos autos, de modo que não tivemos acesso ao texto integral do contrato objeto do litígio. De qualquer maneira, ainda que a cessão estivesse limitada exclusivamente a LPs, a decisão deveria ser fundamentada na falta de previsão contratual para CDs, não cabendo ao caso a aplicação dos artigos da LDA relativos às modalidades.

⁸ Apelação Cível 2000.001.20.689, 11ª Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro – Rel. Des. Cláudio de Mello Tavares – data do julgamento 29/06/2001

contratuais de pagamento pela comercialização de discos fonográficos, definido como “toda e qualquer forma existente ou que venha a existir apta à reprodução de um fonograma”, devendo incluir-se aí não só os LPs, como as fitas cassetes e CDs também.

Segundo o relatório, o juiz de primeiro grau entendeu que “deve se considerar como disco vendido, todo aquele que for vendido seja em qualquer suporte material, ou seja, fita cassete, disco de vinil, ou CD’s”, conforme definição contratual. Desse modo, o pedido foi parcialmente provido, condenando a ré ao pagamento pela comercialização das obras do autor em CDs com base nos percentuais contratualmente estabelecidos para a venda de discos fonográficos.

No entanto, o tribunal entendeu de forma distinta com relação à base de cálculo da condenação. Como o contrato não previa expressamente o suporte CD, este não estaria coberto pelas condições contratuais, uma vez que os negócios jurídicos envolvendo direitos autorais devem ser interpretados restritivamente, não sendo válidas as cláusulas gerais de cessão. Por esse motivo, o pagamento devido pela ré não poderia ser calculado pelos percentuais estabelecidos no contrato, mas pelo preço real de venda por atacado.

Não se pode olvidar que o contrato é lei entre as partes, na forma do pacta sunt servanda, e nestas condições, vemos que a cláusula quinta, parágrafo quinto, estabelece que sempre que os fonogramas produzidos em decorrência do cumprimento do contrato forem publicados mediante a **utilização de suportes materiais outros que não o disco fonográfico, tais como “tapes”, “cartuchos”, “cassetes”, etc**, a remuneração devida em razão da venda de suas cópias será igual àquela que seria devida pela venda de disco fonográfico que reproduzisse os mesmos fonogramas, observadas, ainda, as normas contidas nos diversos parágrafos desta cláusula.

Tal estipulação não abrange o pagamento dos “royalties” relativos aos “compact disk”, sendo certo que os direitos autorais são personalíssimos, merecendo interpretação restritiva, conforme o art. 4º da Lei 9610 de 10 de fevereiro de 1998, que na lei anterior, correspondia ao seu art. 3º.

(...)

Resta-nos evidente, que a referida cláusula, enumerou os suportes materiais passíveis da publicação dos fonogramas, descartando os CD’s, que destacamos na época, existia, porém, em pequena escala.

As expressões tais como e etc, contidas na avença não possuem eficácia vinculante, posto que conferem interpretação ampla e abrangente, vedada em lei específica.

Ora, se não foi autorizada a divulgação da obra na forma de CD’s, é óbvio, não se vislumbra qualquer acordo de vontade entre as partes, que exteriorize o valor da remuneração dos direitos autorais acerca desta modalidade de divulgação.

Como visto nas decisões citadas, a jurisprudência majoritária entende que, caso os suportes não estejam especificamente singularizados no contrato, eles não estão cobertos pela cessão acordada, sob o argumento de que o contrato deve ser interpretado restritivamente (art. 4º da LDA). Assim, seria necessário novo contrato de cessão para os suportes não expressamente previstos. No entanto, não se pode confundir “interpretação restritiva” (ou "previsão expressa") com “previsão literal”. No caso dos contratos de cessão de direitos autorais, a regra do art. 4º da LDA deve ser aplicada, precipuamente, nas hipóteses de omissão ou imprecisão contratual, afastando-se a possibilidade de presunção da vontade do autor.

Para ilustrar a questão, imaginemos que um autor cedeu os direitos autorais de uma obra audiovisual para uma emissora de televisão aberta. Porém, por omissão das partes, o contrato não prevê os suportes ou meios através dos quais o filme será disponibilizado ao público. Nesse caso, o contrato deverá ser interpretado restritivamente no sentido de que a cessão cobre apenas transmissão por televisão aberta, em razão da natureza do negócio da cessionária, não podendo se presumir que a cessão se estende, por exemplo, para televisão fechada.

Em outro cenário, digamos que o autor ceda os direitos autorais sobre o seu filme para a mesma emissora, agora cobrindo transmissão em televisão aberta e fechada, bem como reprodução em DVD. Nesse caso, o contrato está vinculando às modalidades "transmissão" e "reprodução" para meios e suportes especificamente definidos, não estando o cessionário autorizado a reproduzir o filme em BD, por exemplo.

Agora, se o autor ceder todos os direitos autorais sobre o filme para qualquer meio ou suporte existente ou que venha a existir no futuro, não há aqui omissões ou presunções da vontade do autor, que foi clara e expressamente manifestada no contrato, ainda que de forma abrangente e generalizada.

Por outro lado, nem todo suporte será necessariamente compatível com determinada modalidade. É o caso de um CD para a modalidade de "comunicação ao público" (art. 5º, V, LDA). Nessa hipótese, ainda que houvesse a cessão para esta modalidade cobrindo qualquer suporte existente ou que ainda venha a existir, não estaria aí incluído suportes físicos, tendo em vista sua incompatibilidade com a modalidade cedida.

Seja qual for o cenário, o princípio da autonomia da vontade das partes deve prevalecer, ainda que o contrato esteja sujeito à interpretação restritiva. Como bem destaca Silvio Rodrigues, "[as partes] podem usar da liberdade que lhes reconhece a lei, para recorrer a um contrato atípico,

ou para combinar várias espécies de contratos, a fim de regular o eventual conflito entre seus interesses”⁹.

Portanto, não havendo vedação legal, não há razão para impedir que as partes contratantes negociem a cessão de uma modalidade de uso existente para todo e qualquer suporte que exista ou que venha a existir no futuro, desde que sejam compatíveis com a modalidade cedida e que haja uma remuneração adequada à abrangência da cessão. Isso porque, as partes contratantes precisam de espaço para adotar certo grau de generalização inerente a toda elaboração contratual.

Caso contrário, até que ponto será exigida a singularização dos suportes autorizados para que a cessão seja válida? Levando-se a situação ao extremo, será que um contrato de cessão para reprodução de música em celulares como o iPhone – atualmente na geração 4 –, assinado na data de hoje, não permitirá ao cessionário reproduzir a mesma música para o iPhone geração 5 a ser lançado no futuro?

Nesse contexto, torna-se relevante uma análise quanto à distinção entre “novo suporte” e “nova modalidade”.

3.2 Distinções entre “nova modalidade” e “novo suporte”

A confusão entre “nova modalidade” e “novo suporte” advém provavelmente do fato de que a evolução tecnológica possibilita o surgimento tanto de um quanto de outro, muitas vezes simultaneamente.

Para ilustrar essa situação, imaginemos a época em que não existiam dispositivos de gravação de áudio. A única possibilidade de comunicação ao público de uma obra musical (desconsiderando-se aqui a partitura, mas apenas o som em si) era por execução pública ao vivo. No entanto, em meados do século XIX, foi inventado o fonógrafo, o primeiro processo mecânico de captação de som que permitia a comercialização de suas gravações em objetos chamados de “cilindros”¹⁰. Assim, a invenção dessa nova tecnologia possibilitou o nascimento de uma

⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil, volume 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 16.

¹⁰ WIKIPEDIA. Phonograph cylinder. *Internet*, [S.l.], 18 jun. 2011. Disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Phonograph_cylinder>. Acesso em 30 jun. 2011.

modalidade até então inexistente para obras musicais: a reprodução do áudio por fixação em suporte.

Daí em diante, a evolução tecnológica foi apenas aperfeiçoando os tipos de suporte: discos de 78 rotações, LPs, fitas cassete, CDs, DVDs, BDs etc. Porém, independentemente dos suportes que venham a ser desenvolvidos no futuro, isso não significa que uma nova modalidade está sendo inventada. Pois em todos esses casos, a modalidade é a mesma: reprodução da obra em suportes físicos.

O mesmo não se pode dizer da invenção da radiotransmissão, desenvolvida durante a segunda metade do século XIX e aperfeiçoada no início do século XX¹¹. Com o surgimento do rádio, o público tornou-se independente do suporte físico para ter acesso a obras musicais no conforto do seu lar. A música passou a ser comunicada diretamente através de transmissões por ondas eletromagnéticas. Assim, a nova tecnologia permitiu a exploração da obra musical de uma forma diferente da anterior, fazendo surgir uma nova modalidade de utilização: a transmissão da obra por radiodifusão.

Desde então, novos dispositivos capazes de captar e transmitir as emissões de rádio foram sendo desenvolvidos: sons estéreo, Walkman, Discman, mp3 player, aparelhos de celular etc. No entanto, a invenção de cada um destes aparelhos não fez nascer uma nova modalidade, apenas novos meios de captação de ondas.

Diante desses exemplos, fica mais nítida a diferença entre “modalidade nova” e “suporte novo”. No entanto, até meados do século XX, o desenvolvimento tecnológico caminhava a passos lentos, de certo que, em muitos casos, o salto evolutivo entre uma tecnologia e outra era tamanho, que facilmente se identificava o surgimento de uma nova modalidade. Porém, o crescimento acelerado das inovações científicas, nos tempos atuais, oferece novas tecnologias em um curto espaço de tempo, muitas vezes, com pequenas variações de qualidade e eficiência entre uma e outra. Por esse motivo é que hoje existe maior dificuldade em se classificar uma tecnologia recém-lançada como "nova modalidade" ou "novo suporte". Ainda assim, os conceitos propostos nos dão alguma base para diferenciar um do outro.

Vejam novamente o exemplo da obra musical. Primeiramente, havia a execução pública, em seguida a reprodução por suporte físico e por fim a transmissão por radiodifusão. Já

¹¹ WIKIPEDIA. Radio. *Internet*, [S.l.], 30 jun. 2011. Disponível em <<http://en.wikipedia.org/wiki/Radio>>. Acesso em 30 jun. 2011.

em meados do século XX, surgiu o advento dos computadores com a sua função de armazenamento de dados. Vê-se que temos uma nova possibilidade de ação, qual seja, a de armazenar a obra musical em aparelhos eletrônicos capazes de, por si só, executar a música, independentemente de uma mídia na qual a obra esteja fixada (tal como os LPs, cassetes e CDs). Eis uma nova modalidade de uso: a inclusão da obra em base de dados e o armazenamento em computador. Tanto é o caso que a LDA inovou em relação à lei de direitos autorais anterior (Lei 5889/73), acrescentando esta nova modalidade ao art. 29, IX.

Mais recentemente, temos a criação dos notebooks e tablets, dispositivos eletrônicos de armazenamento de dados que se diferenciam dos computadores por serem compactos e portáteis. Nesse caso, temos uma evolução tecnológica quanto às características de mobilidade do aparelho eletrônico, possuindo, porém, a mesma capacidade de armazenamento de dados. Logo, estamos diante de novos suportes e não de novas modalidades de uso.

No caso de um contrato de cessão de direitos autorais sobre obra musical assinado antes do lançamento do tablet, se o contrato prevê a cessão para fins de armazenamento de dados em quaisquer aparelhos eletrônicos existentes ou que venha a existir no futuro, o autor não poderá impedir o armazenamento da sua obra em um tablet.

Contudo, não se pode ignorar a capacidade do ser humano em cada vez mais superar os desenvolvimentos tecnológicos já existentes. Diversos suportes e meios poderão ainda ser criados, trazendo um salto evolutivo capaz de mudar as condições de comercialização das obras autorais, trazendo inesperados lucros para o cessionário. Nesse caso, não seria justo admitir que o próprio autor da obra comercializada seja privado desses benefícios.

3.3 Aplicação da teoria da imprevisão e da revisão contratual

O contrato de cessão de direitos autorais patrimoniais, em muitos casos, é concedido pelo autor de forma total, exclusiva, definitiva, irrevogável e irretirável. Uma vez cedido nestas condições, o próprio autor não mais poderá explorar a própria obra durante o prazo contratual, cabendo a ele somente a remuneração estipulada contratualmente, seja ela em quantia única ou por exemplar comercializado. Sendo o contrato de prazo perpétuo ou de longa duração, poderá a comercialização da obra sujeitar-se a possíveis alterações nas condições mercadológicas em

decorrência do surgimento de novos e modernos suportes que ultrapassam consideravelmente as características tecnológicas do seu antecessor.

Foi o caso da criação do CD em relação à fita cassete, que trouxe uma notável evolução na qualidade do som, assim como um processo de fabricação mais eficiente, o que possibilitou um aumento na produção, distribuição e, conseqüentemente, nas vendas das obras musicais.

Em casos como este, o autor não teria como razoavelmente prever, há época do negócio jurídico, os impactos econômicos trazidos pelo surgimento de um suporte revolucionário. A consequência deste fato é a ocorrência de um desequilíbrio econômico na relação contratual, causando, nas palavras de Caio Mário, "uma onerosidade excessiva para um dos contratantes, ao mesmo passo que para o outro proporciona lucro desarrazoado"¹².

Ao celebrarem um contrato, as partes baseiam-se nas condições econômicas ao momento da sua assinatura, prevendo razoavelmente os efeitos futuros, ainda que não ocorra o benefício esperado. No entanto, diante de uma modificação mercadológica, imprevista e imprevisível à data da sua execução, poderá uma das partes se encontrar em uma posição inesperadamente desvantajosa em decorrência dessas mudanças, caso em que caberá à parte prejudicada a possibilidade de revisão contratual.

A possibilidade de revisão contratual em razão destas situações inesperada baseia-se na chamada teoria da imprevisão, a qual foi adotada pelo Código Civil vigente, em seus artigos 478 a 480. A esse respeito, vale destacar os ensinamentos de Silvio Venosa¹³:

Em sede de revisão e intervenção judicial, estas se justificam quando surge uma circunstância superveniente ao contratado, imprevista e imprevisível, alterando-lhe totalmente o estágio fático. Há uma consciência média da sociedade que deve ser preservada. Desequilibrando-se esse estado, estarão abertas as portas da revisão.

Portanto, na hipótese do contrato de cessão cobrir todos os suportes existentes ou que venham a existir no futuro, poderá o autor recorrer à teoria da imprevisão para solicitar a revisão contratual caso sejam criados suportes inovadores que possibilitem uma vantagem economicamente excessiva ao cessionário e imprevisível à época da assinatura do contrato. A aplicação desta teoria prestigia os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, ao mesmo tempo em que se concede ao autor ferramentas para restaurar possíveis

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. III. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 162.

¹³ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. v. 2. 5ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 496.

desequilíbrios econômicos a que ele fica sujeito em razão dos longos prazos de duração contratual.

4 CONCLUSÃO

Não há como negar a nítida relação entre modalidade e suporte, já que os atos chamados de "modalidades de uso" somente poderão ser praticados após a externalização da obra, o que comumente acontece através da sua fixação em um suporte. No entanto, estes termos, de fato, possuem diferentes acepções, quando utilizados no contexto dos direitos autorais, conforme deixa claro o tratamento dado a cada um deles pela própria LDA.

Assim, podemos conceituar suporte, em sentido estrito, como o *objeto físico, material e tangível no qual a obra é inserida e através do qual ela poderá ser distribuída ao público*, e o meio como o *canal ou processo de comunicação intangível, tecnológico ou não, através do qual a obra é transmitida ao público*. Por sua vez, modalidade é *ação passível de ser praticada sobre a obra, independentemente do meio pelo qual ela é divulgada ou do suporte no qual ela está inserida*.

Como visto, a compreensão dessas diferenças conceituais é de suma importância no que diz respeito à elaboração e interpretação dos contratos de cessão, já que a LDA prevê normas específicas para as modalidades de uso que, por não se confundirem, não deverão ser aplicadas para os suportes. É o caso do art. 49, V da LDA, que determina que a cessão somente será válida para as modalidades de utilização já existentes à data do contrato, não sendo prevista a mesma limitação para o caso dos suportes.

Nesse caso, deverá prevalecer o princípio da autonomia da vontade, não havendo qualquer impedimento para que as partes possam regular contratualmente a cessão de direitos autorais para qualquer suporte existente ou que venha a existir no futuro. Apesar disso, a confusão entre os conceitos de modalidade e suporte ainda é comum, o que vem acarretando na errônea aplicação sistemática do art. 49, V pelo poder judiciário em resoluções de litígios envolvendo cláusulas gerais de cessão para suportes.

Em sentido contrário à jurisprudência, parece-nos que a melhor solução para a resolução destes conflitos é o instituto jurídico da revisão contratual, decorrente da teoria da imprevisão, adotado pelo Código Civil em seus artigos 478 a 480. Na hipótese do surgimento de um suporte

inovador, capaz de trazer tamanhos benefícios comerciais ao cessionário, imprevisíveis à época da execução do contrato, poderá o autor buscar a revisão contratual dos valores inicialmente acordados a fim de restaurar o equilíbrio econômico do negócio jurídico celebrado.

REFERENCIAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BECHARA, Evanildo. *Gramática escolar da língua portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lucerna, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BRITISH MUSEUM. *Highlights*. Londres, [2011 ?]. Disponível em <http://www.britishmuseum.org/explore/highlights/highlight_objects/gr/d/discus-thrower_discobolus.aspx>. Acesso em 28 jun. 2011.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: FTD, 2008.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Luis Paulo Fagundes da Fraga. *Limites dos negócios jurídicos sobre direitos autorais: a licença de exploração comercial de obra audiovisual e as novas tecnologias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2617, 31 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17306>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, v. 3. 30 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. v. 2. 5ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005.

WIKIPEDIA. Phonograph cylinder. *Internet*, [S.l.], 18 jun. 2011. Disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Phonograph_cylinder>. Acesso em 30 jun. 2011

WIKIPEDIA. Radio. *Internet*, [S.l.], 30 jun. 2011. Disponível em <<http://en.wikipedia.org/wiki/Radio>>. Acesso em 30 jun. 2011.