ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

MÚSICA PARA TODOS? A LEI COMPLEMENTAR 157/2016 E O SPOTIFY NO BRASIL

MUSIC FOR EVERYONE? COMPLEMENTARY LAW 157/2016 AND SPOTIFY IN BRAZIL

Diego Santos Vieira de Jesus*
Daniel Kamlot**

RESUMO: Os objetivos são discutir a constitucionalidade da Lei Complementar 157/2016 no que diz respeito à disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio por meio da internet e examinar os impactos dessa Lei para os serviços de streaming de música *on demand* no Brasil, tomando o Spotify como estudo de caso. Argumenta-se que a Lei é inconstitucional, tendo em vista que o streaming não se configura um serviço enquanto obrigação de fazer de natureza física ou intelectual e, de acordo com a Constituição brasileira, os municípios somente teriam o direito de instituir ISS sobre prestações de serviços que caracterizem obrigações de fazer. A sanção da Lei Complementar 157/2016 pode ser prejudicial para o Spotify. Com a possibilidade de que os serviços de *streaming* se tornem mais caros e menos acessíveis, o consumidor brasileiro pode limitar sua busca por bens e serviços criativos a partir dessas novas formas de distribuição de dados.

Palavras-chave: Lei Complementar 157/2016. *Streaming*. Spotify. *Music on demand.*

ABSTRACT: The objectives of this article are to discuss the constitutionality of Complementary Law 157/2016 with regard to the provision (without definitive transfer of rights) of audio content through the Internet and to examine the

* Doutor e mestre em Relações Internacionais pelo Instituto de Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (IRI/PUC-Rio). Docente e pesquisador do Programa de Mestrado Profissional em Gestão da Economia Criativa (MPGEC) e professor do curso de Graduação em Comunicação Social - Publicidade e Propaganda da Escola Superior de Propaganda e Marketing do Rio de Janeiro (ESPM-Rio). Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil.

** Doutor em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/EBAPE). Mestre Administração de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor titular da Escola Superior de Propaganda e Marketing do Rio de Janeiro (ESPM/RJ) - Programa de Mestrado Profissional em Gestão da Economia Criativa (MPGEC). Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil.

impacts of this Law for music on demand streaming services in Brazil, taking Spotify as a case study. It is argued that the Law is unconstitutional in the light of the fact that streaming does not constitute a service as "an obligation to do" of physical or intellectual nature. According to the Brazilian Constitution, municipalities would only have the right to institute service tax on services that characterize "obligations to do". The approval of Complementary Law 157/2016 may be detrimental to Spotify. Facing the possibility that streaming services may become more expensive and less accessible, Brazilian consumers may limit their search for creative goods and services supported by these new forms of data distribution.

Keywords: : Complementary Law 157/2016. Streaming. Spotify. Music on demand.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. OS SERVIÇOS DE *STREAMING* DE MÚSICA *ON DEMAND*; 3. OS DEBATES EM TORNO DOS SERVIÇOS DE *STREAMING*; 4. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 157/2016 E SEUS IMPACTOS PARA O *STREAMING* DE MÚSICA *ON DEMAND*: O CASO DO SPOTIFY**; 5. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1. INTRODUÇÃO

O fim de década de 1990 trouxe reconfigurações significativas na estrutura da cadeia produtiva da indústria musical, como a redução do *cast* de artistas e do número de funcionários de grandes empresas fonográficas, o questionamento da noção de gravação e lançamento de álbuns completos e a emergência de novas profissões vinculadas à introdução de inovações digitais no processo produtivo. No contexto dessas transformações, novos modelos de negócio emergiram com a utilização das novas tecnologias em rede como estratégia de comunicação e circulação de conteúdo, gestão de carreiras e formação e renovação de público. Tais tecnologias permitiram a redução dos custos de pré-produção e produção e a proliferação de serviços de *download* gratuito de arquivos musicais, condenados por grandes empresas prejudicadas pela perda de faturamento. Diante de tal crise, muitas dessas empresas buscaram desenvolver canais alternativos de vendas – como serviços de *streaming*, definidos como plataformas de transmissão instantânea de som pela *internet* – e os conciliar com a estrutura de comércio

de música gravada previamente estabelecida (KISCHINHEVSKY; HERSCHMANN, 2011, p. 2-5).

Genericamente conhecidos como "música na nuvem", os serviços de *streaming* de música podem tomar as formas de *webcasting* – uma versão *online* dos serviços de rádio existentes ou estações que se especializam em gêneros e localidades específicas –, de "locker services" – como o iTunes, em que os usuários fazem o *upload* das músicas que desejam ouvir ou sincronizam suas canções com os servidores que oferecem acesso móvel à coleção completa de arquivos digitais do ouvinte – e os serviços *on demand*, em que o consumidor escolhe a música tocada não a partir de sua coleção individual, mas de um amplo catálogo de músicas. Os serviços *on demand* incluem funções de rádio e tarefas interativas, trazendo uma reconfiguração de um modelo de consumo baseado na propriedade da música para um fundamentado no acesso a ela (MARSHALL, 2015, p. 178-179).

Ainda que a indústria fonográfica se encontre numa crise visível de queda da venda de CDs e no aumento da pirataria, novas formas de se lucrar com a música vieram se desenvolvendo, como o pagamento de quantias mensais para o acesso a títulos em serviços de *streaming on demand*. Dispensando a necessidade de *downloads* das faixas e operando como aplicativos com players disponíveis para a rede, essas plataformas se popularizaram no Brasil com a melhora na velocidade das conexões de internet (DICK *et al.*, 2016, p. 80-81). Serviços *on demand* trouxeram ao usuário a possibilidade de acessar conteúdo em qualquer momento ou local sem a exigência de armazenamento de dados em dispositivos físicos. Em relação aos serviços de *streaming* de música *on demand*, o Spotify – lançado em 2008 pela startup sueca Spotify AB com o lema "Música para todos", chegando ao Brasil em 2014 – destacou-se por possuir mais de 30 milhões de faixas, que, no território nacional, podem ser acessadas a valores inferiores a R$ 20,00 em abril de 2017, após um período grátis de teste. Ajudando a conter a pirataria, o Spotify pagou cerca de 2 bilhões de dólares – quase 6,4 bilhões de reais – a artistas por direitos autorais. Outros serviços foram desenvolvidos nessa mesma linha, como o Deezer, o Tidal e o Google Music (SANTOS; RAMOS; RIOS, 2016, p.1-2). Todos eles se inserem num contexto de mudanças substanciais na produção, distribuição e consumo de obras musicais, no qual se evidencia a dificuldade de se acomodarem as

novas práticas de consumo de bens e serviços digitais aos interesses econômicos dos detentores de direitos autorais (KISCHINHEVSKY; VICENTE; MARCHI 2015, p. 303).

Entretanto, as questões legais relacionadas ao *streaming* de música *on demand* e às empresas que operam com essas plataformas não se limitam à temática dos direitos autorais. Em 2016, o presidente Michel Temer sancionou a Lei Complementar 157/2016, que modifica as regras de cobrança do ISS (Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza), de competência dos municípios e do Distrito Federal. Essa lei passou a tributar, com alíquota mínima de 2%, serviços de "disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos". A popularização dos serviços de *streaming* relaciona-se à atualização, pelo governo, da Lei Complementar 116/2003, que não tratava de tais formas de distribuição de dados.

As transformações trazidas pela Lei Complementar de 2016 afetaram empresas como o Spotify, que transmitem conteúdo pela internet a assinantes e cujos serviços não eram tributados com ISS. Prefeitos que desrespeitarem a Lei Complementar 157/2016 podem ser condenados por improbidade administrativa e perder direitos políticos. A decisão presidencial de sancionar a lei em 2016 está relacionada à tentativa de limitação de guerras fiscais. Ao acabar com a autonomia dos municípios para estabelecer sua alíquota e das empresas que migravam para cidades com isenções e alíquotas menores, a Lei Complementar 157/2016 visa a conter disputas fiscais que reduzam a arrecadação de determinadas cidades e auxiliar municípios brasileiros a enfrentar dificuldades financeiras.

Os objetivos do artigo são discutir a constitucionalidade da Lei Complementar 157/2016 no que diz respeito à disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio por meio da internet e examinar os impactos dessa Lei para os serviços de *streaming* de música *on demand* no Brasil, tomando o Spotify como estudo de caso. Argumenta-se que a Lei é inconstitucional, tendo em vista que o *streaming* opera com base em plataformas de distribuição de dados por meio de pacotes e as informações distribuídas não são armazenadas pelo usuário que recebe a mídia. Por conta disso, ele não se configura um serviço enquanto obrigação de fazer de natureza física ou intelectual e, de acordo com a Constituição brasileira,

os municípios somente teriam o direito de instituir ISS sobre prestações de serviços que caracterizem obrigações de fazer. A sanção da Lei Complementar 157/2016 pode ser prejudicial para o Spotify.

Com a possibilidade de que os serviços de *streaming* se tornem mais caros e menos acessíveis – uma vez que a cobrança do ISS sobre a empresa pode acabar aumentando os preços do serviço oferecido por ela para seus clientes –, o consumidor brasileiro pode limitar sua busca por bens e serviços criativos a partir dessas novas formas de distribuição de dados.

A seguir, investigaremos as transformações socioeconômicas e culturais trazidas pelos serviços de *streaming* de música *on demand*. No item subsequente, examinaremos os debates políticos, comerciais e jurídicos em torno da popularização desses serviços em âmbito mundial. Antes de tecermos as considerações finais, discutiremos a constitucionalidade da Lei Complementar 157/2016 e seu impacto para o *streaming* de música *on demand*, com foco no Spotify.

2. OS SERVIÇOS DE *STREAMING* DE MÚSICA *ON DEMAND*

As técnicas de produção e de reprodução de música transformaram-se desde o século XX com a gravação, a transmissão por rádio e o surgimento dos discos de vinil, que permitiram o surgimento da indústria fonográfica para a produção, a distribuição e a divulgação das obras de artistas. A invenção das fitas cassetes – que viabilizaram a gravação de conteúdo de rádios para a reprodução em aparelhos portáteis – permitiu que bandas independentes vendessem seu produto de maneira autônoma em relação a grandes produtoras, que mantinham poder e influência no mercado. Com a qualidade superior trazida pelos CDs, as possibilidades de armazenamento e de durabilidade da música foram consideravelmente ampliadas poucas décadas depois. Porém, a internet permitiu superar limites físicos nas formas de se ouvir, comprar e acessar música (KISCHINHEVSKY; VICENTE; MARCHI, 2015, p. 303-304). A invenção do MP3 – um dos primeiros tipos de compressão de áudio, que facilitava o compartilhamento de arquivos de música gratuitamente na internet – transformou parte da produção, distribuição e consumo musical, pois grandes empresas viam nele

uma ameaça por dependerem de royalties gerados pela venda de álbuns. Entretanto, artistas independentes viam no MP3 um grande facilitador, uma vez que tinham nele um recurso para divulgação de sua produção (SANTOS; MACEDO; BRAGA, 2016).

Em 1999, foi criado o Napster, o primeiro serviço de trocas de arquivos entre usuários *peer-to-peer* (P2P), que trazia uma plataforma permitindo que as pessoas compartilhassem arquivos de música em formato MP3 e dando a elas acesso a qualquer música que desejavam, a qualquer momento, de graça. O Napster e uma série de serviços semelhantes foram fechados por infringirem direitos autorais, mas seus efeitos se fazem sentir até os dias de hoje: as vendas de música nos EUA, por exemplo, caíram 47% desde a criação desses serviços (SWANSON, 2013, p. 209-210).

Com a criação da iTunes Music Store em 2003, a Apple conseguiu convencer as principais gravadoras a chegar a um acordo com a empresa para a venda de música *online*. Enquanto plataformas de troca de arquivos P2P como o Napster enfraqueceram a necessidade do consumidor quanto à segurança que acompanhava a propriedade de um álbum físico, a iTunes Music Store legitimou a música digital numa estrutura de aquisição faixa a faixa (RICHARDSON, 2014, p. 49-50).

Mais recentemente, a indústria fonográfica veio se distanciando de um modelo de venda de gravações – como álbuns físicos e MP3s baixados – e se aproximando de modelos de assinatura que vendem acesso a amplas coleções de conteúdo. Na chamada "era pós-*download*", o *streaming* se coloca não somente como uma forma técnica de transmissão, mas uma metáfora para o fluxo de informação, marcado pela onipresença musical e pela infinidade de escolhas possíveis. Os novos serviços de *streaming on demand* alteram noções de propriedade e de direitos associados ao bem musical, uma vez que as tecnologias nas quais estão embasados não permitem cópias dos arquivos originais. Isso torna a biblioteca digital de um usuário totalmente dependente da assinatura de um serviço e de uma conexão à internet (MORRIS; POWERS, 2015, p. 106-109).

O *streaming on demand* se fortalece como uma experiência de consumo digital que substitui a compra de um CD pelo acesso a uma infinitude de fonogramas armazenados em redes digitais durante o momento

de acesso, sem a necessidade de se baixarem ou organizarem essas músicas em dispositivos individuais.

A popularização do *streaming* de música deu-se num contexto em que o *download* de faixas já não se mostrava tão atrativo por conta do custo maior em lojas virtuais de arquivos de mídia digital, como a iTunes Music Store, e da proibição de *download* via inúmeros programas de compartilhamentos de dados com a arquitetura P2P. Além de evitarem a cópia não-autorizada de conteúdo com direitos autorais, serviços como o Spotify – o qual viabiliza também a reprodução de músicas *offline* e sem interrupção de anúncios na versão *premium* – permitiram a geração de portais de consumo, promoção e circulação de conteúdos sonoros. Esses serviços acompanharam o desenvolvimento de mídias sociais, nas quais se permite, por exemplo, o compartilhamento de *playlists* de músicas com outros usuários, a geração de rádios separadas por gêneros musicais e a interação com outras redes, como o Facebook e o Twitter (SANTOS; RAMOS; RIOS, 2016, p. 3-4, 6).

O Spotify também trouxe recursos para a formação de comunidades e o estabelecimento de amizades virtuais por meio da música (KISCHINHEVSKY; HERSCHMANN, 2011, p. 8-10). O serviço gradualmente enfatizou os aspectos sociais e suas habilidades de auxiliar os usuários a descobrir novas músicas. Ao se integrar ao Facebook e permitir que os usuários compartilhassem seus hábitos musicais com amigos ou o público em geral, o Spotify posicionou a descoberta e o consumo musicais como processos de socialização. No que diz respeito à descoberta, ele oferece uma perspectiva baseada na combinação de recomendações por amigos, algoritmos e especialistas em música (MORRIS; POWERS, 2015, p. 112-113).

Como o Spotify vai numa direção contrária ao compartilhamento ilegal de música e à pirataria, ele busca oferecer seu conteúdo de forma legalizada a um custo reduzido em relação a outras plataformas de distribuição de música. A partir da publicidade que sustenta grande parte de suas ações, ele pode pagar os conteúdos produzidos pelos artistas a partir de um sistema de gestão de direitos autorais, que garante que a própria empresa possa gerir os direitos sobre as músicas. Nesse sentido, ainda que a produção musical hoje não esteja completamente dissociada de processos tradicionais

das gravadoras, a forma de distribuição e divulgação das obras musicais foi alterada completamente com o *streaming* (SANTOS; RAMOS; RIOS, 2016, p. 6-7).

As empresas de *streaming* dominam a utilização dos conteúdos digitais, uma vez que impedem que os usuários de seus serviços possam intercambiar os arquivos digitais. Isso viabilizou a negociação de tais empresas com artistas e gravadoras para a comercialização digital de seus catálogos, num formato atraente aos consumidores pelo seu menor custo e criador de retornos financeiros para titulares de direitos autorais e conexos de músicas. Uma vez que corporações como o Spotify buscam se colocar como novos intermediários da indústria da música em redes digitais, elas ficam expostas à pressão de tradicionais atores nesse mercado, como artistas, gravadoras e editoras que demandam estratégias para a geração mais rápida e estável de lucros maiores.

No entanto, as empresas de *streaming on demand* precisam de tempo para formar redes mais amplas de usuários, despertando o interesse desses consumidores gradualmente ao permitirem o acesso a arquivos de maneira imediata, personalizada e interativa em múltiplos dispositivos (KISCHINHEVSKY; VICENTE; MARCHI, 2015, p. 303-304, 306).

Ainda que de forma lenta, os hábitos de tais consumidores vêm se transformando, com uma maior aceitação de fonogramas legalizados em plataformas autorizadas pelas gravadoras, como as de *streaming on demand*. Essas mudanças vêm sendo impulsionadas por uma alteração da percepção de empresários – agora mais dispostos a socializar lotes expressivos de músicas em plataformas legalizadas –, pela maior força das campanhas antipirataria e pelo controle e fechamento do acesso ao conteúdo de plataformas digitais por grandes empresas (KISCHINHEVSKY; HERSCHMANN, 2011, p. 8-9). Inseridas no contexto de desenvolvimento da economia criativa, as empresas de *streaming* de música *on demand* promoveram transformações de valores em serviços a partir de interfaces que lembram as já utilizadas pelas indústrias radiofônica e fonográfica.

A utilização de suportes e mesmo de dispositivos já reconhecidos pelos consumidores no consumo de música não denota continuidade com a forma tradicional de disponibilização de música por essas indústrias, uma

vez que as estações de rádio em serviços de *streaming* podem ser acessadas individualmente e os álbuns podem ser ouvidos de maneira fragmentada ou aleatória. A audição casual, imediata e personalizada – que permite ao usuário definir sua própria lista de arquivos reproduzidos – gera novas experiências de consumo ao vir casada à possibilidade de usufruir de uma quantidade monumental de obras e às técnicas de prescrição musical que viabilizam o acesso a esses conteúdos, como a etiquetagem (*tagging*) e ao estabelecimento de comunicação direta entre os usuários. Essa comunicação, que dificilmente ocorre nos serviços P2P, gera laços sociais com outros usuários, mesmo sem o controle deles sobre o fluxo dos arquivos (KISCHINHEVSKY; VICENTE; MARCHI, 2015, p. 304-305).

A criação de *playlists* que podem ser compartilhadas no próprio serviço ou em outras redes sociais faz com que a escuta solitária de música seja substituída pelo consumo coletivo e colaborativo, de forma que o consumidor oriente sua busca pela obra a partir das informações e dos contatos permitidos pelas novas tecnologias (REIS, 2007, p. 33-34). Isso ocorre num contexto de transformação desse consumidor em um agente na geração de valor econômico no processo de construção da sua identidade individual no lazer, no entretenimento e nos novos regimes de distinção simbólica (BENDASSOLLI *et al.*, 2009, p. 13-14) – no caso desta pesquisa, nos serviços de *streaming on demand* por meio do consumo de música.

No contexto de construção dessa identidade, ainda que a maior parte dos consumidores continue associando positivamente à aquisição de um CD uma ideia de maior qualidade e propriedade do bem criativo, o preço mais alto dos álbuns físicos torna mais atraente os serviços de *streaming*, positivamente ligados ao acesso ilimitado e mais imediato a músicas recém-lançadas e menos relacionados à ruptura de normas jurídicas do que a pirataria (IM; JUNG, 2016, p. 224-229). Os substitutos simbólicos para as coleções físicas surgem por meio de interfaces de *softwares* destinadas a viabilizar o acesso à música e outros bens culturais em formatos digitais. Nesse sentido, os serviços de *streaming* envolvem um novo conjunto de valores em relação à atividade de colecionar música.

A intangibilidade dos arquivos digitais torna a música menos valiosa emocionalmente do que um meio de gravação tangível, como um álbum físico. Seus aspectos visuais e táteis são reduzidos a dados, metadados

e imagens de *thumbnails*. Paradoxalmente, a falta de materialidade e de ressonância emocional amplia o interesse do consumidor em acessar a música de novas formas, que tornem as experiências mais intensas e íntimas do que a posse de uma gravação física (HAGEN, 2015, p. 627-629).

Enquanto estúdios de cinema e TV alocaram o *streaming* de vídeo em uma etapa tardia na cadeia de distribuição, a indústria fonográfica situou os serviços de música em uma posição de destaque, de forma que um *single* ou uma música são lançados simultaneamente em lojas físicas e virtuais e nos serviços como o Spotify.

Como plataformas de comércio mais baratas e acessíveis, os serviços de *streaming on demand* vieram gradativamente competindo com as lojas físicas e virtuais, o que pode vir a prejudicar pesadamente alguns dos principais atores mais tradicionais da indústria fonográfica (KISCHINHEVSKY; VICENTE; MARCHI, 2015, p. 306-309).

O Spotify baseia-se num modelo de negócio característico de startups no meio virtual conhecido como *freemium*, uma contração de *free* – "grátis" – com *premium* – símbolo de exclusividade e valor acrescentado. Ele dispõe de uma versão gratuita, financiada por anunciantes mediante a integração de publicidade entre as faixas – mas que ainda assim permite ouvir um número ilimitado de canções –, e uma versão paga, na qual se oferecem o acesso ilimitado e ininterrupto à música sem publicidade e a possibilidade de armazenar músicas para audição *offline* (CAETANO, 2016; RICHARDSON, 2014, p. 57-58). Ao oferecer a opção freemium, a taxa de conversão da versão grátis para a paga gira em torno de 25% (SWANSON, 2013, p. 207-208).

3. OS DEBATES EM TORNO DOS SERVIÇOS DE *STREAMING*

O ambiente de licenciamento da música para um serviço como o Spotify é complexo. Geralmente, um compositor ou a editora detêm os direitos sobre a composição musical, enquanto as gravadoras têm os direitos da gravação. Em 1995, o Congresso dos EUA adicionou um direito de execução por meios de transmissão digital de áudio pelo Direito de Performance Digital na Lei de Gravações Sonoras.

O *download* e o *streaming* evocam direitos diferentes para o trabalho musical e a gravação sonora, dependendo do que seja considerado cópia e performance e se verificando se uma transmissão de áudio digital está envolvida ou não. O *download*, ao permitir o salvamento de um arquivo num computador, cria uma cópia que requer compensação. Porém, não constitui uma performance pública, sendo simplesmente uma transferência de arquivos eletrônicos contendo cópias digitais de um servidor *online* para um *drive* local. Já o *streaming* não cria uma cópia para um computador, mas é uma performance pública, uma vez que envolve a execução da música que é percebida simultaneamente à transmissão. Como a lei permite que o detentor dos direitos em um trabalho musical tenha o direito exclusivo de tocar esse trabalho publicamente, o Spotify deve adquirir licenças múltiplas a fim de satisfazer os requisitos legais. A razão pela qual o Spotify teve que negociar licenças com as gravadoras em vez de obter uma licença compulsória é o fato de envolver *streaming* interativo.

Com o *streaming* não-interativo em sites como o da Pandora, os usuários não podem solicitar qualquer música a qualquer momento, como ocorre com o *streaming* interativo. Como a licença é compulsória, empresas como a Pandora não precisam de permissão para fazer o *stream* de músicas. Já serviços interativos como o Spotify não estão sob uma licença compulsória porque mais provavelmente podem substituir as vendas de álbuns físicos. O Spotify negociou com sucesso licenças com grandes gravadoras em parte ao vender para essas empresas ações na companhia, além de obter licenças de organizações de direitos de performance e de distribuidoras independentes. Ainda que o licenciamento tenha tornado o Spotify um serviço legal, há constantes críticas à sua inabilidade de reduzir o compartilhamento ilegal de arquivos e aos seus pagamentos reduzidos a compositores e artistas (WIEGANDT, 2013, p.180-181, 184-187).

Em face das preocupações com a realização de *downloads* ilegais, a Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital, aprovada em 1998 nos EUA, pretendia expandir à internet o regime de direitos autorais, o que gerou, num primeiro momento, um controle maior do uso do conteúdo digital e a instituição de um sistema de compra e venda de serviços de comunicação (RICHARDSON, 2014, p.53). A consequência de tal controle foi a imposição de barreiras à inovação na distribuição de conteúdos digitais

e à entrada de novas empresas de tecnologia da informação no mercado, o que acabava por privilegiar grandes atores da indústria fonográfica na definição dos modelos de negócio para o mercado digital de mídia sonora. Porém, a popularização dos serviços de *streaming* forçou alterações nesses modelos, além de estimular a discussão sobre a monetização dos conteúdos oferecidos.

Para que pudessem gerar lucros, as empresas de *streaming* de música começaram a vender espaço publicitário como forma de subsidiar as modalidades de acesso gratuito e estimular as assinaturas em modalidades *premium* para o uso do catálogo com uma série de benefícios. Das receitas líquidas dessas empresas, a maior parte é repassada aos titulares dos direitos autorais e conexos, como sociedades arrecadadoras, editoras, gravadoras ou agregadores de conteúdo, que posteriormente encaminham o dinheiro a compositores e intérpretes.

A distribuição dos *royalties* dos direitos autorais e conexos é feita de maneira proporcional entre as músicas acessadas num respectivo território e o período de tempo, de forma que os artistas que têm mais acessos ganham a maior parte dessa distribuição dos lucros. Porém, inúmeros artistas manifestaram-se contrários à relação desproporcional entre a quantidade de acessos aos arquivos – que pode chegar a milhões – e as quantias repassadas pelas empresas de *streaming*. Grandes gravadoras vêm pressionando cada vez mais para que as empresas forcem os usuários a contratar os serviços *premium*, uma vez que a mensalidade traz lucros maiores, rápidos e estáveis, equiparáveis à venda de obras físicas ou digitais (KISCHINHEVSKY; VICENTE; MARCHI, 2015, p. 306-308; SANTOS; MACEDO; BRAGA, 2016).

A discussão pública acerca dos pagamentos pelo Spotify começou em 2009, quando a imprensa divulgou a informação de que a cantora Lady Gaga teria recebido somente US$ 167 dólares por sua música "Poker Face", que teve milhões de *streams*. Ainda que os dados sejam imprecisos, o fato de que o Spotify não recompensava adequadamente os artistas ganhou conhecimento público.

Quando o Spotify foi lançado nos EUA em 2011, a controvérsia tornou-se ainda maior quando gravadoras menores como a Century Media

retiraram seus catálogos do serviço alegando a proteção dos interesses dos artistas diante da queda das vendas. Ainda que algumas empresas tenham posteriormente retornado com seu catálogo para o Spotify, a polêmica em torno do valor pago aos artistas pelos serviços de *streaming* continuou, especialmente entre artistas independentes.

Músicos defendiam que os serviços *on demand* minavam as vendas de arquivos digitais e de mídia física, de forma que não compunham um modelo financeiro que pudesse sustentar suas carreiras. O pagamento de pequenas quantias geradas por cada *stream* era vista como uma desvalorização estética e moral da música. O Spotify alegava que o problema do valor menor recebido pelos artistas tinha a ver com os acordos individualmente negociados entre eles e suas gravadoras. Porém, nem todos os artistas que questionavam os serviços de *streaming* tinham contratos com gravadoras, o que sugeria que o baixo valor pago não tinha a ver com contratos individuais. O Spotify também argumentava que, no novo modelo trazido pelos serviços de *streaming*, os consumidores pagavam continuamente para ter acesso à música, de forma que pagamentos menores contínuos compensariam mais para artistas do que um único pagamento pela música.

Assim, a empresa alegava que se fazia necessária uma transição de um "pensamento baseado na unidade" para um "pensamento baseado no consumo", em que os artistas deveriam entender que streams não são vendas e assumir uma visão paciente de longo prazo.

Entretanto, a controvérsia é periodicamente retomada na mídia, quando, por exemplo, a cantora Taylor Swift decidiu remover todo o seu catálogo do Spotify no contexto de lançamento de seu álbum "1989", em 2014 (MARSHALL, 2015, p. 177-181). O receio de artistas e executivos da indústria fonográfica relaciona-se ao risco de canibalização das vendas de CDs e de *downloads* a partir de serviços autorizados; entretanto, os defensores do *streaming* assinalam a passagem de uma economia centrada na posse de conteúdos para o acesso pelo usuário, argumentando que o *streaming* servia a um propósito distinto daquele dos *downloads* e dos suportes físicos tradicionais (CAETANO, 2016; SWANSON, 2013, p.207). É, portanto, perceptível que as particularidades relacionadas ao *streaming* dificultam sua classificação (SILVA, 2015), bem como tornam necessária uma discussão acerca do tema, em especial na realidade nacional que hoje se observa.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 157/2016 E SEUS IMPACTOS PARA O *STREAMING* DE MÚSICA *ON DEMAND*: O CASO DO SPOTIFY

No âmbito internacional, o debate sobre o comércio de bens e serviços – inclusive os culturais – permanece intenso (SILVA, 2015). Chama a atenção a discussão em torno dos princípios para o estabelecimento de práticas livres e transparentes, os quais já se apresentavam no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT, na sigla em inglês), estabelecido em 1947, com modificações inseridas em 1994. Nos artigos I e III do GATT 1994 – que diz respeito a bens –, um país é obrigado é estender aos demais membros qualquer vantagem ou privilégio concedido a um dos membros (o princípio da nação mais favorecida), enquanto o princípio do tratamento nacional impede o tratamento diferenciado de produtos nacionais e importados, para que estes últimos não sejam discriminados na competição com os primeiros. O GATT também já tratava, nos Artigos VI e XVI, dos princípios de concorrência leal, que coíbe práticas comerciais desleais como o *dumping* e os subsídios e distorcem as condições de comércio entre os países (MOTA, 2013). Sabe-se, entretanto, que nem todos os países cumprem à risca o que está previsto no GATT 1994, adotando práticas protecionistas que prejudicam o desenvolvimento pleno do livre comércio.

Até meados da década de 1990 não se tinha um acordo internacional mais denso que lidasse com serviços. Porém, mediante a difusão da internet e a redução das distâncias trazida pela globalização, a prestação de serviços foi profundamente facilitada, o que revelou a potência do volume deste comércio. A necessidade de reduzir e eliminar as barreiras para o comércio de serviços se tornou evidente, e o conceito de comércio internacional foi ampliado pela inclusão de discussões sobre o tema. Nesse sentido, no âmbito de serviços, o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS, na sigla em inglês) – assinado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) como resultado das negociações da Rodada Uruguai – buscou ampliar o sistema multilateral de comércio para os serviços, da mesma forma que o GATT oferecia um sistema para o comércio de bens. Os princípios da nação mais favorecida e da transparência – presentes no GATT 1994 – também se aplicam no GATS. Segundo este último acordo, cada membro deve tomar medidas razoáveis que estejam a seu alcance

para assegurar a observância dos mesmos pelos governos, bem como pelas autoridades regionais e locais e pelos órgãos não-governamentais dentro de seu território (ABREU, 2005). Além disso, o GATS define "serviços" como uma categoria que "inclui qualquer serviço em qualquer setor, exceto aqueles prestados no exercício da autoridade governamental" (GATS, 1995).

Os serviços podem ser classificados a partir da natureza do prestador – privados ou públicos, da utilização – intermediários ou de uso final, da natureza – de produção ou de distribuição, e do destinatário – sociais ou pessoais. Entretanto, a regulamentação doméstica desses serviços é feita por cada membro da OMC, os quais decidem, por exemplo, os setores de serviços que almejam liberalizar, bem como sua extensão e as suas condições (ABREU, 2005). Cabe assim, ao Estado brasileiro, exercer tal regulamentação em território nacional.

Tendo isso em vista, as questões legais relacionadas ao *streaming* de música *on demand* e às empresas que operam tais plataformas abarcam a questão dos impostos cobrados sobre serviços. O ISS é um imposto municipal cobrado sobre serviços, e cada Município e o Distrito Federal editam leis ordinárias sobre o tributo, em observância às disposições da Lei Complementar 116/2003 (KIMURA, 2017). Como a lei de 2003 não tratava de uma diversidade de serviços, como aqueles que cedem conteúdos de áudio e vídeo pela internet, era preciso que houvesse uma atualização, uma vez que o ISS veio se colocando como uma das principais fontes de receitas próprias de diversas cidades e mitigando a sua dependência quanto a repasses constitucionais (SANTOS, 2017).

Com a lei de 2016, as empresas deverão agora pagar esse imposto para a cidade na qual a sede está instalada. No caso do Spotify, a prefeitura que receberá o ISS será a de São Paulo. Um dos objetivos primordiais da Lei Complementar é minimizar a guerra fiscal entre as cidades, tendo em vista que, antes da legislação, elas eram livres para estabelecer a sua alíquota, o que acentuava a concorrência entre as prefeituras para atrair empresas (SILVEIRA, 2017). Ressalta-se ainda que:

> [...] em matéria tributária, sem dúvida, a lei complementar é o instrumento-mor da complementação do sistema tributário da Constituição, a começar pelo Código Tributário Nacional, que,

> material e formalmente, só pode ser lei complementar. Quatro consequências devem ser ditas: (a) o legislador não escolhe a matéria de lei complementar, fá-lo a Constituição; (b) o legislador ordinário não pode adentrar matéria de lei complementar, torná-la-ia inútil; (c) a lei complementar só é superior às leis ordinárias quando é o fundamento de validez destas; e (d) a matéria sob reserva de lei complementar é indelegável (COÊLHO, 2006, p. 110).

Entretanto, é possível observar a possibilidade de haver vulnerabilidade dos municípios sujeitos a ganhos mais imediatos, em termos de perdas futuras, no caso de as demais cidades decidirem pela adoção da mesma tática e de eventualmente haver uma guerra fiscal, que impacta na livre concorrência e no preço dos serviços oferecidos (AFONSO, 2013). É relevante apontar que "[...] muitos empreendedores, mesmo que talvez preferissem evitar o risco de um benefício irregular, são compelidos à guerra fiscal simplesmente se seu concorrente conseguir uma vantagem fiscal que o deixe em melhor condição para competir" (AFONSO, 2013, p. 212).

Nesse sentido, a guerra fiscal viola o pacto federativo e a disposição constitucional de cobrança de um percentual mínimo. A Lei Complementar 157/2016 ofereceu suporte coercitivo e sancionador diante de possível desobediência à Lei Complementar 116/2003 e gerou condições para uma melhor distribuição de renda entre municípios e estados da federação, além de criar obstáculos a negociatas entre empresários e gestores públicos em torno de alíquotas menores. A Lei Complementar 157/2016 ampliou o conceito de improbidade administrativa ao acrescentar a concessão ou a aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, as quais antes eram práticas comuns que não traziam consequências jurídicas maiores aos gestores (KIMURA, 2017).

Entretanto, os contratos de *streaming* não se adequam à definição de "serviço" para fins de incidência de ISS. Segundo a Constituição brasileira (Artigo 156, Inciso III), os municípios só poderiam cobrar o imposto sobre prestações de serviços que se configurassem como obrigações de *fazer*, uma vez que as obrigações de *dar* e os serviços de transporte e de comunicação estariam colocados como competência impositiva dos Estados. Tendo em

vista que o *streaming* é um mecanismo de distribuição de dados por meio de pacotes, as informações distribuídas não são armazenadas por quem recebe a mídia. Logo, não se constitui como obrigação de *fazer* de natureza física ou intelectual, desempenhada sob regime de direito privado.

Convém lembrar que "sob a óptica do ordenamento jurídico brasileiro, inexiste classificação expressa sobre o tema" (SILVA, 2015, p. 116). Ademais, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965), ainda que pudesse ter tido a oportunidade de avaliar essa realidade e propor ações específicas, não se debruçou sobre o tema, como indica Silva (2015, p. 116), lembrando ainda que no seu art. 3º, inciso VIII, a Lei 12.965 garante "o princípio da liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet". Apesar disso, a controvérsia nesse âmbito a respeito do *streaming* e se este constitui uma obrigação de *fazer* ou *dar* ainda parece persistir nos meios acadêmico e profissional.

O *streaming* refere-se a uma disponibilização sem cessão definitiva do conteúdo. Caso haja o contrato com um prestador como o Spotify, presta-se uma obrigação de *dar*, tendo em vista que é *dado* o acesso a conteúdos de áudio, cujos direitos já haviam sido previamente negociados com seus titulares. Torna-se, assim, inexata a classificação do *streaming*, como o oferecido pelo Spotify, como um serviço sujeito à cobrança de ISS.

A Constituição não dispõe sobre competências impositivas relacionadas à cessão de direitos como passível de incidência tributária. Para que fossem cobrados impostos relacionados à remuneração dos contratos de *streaming*, a única possibilidade seria o exercício, pela União, de sua competência residual, em razão da qual um imposto sobre cessão de direitos poderia ser cobrado. Na falta de uma lei complementar federal instituidora dessa situação, não há possibilidade de que a cessão de direitos seja objeto de tributação. Logo, a Lei 157/2016 é inconstitucional (GRUPENMACHER, 2016).

Argumentamos que, além de a cobrança do ISS para as empresas de *streaming* ser inconstitucional, mais impostos podem criar obstáculos ao desenvolvimento pleno das empresas de *streaming*, que ofereceram uma solução para crises do setor audiovisual e da indústria fonográfica mediante a substituição pelo consumo digital. Um aumento de tributos a serem pagos

pelo Spotify poderia levar a empresa a elevar seus custos e, por conta disso, os preços cobrados ao consumidor para não reduzir sua lucratividade.

Caso seja realizado o repasse integral aos usuários – em particular em um contexto de crise econômico-financeira como a atual –, é possível que muitos assinantes desistam do Spotify, além de se afastarem potenciais interessados. Simultaneamente, coloca-se a possibilidade de aumento da pirataria, uma vez que produtos piratas não pagam impostos em face de sua natureza ilegal. Com o encarecimento do *streaming*, cópias piratas podem passar a ter maior atratividade para diversos consumidores.

No médio e no longo prazo, vislumbram-se inclusive uma redução do interesse de empresas no desenvolvimento de novas tecnologias diante da maior tributação e até mesmo a busca de mercados mais lucrativos fora do Brasil por tais firmas, mantendo sua atuação no país apenas com o mínimo necessário para permitir sua ação mercadológica. Com a redução da concorrência a partir da constatação de que os custos seriam aumentados, o mercado de *streaming*, que poderia aprimorar-se cada vez mais em âmbito tecnológico, poderia tender à estagnação e à queda.

5. CONCLUSÃO

Serviços de *streaming on demand* como o Spotify são fontes de transformação mercadológica e adaptação tecnológica em um dos setores mais dinâmicos da economia criativa: a indústria fonográfica. Eles trazem também a necessidade de adaptação das leis para endereçar as preferências e as expectativas dos consumidores (RICHARDSON, 2014, p. 74). Entretanto, para que o Spotify continue se popularizando, é preciso que ele também ofereça um foco maior ao artista, levando mais em conta seus interesses e opiniões. A empresa poderia, por exemplo, compartilhar com os artistas as informações demográficas e geográficas de quem faz o *stream* de suas músicas, uma vez que esses dados poderiam ser utilizados para propósitos de *marketing* e realização de *tours*.

Além disso, o Spotify precisa continuar a trabalhar com gravadoras e distribuidoras para ter acesso a mais conteúdo, especialmente aquele produzido por DJs e músicos de gêneros que se colocam fora do *mainstream*,

como *jazz, blues* e *world music*. Seria também interessante que o Spotify lançasse campanhas publicitárias para comercializar o serviço, uma vez que a concorrência vem aumentando quando grandes empresas lançam serviços semelhantes. A fim de se manter relevante, o Spotify precisará se consolidar como um nome de referência e conquistar mais usuários, em especial mais assinantes da versão *premium* (SWANSON, 2013, p. 222).

No que diz respeito à Lei Complementar 157/2016, as Prefeituras que concederam benefícios fiscais no passado contrários à restrição imposta pela Lei devem, até 30 de dezembro de 2017, revoga-los. Elas devem também editar leis para prever a tributação dos serviços inclusos pela nova Lei Complementar, e os contribuintes podem questionar judicialmente a cobrança do ISS, caso alguma Prefeitura cobre o imposto sobre os serviços incluídos pela Lei Complementar 157/2016 sem editar a Lei Municipal (OKUMURA, 2017).

REFERÊNCIAS

ABREU, Paula Santos de. GATS – O Acordo sobre Serviços da OMC. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, v. 2, n. 2, p.502-526, jul./dez. 2005.

AFONSO, José Roberto. ICMS: diagnóstico e perspectivas. In: REZENDE, Fernando (org.). **O federalismo brasileiro em seu labirinto**: crise e necessidade de reformas. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

BENDASSOLLI, Pedro F. *et al.* Indústrias criativas: definição, limites e possibilidades. **RAE,** v. 49, n. 1, p. 10-18, 2009.

CAETANO, Miguel Afonso. Spotify e os piratas: Em busca de uma "jukebox celestial" para a diversidade cultural. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 109, p. 229-250, 2016.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DICK, Maurício E. *et al.* Experiência Antecipada: a Influência da Imagem da Marca na Relação dos Usuários com Aplicativo Móvel Spotify. **Design & Tecnologia**, v. 11, p. 79-85, 2016.

GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS). 1995. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1244492330.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Lei Complementar 157/2016 limita autonomia de municípios. **Treiger Grupenmacher Advogados Associados**, 16 jan. 2017. Disponível em: <http://www.grupenmacher.com.br/teste/>. Acesso em: 26 jun. 2017.

HAGEN, Anja Nylund. The Playlist Experience: Personal Playlists in Music Streaming Services. **Popular Music and Society**, v. 38, n. 5, p. 625-645, 2015.

IM, Hyunsuk; JUNG, Jaemin. Impacts of personal characteristics on the choice of music consumption mode: purchasing CD, downloading, streaming, and piracy. **Journal of Media Business Studies**, v. 13, n. 4, p. 222-240, 2016.

KIMURA, Marcia Mayumi Duarte. Lei Complementar 157/2016 – as mudanças no regime do ISSQN, a guerra fiscal que gera improbidade administrativa e o compliance adequado para empresas. **Revista Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18500>. Acesso em: 25 jun. 2017.

KISCHINHEVSKY, Marcelo; HERSCHMANN, Micael. A reconfiguração da indústria da música. **E-compós**, v. 14, n. 1, p. 1-14, jan./abr. 2011.

KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo; MARCHI, Leonardo de. Em busca da música infinita: os serviços de streaming e os conflitos de interesse no mercado de conteúdos digitais. **Fronteiras: Estudos midiáticos**, v. 17, n. 3, p. 302-311, set./dez. 2015.

MARSHALL, Lee K. R. 'Let's keep music special. F-Spotify': on-demand streaming and the controversy over artist royalties. **Creative Industries Journal**, v. 8, n. 2, p. 177-189, 2015. Doi: 10.1080/17510694.2015.1096618.

MORRIS, Jeremy Wade; POWERS, Devon. Control, curation and musical experience in streaming music services. **Creative Industries Journal**, v. 8, n. 2, p. 106-122, 2015.

MOTA, Pedro Infante. **A Função Jurisdicional no Sistema Gatt/OMC**. Coimbra: Almedina, 2013.

OKUMURA, Fernando Guido. Lei Complementar 157, mais uma vantagem competitiva Netflix (em relação à TV paga) e "lição de casa" para as Prefeituras.

LinkedIn, 2 jan. 2017. Disponível em: <https://pt.linkedin.com/pulse/lei-complementar-157-mais-uma-vantagem-competitiva-netflix-okumura>. Acesso em: 26 jun. 2017.

REIS, Ana Carla Fonseca. **Economia da cultura e desenvolvimento sustentável**: O caleidoscópio da cultura. Barueri: Manole, 2007.

RICHARDSON, James H. The Spotify Paradox: How the Creation of a Compulsory License Scheme for Streaming On Demand Music Platforms Can Save the Music Industry. **UCLA Entertainment Law Review**, v. 22, n. 1, p. 45-74, 2014.

SANTOS, Bluesvi; MACEDO, Wendell; BRAGA, Vitor. O streaming de música como um estímulo para a ampliação do consumo musical: um estudo do Spotify. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 39., São Paulo, 2016. **Anais...**, 5-9 set. 2016.

SANTOS, Maria do Carmo Jardim. ISSQN alterado pela Lei Complementar 157/2016. **Canal Tributário**, 6 fev. 2017. Disponível em: <http://www.canaltributario.com.br/issqn-alterado-pela-lei-complementar-1572016/>. Acesso em: 25 jun. 2017.

SANTOS, Mylena Ceribelle Gadelha; RAMOS, Rebecca Costa; RIOS, José Riverson Araújo Cysne. Aplicativos de música: o Spotify, as mudanças no mercado fonográfico e os filtros-bolha. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 39., São Paulo, 2016. **Anais..**. São Paulo, p.1-13, 5-9 set. 2016.

SILVA, Lucas do Monte. A distribuição de conteúdo por streaming: bem ou serviço cultural? **Revista Direitos Culturais – RDC**, v. 10, n. 22, p. 98-121, 2015.

SILVEIRA, Debora Pricila. Entenda como vai funcionar o imposto sobre Netflix e Spotify. Oficina da Net, 4 jan. 2017. Disponível em: <https://www.oficinadanet.com.br/post/18052-entenda-como-vai-funcionar-o-imposto-sobre-netflix-e-spotify>. Acesso em: 25 jun. 2017.

SWANSON, Kate. A case study on spotify: exploring perceptions of the music Streaming Service. **MEIEA Journal**, v. 13, n. 1. p. 207-230, 2013.

WIEGANDT, David Von. Spotify: Incentivizing Album Creation Through "The Facebook" of Music. **Berkeley Journal of Entertainment and Sports Law**, v. 2, n. 1, p. 180-199, 2013.

Correspondência | *Correspondence:*

Diego Santos Vieira de Jesus
Rua do Rosário 90, Centro, CEP 20.041-002. Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Fone: (21) 2216-2002.
Email: dvieira@espm.br

Recebido: 31/08/2017.
Aprovado: 12/06/2018.

Nota referencial:

JESUS, Diego Santos Vieira de; KAMLOT, Daniel. Música para todos? A Lei Complementar 157/2016 e o Spotify no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 20, n. 2, p. 123-144, maio/ago. 2018. Quadrimestral.