

A IMUNIDADE MUSICAL TRIBUTÁRIA APLICADA ÀS PLATAFORMAS DE *STREAMING*: uma análise do *Spotify*.

TAX MUSICAL IMMUNITY APPLIED TO STREAMING PLATFORMS: a *Spotify* analysis.

Júlia de Faria Reis*

RESUMO

O presente artigo busca analisar a aplicabilidade da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, alínea “e”, acrescentada à Constituição Federativa da República Brasileira por meio da Emenda Constitucional nº. 75/2013, nas operações de distribuição de música disponibilizadas pelas plataformas de *streaming* de música atual, tendo como *corpus* a plataforma de *streaming* de música mais utilizada no Brasil: o *Spotify*.

Palavras-Chave: Tributação. Imunidades tributárias. Música. Plataformas de *Streaming*. *Spotify*.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the applicability of the tax immunity provided for in art. 150, VI, item “e”, added to the Federative Constitution of the Brazilian Republic through Constitutional Amendment no. 75/2013, in music distribution operations made available by current music streaming platforms, having as *corpus* the most used music streaming platform in Brazil: *Spotify*.

Keywords: Taxation. Tax immunities. Music. Streaming platforms. *Spotify*.

1 INTRODUÇÃO

As plataformas de *streaming*, advento que se popularizou na segunda década do século XXI, são uma forma mais fácil de acesso a conteúdos que, antes, necessitariam de *downloads* ou da compra de suporte materiais para fazê-lo, de modo que, com a evolução da conexão à internet no país, a maior parte das pessoas faz uso de tais ferramentas. Com isso, o número de usuários dessas plataformas tem crescido bastante nos últimos anos.

Tais plataformas podem veicular diversos tipos de produções artísticas, sejam produções musicais ou audiovisuais, isto é, podem veicular músicas, filmes, curta-metragens, seriados, dentre outros. As produções pertencentes a tais plataformas não se restringem a um país específico e, por isso, globalizam o acesso a produções culturais do mundo todo.

Ocorre que, para fins tributários, a definição do que é serviço de *streaming* é flutuante e ainda remanescem inúmeras discussões. Não obstante, as plataformas de *streaming*

Artigo submetido em 20 de dezembro de 2021 e aprovado em 15 de fevereiro de 2022.

* Bacharela em Direito pela PUC/MG. Bacharelada em Letras pela UFMG. Advogada. E-mail: juliafreis1@gmail.com.

exclusivamente de música e de outras produções fonográficas, como é o caso do *Spotify*, distribuem e suportam matérias de áudio que podem ser abrangidos pela imunidade tributária instituída, em 2013, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, por meio da Emenda Constitucional nº 75/13. Com isso, foi acrescentado ao art. 150, VI, a alínea “e”.

O referido dispositivo, então, estabelece que é vedado à União, aos Estados federativos e aos Municípios instituir impostos sobre

- e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

A partir de uma interpretação teleológica, se se busca a intenção dos legisladores na construção argumentativa para a propositura da referida EC, obtém-se, com a detida análise da Proposta de Emenda à Constituição nº 123/11, que a intenção destes era a defesa da cultura nacional, de modo que a sua principal justificativa era vedar a pirataria. Diante disso, questiona-se: é possível aplicar a imunidade tributária musical, disposta no art. 150, VI, alínea “e” às atividades identificadas nas plataformas de *streaming*?

Para responder o presente questionamento, este trabalho inicia-se por meio da análise específica da plataforma de *streaming* chamada *Spotify* frente à conceituação jurídica de “fonogramas” e “videogramas”, objeto da imunidade tributária musical. Em seguida, será verificada a evolução dos meios de suporte da indústria fonográfica, que, em conjunto com a evolução tecnológica, culminaram no que, hoje, tem-se de mais avançado, que são as plataformas de *streaming*. Nessa toada, será analisada a plataforma escolhida, *Spotify*, e suas funcionalidades, para verificar qual é, de fato, sua principal atividade e como ela é fornecida.

Após, o foco se volta à Proposta de Emenda à Constituição nº 123/11 e suas justificativas, já que se pretende analisar, teleologicamente, a aplicação da EC nº 75/13, que instituiu a referida imunidade tributária, à atividade ofertada pelo *Spotify*. Assim, com uma extensa análise dos conceitos de “pirataria” e de “cultura”, uma vez que ambos são os fundamentos da referida PEC, pretende-se analisar se, de fato, é cabível a aplicação da imunidade tributária musical às plataformas de *streaming*, em especial ao *Spotify*.

Serão verificados, ainda, os pontos específicos da alínea “e” do inciso VI do art. 150, isto é, haverá a análise minuciosa de cada elemento do dispositivo constitucional, de forma a verificar em que medida ele abrange a atividade do *Spotify* nos seus pormenores. Não obstante, após a detida análise do texto constitucional, será analisada a correlação entre as justificativas legislativas para a instituição da referida alínea os impactos de tais atividades no cotidiano brasileiro.

Por fim, será analisada a tributação que pode – ou não – vir a incidir em tais atividades em um contexto global e digital, levando-se em conta disputas de poder e o mercado no contexto internacional, de modo que a análise se voltará aos “Digital Services Taxes”, isto é, aos tributos sobre serviços digitais e sua relação com o *Spotify*, a fim de que seja verificada a aplicabilidade prática da imunidade tributária musical a tais plataformas.

2 DA ATIVIDADE DE *STREAMING* PROMOVIDA PELO *SPOTIFY*

Atualmente, a principal forma de distribuição musical em todo o mundo é realizada por meio das plataformas de *streaming*. Tais plataformas consistem em uma resposta do mercado fonográfico à evolução da tecnologia nas últimas décadas, de modo que representam a desmaterialização da produção e da distribuição na indústria fonográfica.

Isso porque tais plataformas são “o local onde o comum consumidor pode ouvir música de forma gratuita – se o serviço em questão foi gratuito – ou comprar a mesma e ouvi-la, nesse mesmo momento, sem termos recurso aos formatos físicos a que fomos habituados” RIBEIRO, 2017, p. 33).

Não obstante, segundo Silva, Almeida e Martins, para analisar os serviços de *streaming* em um campo jurídico, os autores utilizam do seguinte conceito:

A palavra *Streaming* traduzida para o português significa “fluxo de mídia”, isto é, consiste em uma tecnologia que permite a transmissão em tempo real de conteúdos disponibilizados na internet. Os conteúdos são transmitidos via *streaming* e reproduzidos através de uma banda de internet. Deste modo, as informações não são armazenadas pelo usuário em seu próprio computador. A transmissão dos dados é reproduzida à medida que chega ao usuário e ficam armazenados em servidores conectados à internet como, por exemplo, a computação em nuvem. Cita-se como um exemplo de tecnologia via *streaming* o canal YouTube. (SILVA; ALMEIRA; MARTINS, 2017, p. 72).

Dentre tais empresas, encontra-se o *Spotify*, empresa sueca fundada em 2008. A empresa, que dá à sua plataforma de distribuição musical o seu nome, é, atualmente, um dos maiores distribuidores de músicas no Brasil. Isso porque a empresa possui a maior adesão de usuários no país: cerca de 22,8% (DEARO, 2016) dos brasileiros utilizavam-se do *Spotify* em 2016 como a principal plataforma fonográfica, seguida do Deezer, que possuía, à época, 14,2% dos usuários das plataformas de *streaming* no país.

Assim, para entender a tributação incidente em tal plataformas de distribuição fonográfica, bem como, via de consequência, a aplicação da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “e”, é essencial que se defina, conforme prevê o texto constitucional ao prescrever esse tipo de imunidade, o que são os fonogramas e videogramas previstos na referida alínea e a evolução das mídias que os distribuem, fato este que será analisado abaixo. Ademais, como explicitado, vez que o *Spotify* possui o maior número de usuários, será pela análise desta plataforma que se pautará o presente trabalho.

2.1 Da definição fonogramas e videogramas musicais

Segundo Coelho, fonogramas e videogramas musicais podem ser definidos como, respectivamente, “a inscrição do som produzido pelo artista em uma mídia física que será reproduzida em aparelhos que consigam lê-la e reproduzi-la. No videofonograma, acrescenta-se ao som a imagem” (COELHO, 2020, p. 195).

Na legislação, pode-se encontrar a definição prevista pelo jurista no art. 5º, IX da Lei nº 9.610/98, popularmente identificada como a lei de direitos autorais. No dispositivo legal, tem-se o conceito de fonograma, que pode ser entendido como “toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual.”

Desse modo, extrai-se que os fonogramas são quaisquer manifestações de áudio que contenham a representação de uma música no contexto audiovisual. Pode-se perceber que o conceito, então, subsume-se ao que era encontrado nos discos de vinil, principal forma de veiculação das mídias fonográficas do meio do século XX até o final do mesmo século, nos CDs e DVDs, que perduraram desde os anos 90 até o início dos anos 2010, e das demais formas anteriores a isso, como eram – e até hoje são – os rádios.

Com o aumento de acesso à *internet* no país, fenômeno este que, embora atrasado nos países em desenvolvimento tal qual no Brasil, ocorreu durante a primeira década dos anos 2000

e acelerou-se consideravelmente na última década, passou-se a, simultaneamente à venda e o uso de CDs, utilizar-se dos *downloads* como uma estratégia mais barata aos CDs, uma vez que tais *downloads*, muitas vezes, eram advindos de *sites* piratas.

Contudo, novas formas de fornecer plataformas digitais sobrevieram como um meio mais fácil – e mais barato – para a distribuições das músicas por meio da internet. Assim, com uma base de dados bem ampla e com a permissão do uso das músicas produzidas pelos músicos, as plataformas de *streaming* surgiram para dominar o mercado musical na atualidade. Por meio da internet, tais plataformas permitem que seus usuários acessem, a qualquer momento, quaisquer das músicas que a plataforma, com a devida autorização pelo artista, armazena e disponibiliza.

Uma das plataformas de *streaming* de música com maior número de usuários, como já dito acima, é o *Spotify*. Muito se discute, porém, a respeito da subsunção do que fornece tal plataforma ao conceito já analisado de “fonograma”. Desse modo, para compreender, minuciosamente, os meios pelos quais se dão as representações dos fonogramas, é necessário compreender a sua evolução até a era digital, momento atual e que deu fulcro à plataforma de *streaming* sueca chamada *Spotify*, principal objeto de análise deste trabalho.

2.2 Da evolução dos suportes de distribuição e veiculação de fonogramas e videogramas musicais

Para a compreensão do que é a indústria musical, necessário se faz entender, antes de tudo, qual o momento em que se começou a visualizar a música não só como uma forma de arte, mas como um mercado – que é vinculado aos suportes de distribuição musical, tal como, hoje, são as plataformas de *Streaming*. Segundo Vicente (2012) o marco inicial da indústria fonográfica se deu com o gramofone, aparelho de gravação e reprodução sonora inventado por Thomas Edison.

Contudo, foi somente no final da década de 40 com o surgimento dos “*long players*”, observadas as necessidades de um mecanismo digital que suportasse mais minutos, que o mercado da música se ampliou consideravelmente.

Os LPs, então, foram um grande marco para a popularização da música e para a ampliação do consumo desta forma de arte, e os verdadeiros responsáveis para a criação de um mercado amplo. Diante disso, novas tentativas de novos suportes foram surgindo face à evolução das tecnologias. As fitas cassetes foram, nos anos 60, o principal modo de veiculação de músicas gravadas, na medida em que “possibilitou uma enorme ampliação dos espaços de consumo de suportes musicais: surgiram toca-fitas para automóveis e, no final dos anos 70, a Sony introduziu no mercado o walkman.” (VICENTE, 2012, p. 203).

Nos anos 80, contudo, outra nova forma de veicular as produções musicais para o consumo surgiu: o CD, que possibilitou “o barateamento dos custos para gravação e prensagem do disco, bem como a multiplicação dos estúdios de gravação em praticamente todo o mundo.” (VICENTE, 2012, p. 204).

Sendo assim, o mercado musical, que já antes estava em ascensão, acabou por se expandir ainda mais, já que os preços foram barateados e mais pessoas tiveram acesso aos conteúdos fonográficos por eles veiculados.

Como as inovações tecnológicas não se quedam, novos suportes foram sendo desenvolvidos a fim de ampliar o acesso à indústria fonográfica. Dessa vez, o avanço foi geral – o surgimento dos MP3 não veio, como afirma o autor, para o fim específico de viabilizar a produção musical, mas, eventualmente, agregou-lhe.

Ocorre que tais suportes, que vieram em conjunto com a revolução digital, não são materiais, isto é, palpáveis, tais como eram os discos. Aconteceu, assim como em diversas outras áreas, a desmaterialização dos meios de veiculação de músicas.

Com a popularização da internet na primeira década dos anos 2000, uma nova forma de comercializar as produções fonográficas de modo *on-line* surgiu. A Apple, empresa responsável por grande parte das vendas do setor tecnológico, começou a produzir os *players* musicais, tal como iPod. Com o passar do tempo, todo aparelho celular havia um *player* nele introduzido. A música, contudo, era repassada a ele por meios de compra *on-line* – toda pessoa que possuía um player podia comprar a música digital para tocá-la em seu aparelho pessoal.

Desse modo, “inicia-se um novo processo de integração e concentração, no qual a indústria do disco perde a sua autonomia e precisa se integrar a esses novos agentes de distribuição de conteúdo digital para a manutenção de seu negócio.” (VICENTE, 2012, p. 209).

Agora, havia essa nova forma de promover o consumo musical de modo desmaterializado, por meio de *downloads*. A facilidade era evidente: o consumidor podia comprar qualquer música ou álbum *on-line*, esta que ia diretamente para o seu dispositivo móvel e, assim, o consumidor possuía uma diversa coletânea musical sem sequer possuir um disco. As empresas, pois, sabendo disso, forneceram os equivalentes aos tocadores de discos dentro dos próprios aparelhos móveis, facilitando o acesso e o consumo de música.

Contudo, como minuciosamente evidenciado acima, a tecnologia evolui em um ritmo acelerado, o que faz com que sempre haja atualizações nos meios de distribuição de músicas. Diante dessa rápida evolução, pouco aconteceu até que surgissem as plataformas de *streaming*, as quais serão objeto de detida análise abaixo.

2.3 Das atuais plataformas de streaming: o *Spotify*

No início dos anos de 2010, novos meios de pensar o consumo fonográfico foram surgindo. As plataformas de *streaming*, assim, surgem com a intenção de facilitar o consumo musical ao usuário, bem como individualizar o tipo de conteúdo a ele oferecido, particularizando sua experiência em acesso ao conteúdo.

E como essa plataforma se diferencia dos *downloads* que eram introduzidos, no formato MP3, aos dispositivos móveis de forma *on-line*? De acordo com a própria plataforma, “o *Spotify* é um serviço de *streaming* digital que dá acesso instantâneo a milhões de músicas, *podcasts*, vídeos e outros conteúdos de artistas de todo o mundo.” (SPOTIFY, 2021a).

Ainda segundo a página da web do *Spotify*, “as funções básicas são gratuitas, como a reprodução de músicas, mas você também pode fazer upgrade para o *Spotify Premium*.” (SPOTIFY, 2021a). Isto é, qualquer um, desde que criada sua conta e com acesso à internet, tem acesso a milhares de músicas que o *Spotify* possui – a plataforma informa que possui mais de 70 milhões de faixas disponíveis ao usuário (INGHAM, 2020).

A funcionalidade *premium*, contudo, possibilita ao usuário o *download* da música para que este possa ouvi-la de modo *offline*, ou seja, sem conexão com a internet. Ainda que conectado à internet, o usuário que possui o *premium* possui diversas facilidades.

O *site* (SPOTIFY, 2021a) informa que o usuário pode escutar as músicas sem interrupções, de modo que o usuário gratuito, ao escutá-las, depara-se com diversos anúncios entre as faixas. Há, ainda, diversas facilidades ao cliente *premium*.

Todavia, pode-se pensar que as facilidades do *Spotify* são comparáveis com as facilidades anteriormente explanadas, que outrora eram prestadas pelas lojas digitais de álbuns e músicas, tal qual o iTunes. Ainda que o iTunes possuísse um acervo amplo, de 20 milhões de músicas em 2011 (DEMÉTRIO, 2011), o que, feitas as ressalvas que impedem o anacronismo, pode-se equiparar com o que o *Spotify* possui atualmente, a principal diferença está no valor:

em 2011, um álbum no iTunes custava cerca US\$ 9,99 (DEMÉTRIO, 2011), o que, considerando que a cotação do dólar estava em 1.837 em 2011 (ACI-NH, 2021), equivalia-se à R\$ 18,34.

Com isso, extrai-se que o fator principal do sucesso do *Spotify*, na segunda década do século XXI, é o baixo custo para os usuários terem acesso a um enorme acervo musical. Desse modo, atualmente, as plataformas de *streaming* detêm enorme adesão popular, de modo que, segundo Demarco (2019), elas se tornaram a prática central do consumo musical nos dias de hoje.

Assim, é possível entender por qual razão as plataformas de *streaming* são a principal fonte de músicas na atualidade, de modo que se justifica o alto número de pagantes do *Spotify*, só no ano passado, eram 144 milhões de usuários *premium* da plataforma (DEMARTINI, 2020), tendo crescido em 46% no ano de 2018, conforme dados do relatório realizado pelo PRÓ-MÚSICA BRASIL (2019).

Por fim, outro ponto que comprova o sucesso de tal suporte é que eles, por meio de arquivo de dados e de inteligência artificial, permitem uma experiência individualizada para cada usuário.

Por isso, além de fornecer as facilidades acima, bem como fornecer um grande acervo musical e baixos preços, o *Spotify* funciona como um meio de socialização e compartilhamento de culturas – e, por muitas vezes, o reforçamento de determinadas práticas de consumo. Sendo assim, “Não obstante, o que destaca os serviços de streaming é que, pela primeira vez, apresenta-se um modelo de negócio em que se busca adequar essas novas práticas de consumo às demandas dos tradicionais agentes da indústria da música.” (KISCHINHEVSKY; VICENTE; DE MARCHI, 2015, p. 305).

Enfrentadas tais questões, as plataformas de *streaming* são consideradas como o momento atual da evolução do suporte e da divulgação das mídias sonoras, sendo, portanto, essencial à indústria fonográfica atualmente, viabilizando o consumo musical nos tempos presentes. Passa-se, pois à análise da PEC da música, para verificar se, conforme as justificativas nela presentes, seria possível aplicar, diante da evolução da indústria fonográfica que culminou nas plataformas de *streaming*, a imunidade tributária aos serviços prestados por elas.

3 DA “PEC DA MÚSICA” E DA EC Nº 075/13.

O artigo 150 é de extrema importância para a dinâmica da tributação no país, vez que determina os limites constitucionais ao poder de tributar do Estado, vedando aos entes federativos da República determinados comportamentos tributários.

Em 2013, por meio da PEC nº 123 de 2011, que, na Câmara dos Deputados, casa de sua origem, possuía o número 98/2007, popularmente conhecida como “PEC da música”, surgiram discussões a respeito de ampliar a vedação constitucional aos “fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil, contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros, e/ou interpretadas por artistas brasileiros, bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham.”.

Desse modo, ocorreram debates parlamentares a respeito da instituição desta emenda à Constituição, de modo que como principal justificativa, estava a tentativa de diminuir o alto número de reproduções piratas na indústria fonográfica, pirataria esta que viola o direito autoral do artista, prejudicando os artistas brasileiros e, via de consequência, a valorização da cultura nacional.

Isso porque as versões falsificadas possuíam um preço muito mais vantajoso para o consumidor da música, sendo preferível a compra ilegal do meio de suporte musical do que a

compra da versão original e legalizada, cujos valores eram revertidos aos autores. Essa diferença de preço, segundo o ex-deputado federal Otávio Leite, advinha da onerosidade excessiva dos impostos que recaíam sobre as produções musicais e sobre os suportes pelos quais as músicas eram veiculadas.

Acatada pela Câmara dos Deputados e, posteriormente, aprovada pelo Senado Federal, a PEC nº 123/11 tornou-se Emenda Constitucional, de modo que ao art. 150, VI, foi acrescentado da alínea “e” – o qual se mantém desde então, tendo em vista que não houve quaisquer alterações posteriores à EC nº 75/13.

Com isso, a partir do que já foi demonstrado, será realizada uma análise de seu principal argumento, qual seja, a pirataria, bem como uma breve análise do fator cultural que também a engloba, ao longo das fases da produção musical e do *status* atual da pirataria frente às plataformas de *streaming*. Passe-se, pois, a tais análises.

3.1 A pirataria como principal justificativa

No texto de justificativa da PEC, argumenta-se que “é urgente a implantação de medidas que fortaleçam a produção musical brasileira, diante da avalanche cruel de pirataria e da realidade inexorável da rede mundial de computadores (internet).”. Em razão de tal urgência, a PEC veio com a intenção de

[...] estabelecer imunidade tributária para a produção musical brasileira bem como a comercialização de seus suportes físicos e digitais, tendo como única restrição para sua imunidade que estes contenham músicas compostas ou gravadas por autores ou artistas brasileiros, medida que nos parece poder vir a contribuir para reverter o atual quadro de favorecimento da indústria da pirataria, que vemos se solidificar a cada dia em detrimento dos produtos legalmente produzidos e comercializados no País.

Com isso, o legislador, munido de seu poder constituinte derivado, optou, após aprovada nas duas Casas do legislativo, por instituir a imunidade tributária musical, sob a justificativa de conter e diminuir a pirataria. Sabe-se que, como observado no capítulo anterior, a indústria fonográfica esteve e segue em constante evolução. A pergunta que sobrevém, diante da análise da justificativa de PEC, é: por que só agora? A pirataria é um fenômeno recente?

No presente tópico, será demonstrado que não. Isso porque, segundo VICENTE (2012), A pirataria foi muito impulsionada a partir do momento em que as facilidades de gravação de músicas foram introduzidas pela fita cassete. Como visto, com a fita cassete, tornou-se possível gravar músicas em casa, fato este que “por um lado, aumentou o volume global de vendas da indústria, por outro, possibilitou também um rápido crescimento da atividade dos piratas” ainda nos anos 70 do século XX (VICENTE, 2012, p. 203).

Ocorre que, já no ano de 2006, a venda dos CDs produzidos legalmente já diminuía no mundo todo, e, como se extrai do texto de Janssens, Van Daele e Berken, “de acordo com a Federação Internacional da Indústria Fonográfica (IFPI), as vendas de CDs têm caído continuamente (exceto pelo status quo em 2004) de 2,5 bilhões de unidades em 2000 para 1,8 bilhões em 2006”. (JANSSENS; VAN DAELE; BERKEN, 2009, tradução nossa).¹

Os autores ainda apontam que, em que pese as novas tecnologias de *downloads* na internet, a indústria musical culpa a pirataria por esta diminuição. Isso porque a pirataria não ocorre somente quanto aos suportes materiais – ela é também observada nos suportes digitais que surgiram na última década.

¹ Do original: according to the International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), CD sales have been falling continuously (except for a status quo in 2004) from 2,5 billion units in 2000 to 1,8 billion in 2006.

Assim, de acordo com eles, a pirataria, que diminuiu a venda dos CDs e dos suportes materiais, não ocorre do mesmo modo. O consumo de músicas, que antes estava vinculado aos CDs, acontece, agora, de maneira digital, sendo que a pirataria dos suportes materiais não é o que desmotiva a venda dos CDs, mas sim a pirataria musical que é disponibilizada por meios digitais, em formato MP3.

Desse modo, atento a essas questões, o texto da EC nº 75/13 dispõe que a imunidade se aplica também a arquivos digitais. Mas o que constitui a pirataria?

Tozi define pirataria como “toda ação que reproduza objetos ou informações, sem pagamento de direitos autorais ou de propriedade, acarretando uma desapropriação da criação e do conhecimento.” (TOZI, 2010, p. 18). Por meio dela, pessoas que, antes, não teriam acesso a determinadas produções culturais em razão de seu alto custo, passam a ter – sendo o principal modo de divulgação da atualidade.

A pirataria, então, é um fenômeno que proporciona diversas discussões – e contradições – podendo ser pensada em várias esferas. Juridicamente, a pirataria envolve a violação ao direito autoral daquele quem a produz, sendo uma afronta à a propriedade intelectual protegida pela Lei nº 9.610 de 1998 e, no Brasil, é considerada crime nos termos do art. 184 do Código Penal Brasileiro.

Segundo Menezes (2007), para o Direito, a pirataria consiste no uso público de obras artísticas não-autorizadas, de modo que, para divulga-la, é necessário possuir o *Copyright* da obra. Quando ela é divulgada e, com isso, utilizada, sem autorização do autor, está-se diante de sua versão pirata, ilegal. O impacto econômico é evidente: cerca de R\$ 130 bilhões de reais não foram arrecadados em 2017 em razão da pirataria, de acordo com a Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI) (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2018).

Diante disso, faz-se necessário adentrar no ramo dos direitos autorais. Embora, segundo Otávio Afonso (2009), dentre suas várias acepções, o direito autoral é o “direito que o criador de obra intelectual tem de gozar dos produtos resultantes da reprodução, da execução ou da representação de suas criações.” (AFONSO, 2009, p. 10). Desse modo, o que se tem no campo do Direito referente à tal disciplina envolve as leis que tutelam as obras materializadas, isto é, que não mais pertencem ao mundo das ideias, e que, por isso, intentam a garantia do reconhecimento moral e, sobretudo, uma participação financeira em troca da utilização que ele criou.

Para ser objeto da proteção, o autor ainda afirma que, conforme prevê a Convenção de Berna, o registro da obra não é uma obrigatoriedade, sendo, portanto, declaratório e facultativo. Ocorre que, Afonso (2009), aduz ser este, na atualidade, uma necessidade para o exercício do direito autoral, vez que “em face da multiplicidade de formas de utilização proporcionada pelas novas tecnologias e problemas relacionados com a cessão de direitos, o registro de obras é um meio de prova material que o autor possui para defender os seus interesses.” (AFONSO, 2009, p. 23).

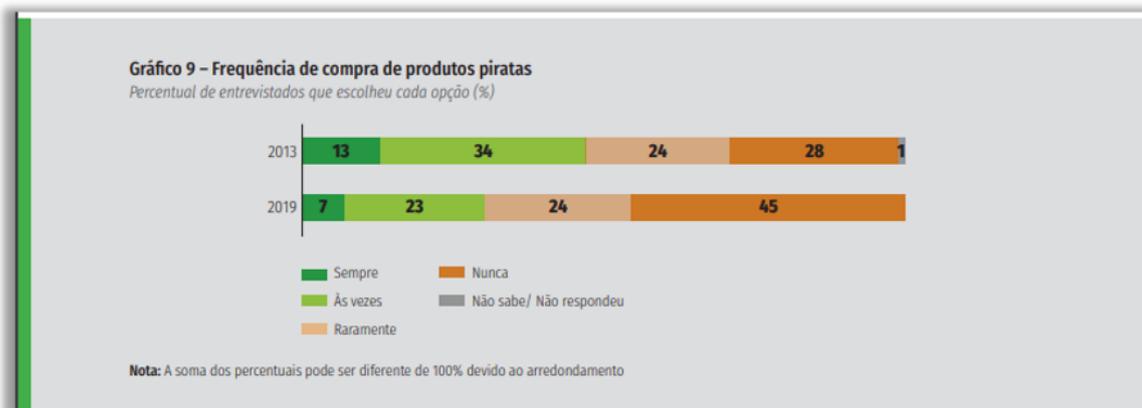
Com isso, pode-se verificar que a pirataria vai na contramão do que intentam os direitos autorais, distribuindo obras sem a autorização legal para tanto, não dando o retorno financeiro, por meio dos órgãos que fazem a distribuição financeira. Uma vez disponibilizados os dados ilegalmente, estes não são mais de controle das associações e organizações que protegem e realizam esse repasse ao autor, de modo que não se torna possível sua remuneração.

Ocorre que, atualmente, como visto no capítulo anterior, a maior parte dos usuários do país utilizam-se das plataformas de *streaming* para acessar conteúdos artísticos em geral. Estágio atual da evolução digital, por meio de um grande banco de dados, o *Spotify*, empresa para quem os artistas, por meio de suas gravadoras e selos, cedem o direito de uso de suas obras,

isto é, o *Spotify* detém o *Copyright* desses artistas, fornece a todos os seus usuários o livre acesso aos conteúdos dos quais possui o licenciamento de cópia e exploração.

Segundo os dados da última pesquisa da Confederação Nacional da Indústria (CNI), a respeito do Perfil do Consumidor na internet, entre os anos de 2013 e 2019, o brasileiro reduziu a sua frequência de compra de produtos piratas. O gráfico abaixo, retirado de pesquisa da CNI, demonstra que reduziu em 6 pontos percentuais o número de brasileiros que consome pirataria, de modo que se aumentou em 17 pontos percentuais o número de pessoas que alegam não consumir produtos piratas.

Figura 1 – Frequência de compra de produtos piratas



Fonte: (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2020, p. 14)

Para o órgão pesquisador, “um dos fatores que pode ter contribuído para a redução da compra de produtos piratas é a popularização de alternativas de consumo de produtos originais a preços menores, como as plataformas de streaming de músicas e filmes” (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2020, p. 14).

De acordo com as pesquisas realizadas pelo Opinion Box, em 2015, de 1.112 brasileiros entrevistados para a colaboração da pesquisa, 28,2% se utilizam das plataformas de *streaming*. Dentre eles, a prática de *downloads* ilegal é 31% mais baixa (USUÁRIOS..., 2015), o que demonstra a realidade que surge com o *streaming*, já que as plataformas são legais e pagas, por um preço muito menor, como visto, do que os demais meios de distribuição fonográfica.

Ademais, no Brasil, a disponibilização de músicas a terceiros só é possível, de modo legalizado – e não pirata – se se respeita o art. 49 da lei autoral, que dispõe que a transferência dos direitos autorais a terceiros ocorre com a realização de um contrato de cessão, modalidade que as plataformas de *streaming* utilizam para poder explorar livremente a faixa autoral dos milhares de artistas que se inscrevem na plataforma.

Dessa forma, a plataforma consegue, por um baixo custo, disponibilizar, legalmente, as faixas que, antes, eram veiculadas uma a uma – seja por meio de suportes materiais, CDs, seja por meio de suportes imateriais, via internet – *downloads* de MP3. Por esse motivo, eles representam uma grande forma de desincentivo da pirataria, como visto acima.

Diante disso, extrai-se que: a) a pirataria é um fenômeno jurídico, econômico e cultural; b) nem todo artista está na posição diametralmente oposta à pirataria; e c) as plataformas de *streaming* são desincentivadores de práticas de pirataria. Necessário, ainda, conferir a relação da pirataria com a cultura, vez que, conforme o texto da justificativa da PEC, “a presente proposta de emenda à constituição é, antes de tudo, um brado em defesa da cultura nacional.”

3.2 A defesa da cultura nacional como justificativa consequencial e sua relação com a pirataria

Para verificar como a pirataria se relaciona com a cultura, já que esta é uma das justificativas da PEC, é necessário verificar qual a relação entre o domínio privado e o domínio público. Depreende-se da justificativa que a pirataria seria uma violação da cultura nacional – ora, se é a EC é “*um brado em defesa da cultura nacional*” e tem como finalidade a mitigação das práticas de pirataria. Consequência implícita seria que a premissa de que a pirataria infringe indiretamente a cultura nacional, desvalorizando-a.

Nesse sentido, para definir o que é cultura, Miguel Reale, advertido ao leitor que as acepções de cultura mudaram ao longo do tempo e que são, ainda, flutuantes, ensina que a cultura possui dois sentidos semânticos. O primeiro, ligado a seu uso cotidiano, é do domínio privado, relacionando-se à constituição subjetiva da pessoa, e “vincula-se a cada pessoa, indicando o acervo de conhecimentos e de convicções que consubstanciam as suas experiências e condicionam as suas atitudes, ou, mais amplamente, o seu comportamento como ser situado na sociedade e no mundo.” (REALE, 2005, p. 02).

A segunda acepção de cultura para o autor é vinculada ao domínio público, social, e consiste no “acervo de bens materiais e espirituais acumulados pela espécie humana através do tempo, mediante um processo intencional ou não de realização de valores.” (REALE, 2005, p. 03), de modo que ambas as acepções são complementares e fazem parte do mesmo conceito que envolve o que discursivamente referencia-se como ‘cultura’.

Para compreender a lógica do domínio público e do privado e, via de consequência, por meio das definições de Reale, identificar o porquê de ser a pirataria uma forma de violação do que se depreende pelo termo “cultura”, será necessário analisar como se dão e onde se convergem tais domínios – já que, como observado, para o autor, ambas as acepções são referentes a um mesmo conceito.

Hannah Arendt, em “A condição humana”, defende que ambos os domínios se transformaram substancialmente na era moderna, de uma maneira que influenciou – e segue influenciando – as atividades humanas. Para a autora, “a privatividade moderna, em sua função mais relevante, a de abrigar o que é íntimo, foi descoberta não como o oposto da esfera política, mas da esfera social, com a qual é, portanto, mais próxima e autenticamente relacionada.” (ARENDR, 2016, p. 113).

Saindo, portanto, da tradição grega, em que a esfera privada estava em oposição à esfera política, a modernidade colocou a intimidade em oposição ao domínio social, de modo que passaram a ser domínios em partes convergentes. A propriedade privada

[...] antes da era moderna, era vista como condição axiomática para admissão ao domínio público; ela era muito mais que isso. A privatividade era como que o outro lado escuro e oculto do domínio público, e como ser político significava atingir a mais alta possibilidade da existência humana, não possuir um lugar privado próprio (como no caso do escravo) significava deixar de ser humano. (ARENDR, 2016, p. 143).

A conexão entre ambos os domínios – o que faz o conceito contemporâneo de cultura definido anteriormente por Reale possuir duas acepções que, embora de esferas distintas, determinam uma à outra – é evidenciada, segundo Arendt, da seguinte forma:

O surpreendente florescimento da poesia e da música, a partir de meados do século XVIII até quase o último terço do século XIX, acompanhado do surgimento do romance, a única forma de arte inteiramente social, coincidindo com um não menos impressionante declínio de todas as artes mais públicas, especialmente a arquitetura,

constitui suficiente testemunho de uma estreita relação entre o social e o íntimo. (ARENDR, 2016, p. 112).

Com isso, a cultura está onde se encontram os dois domínios, que são necessários para que se complete o seu sentido total. Reale, ao analisar o conceito de cultura em sua obra, está envolto nesta realidade trazida pela modernidade; realidade está evidenciada pelos excertos da obra “A Condição Humana” de Arendt.

Portanto, tem-se que a cultura envolve a questão pessoal, de todos os valores que condicionam o indivíduo a possuir determinadas atitudes e convicções. Todavia, tais valores são determinados pelo conceito social de cultura, este, por sua vez, vinculados à coletânea de bens, materiais ou não.

Desse modo, frente a essas explicações, o fenômeno anteriormente trabalhado e que se tem como principal justificativa para o surgimento da imunidade tributária musical, qual seja, a pirataria, foi identificada como uma violação à cultura, que é formada de significados advindas de domínios distintos do discurso.

Identificado, porém, tais aspectos, pode-se dizer que, à medida que a pirataria dissemina uma obra formada de valores pessoais do autor, e que dão ensejo a seu direito sobre a obra – o direito autoral, sem a sua autorização, está-se a pensar sob uma perspectiva privada da cultura; ao passo que, à medida que a pirataria divulga novos bens que, por um aspecto meramente econômico, não seriam de acesso geral, ela reforça – e não viola – a perspectiva social da cultura.

Destarte, é possível visualizar que a ausência de retorno financeiro ao autor viola e desmotiva-o pessoalmente a criar e produzir música diante de uma sociedade capitalista, onde o maior incentivo de produção, segundo Arendt (2016), relaciona-se com aspectos econômicos, sendo este o ponto de desvalorização de cultura cuja PEC se debruça.

Se fosse pensado o aspecto de quantidade de acesso, como já identificado anteriormente, seria possível chegar à conclusão contrária, uma vez que as manifestações artísticas piratas, em razão de seu baixo custo, chegam a lugares que, antes, ficavam à margem do desenvolvimento artístico cultural brasileiro, ainda que de modo ilegal, isto é, sem o repasse das verbas a seus proprietários intelectuais – nesse caso, aos músicos.

Diante disso, é possível perceber que o *Spotify* reúne em si ambas as acepções de cultura, disseminando a arte musical a um contingente populacional maior em razão de seus baixos preços, na mesma medida em que remunera o artista que produziu a faixa musical, respeitando as diretrizes de seu direito autoral. Para visualizar a subsunção da referida imunidade tributária às atividades fornecidas pelo *Spotify*, necessário se faz analisar a literalidade do dispositivo constitucional que lhe deu fulcro.

4 DA APLICABILIDADE DO ART. 150, VI, “e” ÀS ATIVIDADES FORNECIDAS PELO SPOTIFY

As imunidades tributárias, como já se observou, estabelecem os limites ao poder de tributar do Estado. Ocorre que, segundo prescreve o professor Sacha Calmon Coelho, “teleologicamente, a imunidade liga-se a valores caros que se pretende sejam duradouros.” (COELHO, 2020, p. 100).

Nesse sentido, para compreender a instituição das imunidades tributárias no texto constitucional, faz-se necessário compreender, para além disso, o motivo que a deu ensejo. Os motivos da imunidade tributária já foram, anteriormente, explicitados, de modo que, agora, o foco é a relação jurídica que perpassa a imunidade tributária musical.

Para melhor defini-las, vale-se da obra de Eduardo Sabagg, que conclui que “as imunidades tributárias apresentam-se como normas constitucionais de desoneração tributária”, sendo exonerações justificadas teologicamente, uma vez que o legislador constituinte deliberou prestigiar valores constitucionalmente consagrados” (SABAGG, 2021, p. 25).

Pois bem, cabe salientar que é uníssono na doutrina, bem como na jurisprudência pátria, que as imunidades não se confundem com os princípios, embora com eles resguarde aproximações, já que, conforme Paulsen, “Tais imunidades compõem o estatuto jurídico-constitucional de tais garantias fundamentais, de modo que as integram.” (PAULSEN, 2021, p. 49). Segundo o professor Hugo de Brito Machado (2019), ambas têm *status* constitucionais e protegem direitos fundamentais, mas, como bem aponta Coelho:

É certo que alguns princípios expressos fazem brotar ou rebrotar imunidades (implícitas), porém não se trata de uma relação necessária, vale dizer, nem todo princípio conduz a uma imunidade, como é o caso dos princípios da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade. [...]

Os princípios constitucionais dizem como devem ser feitas as leis tributárias, condicionando o legislador sob o guante dos juízes, zeladores que são do texto dirigente da Constituição.

As imunidades expressas dizem o que não pode ser tributado, proibindo ao legislador o exercício da sua competência tributária sobre certos fatos, pessoas ou situações, por expressa determinação da Constituição (não incidência constitucionalmente qualificada). Sobre as imunidades exerce o Judiciário, igualmente, a sua zeladoria. (COELHO, 2020, p. 97).

Assim, em que pese salvaguardar direitos fundamentais e materializar princípios constitucionais e tributários, as imunidades tributárias com eles não se confundem, já que delimitam, taxativamente, os limites da atuação do poder tributário, materializando situações as quais não será possível a exação da obrigação tributária.

4.1 Da eficácia da imunidade tributária musical: críticas e apontamentos

A imunidade tributária musical, segundo o Professor Sacha Calmon, foi estabelecida com o intuito de “atender a demanda de uma indústria que padece com o avanço tecnológico e com o crime que dele se aproveita.” (COELHO, 2020, p. 195). Desse modo, o legislador, ciente de que as tecnologias advindas com o século XXI eram facilitadores de comportamentos piratas, fez questão de acrescentar, ao texto a EC 75/13, a expressão “arquivos digitais”.

Ainda segundo o professor, “Não se quis restringir a imunidade ao tipo de suporte, pois, ao abranger o digital, a norma estende a contemporaneidade ao instituto da imunidade tributária.” (COELHO, 2020, p. 195). Muito se discutiu sobre o assunto dos suportes digitais sobre a alínea anterior, que prevê a imunidade à livros, jornais, periódicos, e ao papel destinado à sua impressão.

Com o avanço da tecnologia, novas formas de veicular livros e demais publicações nesse sentido tornaram-se digitais – assim como aconteceu com os suportes de música, tema minuciosamente demonstrado em oportunidade anterior. A discussão da aplicabilidade dos livros digitais, conhecidos como “e-books”, chegou até o Supremo Tribunal Federal, que definiu, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 330.817 e 595.676, a Súmula Vinculante nº 57², aplicando a imunidade tributária à importação e comercialização, no mercado brasileiro,

2 “A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se à importação e comercialização, no mercado interno, do livro eletrônico (e-book) e dos suportes exclusivamente utilizados para fixá-los, como leitores de livros eletrônicos (e-readers), ainda que possuam funcionalidades acessórias.”

dos e-books e dos leitores de livros eletrônicos, reforçando a discussão de que os suportes digitais também seriam aplicados por essa imunidade tributária.

Ao pontuar que a imunidade tributária musical se enquadrava, também, aos suportes digitais, evitou-se discussão similar no campo judicial a respeito da aplicabilidade da nova imunidade aos arquivos digitais. Ainda assim, a eficácia da nova imunidade foi – e segue sendo – extremamente criticada. Isso porque há diversas peculiaridades que não foram esmiuçadas e que podem gerar extensas discussões.

O professor Sacha Calmon Coelho adentra-se em tais questões de forma objetiva e clara. São elencados, em sua obra, pontos que devem ser, para além do texto normativo da EC 75/13, levados em consideração. O primeiro deles é o fato de que a imunidade é objetiva, de modo que “não se pode entrar na seara da qualidade do fonograma ou do videofonograma produzidos, deixando ao alvitre do fisco e dos juízes a interpretação sobre a finalidade precípua de cada uma das produções da indústria.” (COELHO, 2020, p. 195), independentemente de seu conteúdo, do gosto de quem a interpreta e de quaisquer outras subjetividades.

Ainda, o autor afirma que outra indagação que poderia surgir da análise do dispositivo recai sobre a questão da nacionalidade, vez que é requisito objetivo do dispositivo o fato de que devem ser os autores brasileiros, ou interpretadas por artistas brasileiros. Nesse sentido, ele acredita que “o estrangeiro que mantém a sua nacionalidade, mas que possui residência no país, estaria contemplado pela imunidade ao produzir a música ou um videoclipe.” (COELHO, 2020, p. 195), de maneira que, em que pese o grande número de artistas estrangeiros, cuja nacionalidade não é brasileira, que são reproduzidos no Brasil, a imunidade não lhes alcança.

Outro problema identificado pelo autor, é o de que,

Mesmo se admitirmos que o artista brasileiro é quem goza da imunidade, muitos deles têm suas músicas comercializadas por lojas virtuais que não se encontram estabelecidas em nosso território. Há severa perda de receita para o fisco com a comercialização de músicas por sítios estrangeiros.

Contudo, resolve-se em parte esse problema, pois os cantores e/ou intérpretes brasileiros teriam a diferenciação de não terem qualquer incidência sobre suas produções acaso comercializassem suas produções em sítios hospedados fora do país. Nesse ponto, a norma atendeu apenas à realidade fática. Os estrangeiros continuariam a ser tributados, mas esta receita não nos pertence, pois é cobrada na origem da comercialização, que é o território estrangeiro. (COELHO, 2020, p. 196).

O autor, então, acredita que o ponto principal a ser levado em consideração e que demonstra um anacronismo do legislador ao instituir a EC 75/13 é o de que é irreal pensar a imunidade estrita aos cantores brasileiros, já que, atualmente, em um mundo globalizado, o mercado brasileiro é voltado para o consumo de produções fonográficas internacionais.

Feitos tais apontamentos e ressalvas sobre a aplicabilidade do dispositivo, é importante analisar quais as relações do texto da EC 75/13, bem como de seus fundamentos, para que, a partir de uma análise teleológica, delimite-se o campo de incidência da alínea “e” do art. 150, VI, esmiuçada acima, às plataformas digitais de música.

4.2 A relação entre as justificativas da imunidade tributária musical e sua aplicação

Como foi possível visualizar, a EC 75/13 foi instituída com a intenção de diminuir o crescente número de distribuição de produtos musicais piratas, principalmente por meio de suportes materiais, conhecidos popularmente como CDs e DVDs camelôs, com a intenção de, ao obter êxito na diminuição de produtos musicais piratas, valorizar a cultura nacional.

Nesse sentido, foi possível visualizar que a pirataria engloba diversos fatores, jurídicos – que se relacionam com a lei de direitos autorais, filosóficos, sociológicos, dentre outros. Também foi possível analisar que a cultura nacional, outro ponto que a imunidade pretende preservar, possui acepções diversas.

Desse modo, como as imunidades tributárias devem ser **interpretadas** teleologicamente, isto é, de acordo com sua finalidade, foi essencial analisar, previamente, as justificativas da instituição desta nova modalidade de imunidade tributária na Constituição Federativa da República Brasileira de 1988, que determinam com que finalidade foi instituída, ao art. 150, VI, a alínea “e”.

Ao verificarmos que o *Spotify* diminuiu consideravelmente os números do consumo de produções piratas no Brasil, fazendo com que as produções brasileiras circulem com maior facilidade não só no território do país, mas também em todo o mundo, já que a plataforma é global, e, com isso, incentivando a cultura em suas duas acepções, isto é, valorizando os bens culturais produzidos pelos músicos brasileiros, bem como valorizando a produção cultural subjetiva sobre a qual recai o direito autoral, é evidente que não seja necessário a aplicação da imunidade tributária ao serviço de plataforma de *streaming* prestado pelo *Spotify*.

Desse modo, o *Spotify* não seria, teleologicamente, abrangido pela imunidade tributária já que, embora seja uma evolução dos suportes de música, como foi visto no capítulo 1 deste trabalho, o que seria suficiente para caracteriza-lo detentor da nova imunidade tributária prevista na Constituição, já que sua atividade-fim é de distribuição produções fonográficas, não reforça práticas de pirataria. Pelo contrário, com seus baixos preços e sua versão gratuita, o *Spotify* vai na contramão do que, segundo a PEC, ensejaria a pirataria: os altos custos dos produtos fonográficos.

Isso porque houve uma redução significativa da pirataria com as plataformas de *Streaming*, como demonstrado no segundo capítulo deste trabalho. Ademais, o conceito de pirataria é flutuante, de modo que a PEC e a EC 75/13 possuem justificativas fracas e extremamente falhas, já que, como trabalhado, o conceito de cultura, cuja ideia de proteção também se volta, é igualmente diverso e amplo, e muito diz respeito aos bens que são distribuídos na sociedade.

Ponto importante a ser levado em consideração e que foi devidamente explorado anteriormente, é fato de que as plataformas de *streaming* são viabilizadoras e disseminadoras de cultura, embora a população brasileira ainda tenha pouco acesso à internet³. Com isso, o aplicativo, uma vez sendo uma das justificativas da lei proteger a cultura, poderia, única e exclusivamente por esse viés, ser incluído no rol das atividades que fazem jus a tal imunidade.

Isso porque, como visto, em que pese diminuir significativamente a pirataria, o *Spotify* é um grande propulsor da cultura – especificamente, da cultura brasileira. Nesse sentido, seria possível visualizar a aplicação da imunidade tributária ao caso. Porém, como se verá adiante, são difíceis as formas de concretização no plano prático.

Portanto, se levarmos em consideração que a reprodução de cada faixa disponibilizada no aplicativo representa um bem fonográfico distinto, como eram as fitas cassetes, os CDs e os *downloads* MP3, tem-se que, se observados os requisitos dispostos na alínea “e”, inciso VI, art. 150 da Constituição Federal, que instituem a imunidade tributária musical, não seria possível

³ Segundo a última pesquisa realizada pelo Cetic.br, Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), que tem a missão de monitorar a adoção das tecnologias de informação e comunicação (TIC) no Brasil, demonstrou que, no Brasil, a internet ainda é vinculada a classes mais altas no país e que, de 71% da população brasileira que possuem acesso à internet, somente 44% têm acesso por meio de cabo ou fibra ótica, a tecnologia mais recente para o livre acesso de internet, sendo o celular o dispositivo mais usado pela população brasileira. (CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, 2019).

que se visualizasse uma exação de natureza tributária no caso, quando da reprodução de músicas cuja autoria pertence ou foi interpretada por autores brasileiros.

Em termos práticos, seria necessário, então, deduzir da base de cálculo o valor arrecadado por cada faixa reproduzida cuja autoria é de artistas ou intérpretes brasileiros dentro do aplicativo. A título exemplificativo, cabe analisar as músicas mais tocadas no país. O *Spotify* disponibiliza *playlists* informando ao usuário e ao artista quais são as 50 músicas mais tocadas no país, com o número de reproduções que cada faixa obteve diariamente. No Brasil, das 50, apenas duas músicas são estrangeiras e, de um total de 30.772.460 reproduções, ambas as faixas foram reproduzidas somente 874.565 vezes⁴.

Para melhor compreensão, pode-se verificar que, nos gráficos divididos por gênero musical, as músicas mais escutadas no país pertencem a gênero musicais *suis generis* do Brasil, que, se levadas em consideração, ensejariam a aplicação da imunidade tributária, não cabendo, portanto, falar-se em cobrança de impostos sobre a reprodução de tais faixas.

De acordo com informações disponibilizadas pelo jornal Estadão em 2021, por cada “*stream*”, isto é, a cada reprodução, o artista ganha somente 0,00348 dólares. Assim, para cada milhão de vezes que a música é reproduzida, o artista ganha somente US\$ 3.480,00. Com a cotação do dólar do mês de abril de 2021, o artista que teve sua música reproduzida 1 milhão de vezes, recebeu R\$ 19.443,80.

Ocorre que a reprodução da música não representa, por si só, um bem digital; ele engloba também os serviços que foram necessários para que este bem fonográfico fosse reproduzido. Então, ainda que se pensasse no produto final que foi reproduzido, a atividade-fim do *Spotify* não se resume à veiculação das músicas, tais como eram os *downloads* e os CDs.

Diante disso, faz-se necessário, ainda, analisar qual o *status* das atividades prestadas pelo *Spotify* e se elas constituem fato gerador de outras obrigações tributárias previstas no ordenamento tributário brasileiro, bem como compreender como se dá a tributação em nível global, já que os “digital services” são uma nova forma de atividade da sociedade, atividade esta que envolve diferentes jurisdições no âmbito internacional.

4.3 Da subsunção da EC 75/13 à atividade prestada pelo *Spotify*: a tributação na era digital

Para melhor compreensão do tema, portanto, é imprescindível analisar o a atividade-fim do *Spotify*. A empresa delimita sua atividade como “um serviço de streaming digital que dá acesso instantâneo a milhões de músicas, podcasts, vídeos e outros conteúdos de artistas de todo o mundo.” (SPOTIFY, 2021a). Em seu *site* norte-americano, ele se define como “um serviço de música digital que dá acesso a milhões de músicas.” (SPOTIFY, 2021b, tradução nossa).⁵

Para tanto, é indispensável precisar o que são serviços digitais. A fim de se chegar em um conceito de serviço digital, faz-se necessário compreender o que é um “e-commerce”, isto é, os comércios eletrônicos. Isso porque, “o objeto dessa relação jurídica formada pelo comércio eletrônico pode ser tanto um bem quanto uma prestação. [...] podemos citar músicas, livros, jogos e programas de computador (software), que são adquiridos por meio da Internet e utilizados de forma digital.” (SILVA; MARTINS; PEREIRA, 2017, p. 25).

Nesse sentido, conforme bem explicita a própria plataforma ao se definir, trata-se de um serviço digital, objeto de uma relação jurídica que se estabelece e se viabiliza por meio da internet, digitalmente. O serviço digital do *Spotify*, portanto, veicula um bem incorpóreo, qual

⁴ Dados obtidos por meio da playlist “Top 50 – Brasil” disponibilizada no mês de abril de 2021 e fornecida gratuitamente pelo *Spotify* Brasil no seguinte link: <https://open.spotify.com/playlist/37i9dQZEVXbMXbN3EUUhlg?si=db3283a02b284beb>. Acesso em 20. abril. 2021.

⁵ Do original: a digital music service that gives you access to millions of songs.

seja, a produção fonográfica – do mesmo modo que fazem os *downloads* MP3. Com isso, tem-se que embora ofereça e, de certo modo, venda um serviço, o valor que se paga ao efetuar a assinatura *premium* envolve não só as mercadorias musicais por si só, mas também o serviço de disponibilizá-las com acesso instantâneo a seus usuários.

Por isso, afirmam os autores que, conceitualmente, as definições de bem e de serviço digital se convergem, sendo difícil diferenciá-los para fins tributários, já que, muitas vezes, não é possível sequer “definir qual seria a natureza do próprio serviço prestado. O que até então era dividido simplesmente como uma ‘obrigação de dar’ ou como uma ‘obrigação de fazer’ se tornou uma zona cinzenta que pode muito bem ser até um ‘misto’ dessas duas coisas.”. (SILVA; MARTINS; PEREIRA, 2017, p. 29).

Diante disso, ela envolve, por meio de algoritmos, um direcionamento para que a experiência de cada usuário, como observado anteriormente, seja única e específica, bem como a manutenção constante do *software* que permite a reprodução das músicas, questão que foi objeto de várias discussões jurisprudenciais.

Assim, foi necessário verificar a natureza dos *softwares*. Se serviços, estes seriam fatos geradores do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de competência municipal; se bens, estes seriam fatos geradores de Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte e Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de competência estadual. Ainda que flutuantes, o STF, ao julgar conjuntamente as ADIs 5659 e 1945, definiu que sobre o licenciamento ou a cessão de direito de uso de programas de computador (*software*) incide o ISS.

Ademais, a Lei Complementar nº 116 de 2003 define que os serviços digitais se enquadram no campo de incidência do ISSQN. Isso porque, conforme o art. 1º, “o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.”

Na referida lista anexa, encontra-se o tópico 1.09, que foi incluído pela Lei Complementar nº. 157 de 2016, e determina que o ISSQN incide sobre a “disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos”.

Assim, ainda segundo o professor Hugo de Brito Machado, “a LC 157/2016 alterou o item 1.09 da lista de serviços, para nele incluir, como tributável, a disponibilização de dados sem cessão definitiva (*streaming*), a envolver serviços como o prestado por plataformas como Netflix, Spotify, Deezer, Apple Music, dentre outras.” (MACHADO, 2019, p. 85).

Desse modo, conclui-se que legal e jurisprudencialmente tudo indica que as plataformas de *streaming* de música são conceituadas como serviços digitais, muito embora também veiculem e disponibilizem bens fonográficos e os forneçam aos usuários.

Contudo, a premissa de que o *Spotify* se enquadra no conceito de serviço digital para fins tributários brasileiros não soluciona todos os problemas tributários em volta da questão. No campo internacional a tributação sobre os serviços digitais envolve discussões outras, que seguem na esfera da OECD, Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico.

Segundo a professora canadense Allison Christians e Tarcísio Magalhães (2019), a comunidade internacional tributária necessita de criar um novo acordo global de tributação para a época digital, o que é intentado pelos Estados-Nação participantes da OECD. O programa de trabalho da OECD, ainda segundo a professora, envolve as vertentes de: a) participação de usuários; b) marketing intangível; e c) presença econômica substancial.

A primeira delas, de participação de usuários, pretende realocar a porção dos lucros globais pela referência ao valor criado pelos negócios extremamente digitalizados, que empenham usuários a fim de vender a eles, bem como solicitar dados a eles. A segunda propõe

realocar uma parte relativamente menor dos lucros globais de empreendimentos em gerais referenciando os valores criados pelos bens e serviços intangíveis que alcançam os usuários em um mercado, tais como marcas, esforços de marketing, listas de clientes etc. Por fim, a presença econômica substancial visa estender o ‘nexus’ e realocar o total de ganhos em uma base de formulário com a participação do usuário adicionada ao fator de repartição tradicional.

Obviamente que tais critérios, no âmbito do direito tributário internacional, envolvem questões econômicas complexas, uma vez que determinados países têm mais lucro dentro de seus territórios com os serviços digitais do que outros, o que se relaciona com a forma pela qual o país percebe tais serviços em seus territórios.

Embora nada tenha sido definido a respeito do assunto, atualmente, Christians e Magalhães afirmam que

o programa de digitalização se preocupa com os estados de destino (onde os clientes ou usuários estão situados), e não com os estados de produção, extração de recursos, insumos de trabalho e assim por diante. Sem identificar as jurisdições de mercado pelo nome, as propostas estabelecem que a definição cobriria a localização dos usuários em virtude da aquisição de bens ou serviços diretamente do vendedor remoto ou em virtude do vendedor remoto fornecer serviços a outra empresa - ou seja, publicidade que visa esses usuários. (CHRISTIANS; MAGALHÃES, 2019, p. 1173, tradução nossa).⁶

Porém, nada ainda foi definido internacionalmente a respeito da tributação incidente nos serviços digitais, seguindo ainda instável no âmbito internacional. Desse modo, enquanto soberano, o Brasil determina que o *Spotify*, enquanto aqui possuir sede, o que é visualizado na prática, deve pagar o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza sobre os valores arrecadados pela empresa, que deverá ser direcionado ao Município de São Paulo/SP, por força da Lei nº 116/2003.

5 CONCLUSÃO

Em um primeiro momento, foi verificado que as plataformas de *Streaming* são a sequência digital e, portanto, imaterial dos suportes musicais, que, antes, passaram por diversas formas, de gramofones, LPs, Fitas Cassetes, CDs, até o MP3, este último que já era imaterial também. Assim, da mesma forma que as diversas outras áreas passaram por transformações radicais em razão da rápida evolução tecnológica ocorrida no final do século XX e no início do século XXI, a indústria fonográfica também foi um reflexo desse processo, o que embora não tenham deixado de existir os outros suportes, culminou nas plataformas de *Streaming*, como é o *Spotify*.

Com isso, foi possível identificar que, apesar de não acabar integralmente com a pirataria, uma das justificativas da PEC 123/11, o *Spotify*, tal como as demais plataformas de *streaming* de música, reduz extremamente o custo do produto ao consumidor final, de modo que este tem acesso a uma quantidade de milhares de faixas por cerca de 16 reais no mês, o que, antes, era impensável. Ao reduzir esse custo, a plataforma consegue remunerar o artista pela reprodução de cada faixa de sua autoria, respeitando os direitos autorais, e reduzir, com isso, a

⁶ Do original: Ultimately, the digitalization program is concerned with states of destination (where the customers or users are situated), and not states of production, resource extraction, labour inputs, and so on. Without identifying market jurisdictions by name, the proposals provide that the definition would cover the location of users either by virtue of their acquisition of goods or services directly from the remote seller or by virtue of the remote seller providing services to another business— namely, advertising that targets such users

pirataria, que tem como principal fim a disponibilização ilegal de produtos sem o devido repasse dos valores adquiridos a título de direito autoral por seu proprietário intelectual.

Não obstante, o conceito de pirataria e sua relação com o que se delimita cultura é complexo e árido, envolvendo diversos fatores que não só estritamente jurídicos, o que faz com que as justificativas da Emenda Constitucional nº. 75/13 sejam insuficientes para avaliar a subsunção da atividade ofertada pelas plataformas de *streaming* de música. Ainda que assim não o fosse, reitera-se que, com o baixo valor a ser pago pelo consumidor final, as justificativas não encontram respaldo, no mundo empírico, face às atividades ofertadas pelo *Spotify* e as demais plataformas, o que, sob uma perspectiva teleológica, não ensejaria a aplicação da imunidade tributária musical no caso.

Ainda assim, cabe observar tal imunidade, como visto, possui peculiaridades específicas, que envolvem a nacionalidade do autor da faixa musical, bem como a precedência da obra, não cabendo, ainda, realizar juízo de valor sobre o conteúdo da música sobre a qual recairia a imunidade. Tal fato implica a questão de que o *Spotify* é uma plataforma global, que envolve músicas e artistas de diversas nacionalidades, o que dificulta a distinção fática do que é referente a produções brasileiras e o que não é, sendo pouco prático definir o campo de incidência da imunidade tributária musical e retirar o montante a ela referente da base de cálculo sobre a qual imposto incidiria.

Ademais, é fato que, no Brasil, é determinada a incidência de ISSQN sobre a atividade do *Spotify*, constituindo, para além da circulação de mercadoria, um serviço. Isso porque, como analisado, a plataforma envolve fatores outros para além do simples suporte de músicas. O *Spotify* permite o compartilhamento de música e de dados, a integração entre seus participantes, a criação de *playlists*, o *download* das músicas, e demais funcionalidades que fazem com que a atividade prestada ali seja personalíssima, fazendo, inclusive, com o que seu consumo seja direcionado às suas preferências. Nesse ponto, evidencia-se ainda mais a dificuldade de conseguir arbitrar, na prática, quanto vale a venda da música, exclusivamente, na formação de preço do que é pago pelo *Spotify*, uma vez que se engloba todo um conjunto de funcionalidades para além da distribuição e venda de produções fonográficas.

Por fim, foi identificado que a tributação sobre os serviços digitais é ainda palco de conflitos de competência no âmbito internacional, já que o entendimento sobre quais os critérios devem ser levados em consideração para delimitação da competência para cobrar tributos das empresas globais que prestam serviços digitais é flutuante e envolve, invariavelmente, questões econômicas que ainda não são definidas internacionalmente, fato que dificulta ainda mais a possibilidade da aplicação da regra do art. 150, VI, “e” às plataformas de *streaming*, posto que plataformas globais.

Com isso, embora em um primeiro momento dê a impressão de que, sim, as plataformas de *streaming* de música, por serem uma forma de suporte de fonogramas e videogramas, são abrangidas, assim como são os CDs, pela imunidade tributária musical, é possível visualizar que, na prática, há outros empecilhos, de cunho jurídico e prático que impedem o alcance da premissa constitucional a tais atividades, não sendo viável, portanto, que a imunidade musical tributária abranja as plataformas de *streaming* de música.

REFERÊNCIAS

ACI-NH. **Cotação Dólar**. 2021. Disponível em: <http://www.acinh.com.br/servicos/cotacao-dolar>. Acesso em 02 abr. 2021.

AFONSO, Otávio. **Direito autoral**: conceitos essenciais. Barueri, SP: Manole, 2009.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Brasil é o quarto no ranking mundial da pirataria digital**. Rio de Janeiro: ABPI, 2018. Disponível em: <https://abpi.org.br/releases/brasil-e-o-quarto-no-ranking-mundial-da-pirataria-digital/>. Acesso em 11

CASTRO, Gisela G. S. Pirataria na música digital: internet, direito autoral e novas práticas de consumo. **UNirevista**, v. 1, n. 3, p. 1-11, jul. 2006. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/pirataria_na_musica_digital.pdf. Acesso em: 02 abr. 2021.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. **TIC domicílios 2019**: principais resultados. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em 18 abr. 2021.

CHRISTIANS, Allison; MAGALHAES, Tarcisio Diniz. A new global tax deal for the digital age. **Canadian Tax Journal/Revue Fiscale Canadienne**, v. 67, n. 4, p. 1153-1178, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3510271_code160791.pdf?abstractid=3510271&mirid=1. Acesso em: 03 abr. 2021.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Perfil do consumidor: consumo pela internet. **Retratos da Sociedade Brasileira**, Brasília, Ano 9, n. 51, jan. 2020. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/dc/a4/dca4e48d-8484-476e-9ae4-d96b8d6d978e/retratosdasociedadebrasileira_51_perfildoconsumidor.pdf 2020. Acesso em: 18 abr. 2021.

DEARO, Guilherme. Geração Y é maioria no Spotify; veja o consumo na plataforma. **Exame**, 18 abr. 2016. Disponível em: <https://exame.com/marketing/geracao-y-e-maioria-no-spotify-veja-o-consumo-na-plataforma/> Acesso em: 02 abr. 2021.

DEMARCO, Matheus. Práticas de sugestão de conteúdo musical online: uma análise do contexto das plataformas de distribuição de arquivos musicais via *streaming*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 42, 2019, Belém, PA. **Anais [...]**. Belém: Intercom, 2019. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/nacional2019/resumos/R14-1460-1.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

DEMARTINI, Felipe. **Spotify já tem mais de 320 milhões de usuários ativos**. Canaltech, 30 out. 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/resultados-financeiros/spotify-ja-tem-mais-de-320-milhoes-de-usuarios-ativos-173801/#:~:text=De%20acordo%20com%20os%20dados,no%20n%C3%BAmero%20total%20de%20ouvintes>. Acesso em 02 abr. 2021.

DEMÉTRIO, Amanda. Preços da iTunes Store no Brasil serão em reais em 2012, diz executivo. **G1**, 13 dez. 2011. Disponível em: [http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/12/precos-da-itunes-store-no-brasil-serao-em-reais-em-2012-diz-executivo.html#:~:text=A%20iTunes%20Store%20foi%20lan%C3%A7ada,99%20\(R%24%2018\)](http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/12/precos-da-itunes-store-no-brasil-serao-em-reais-em-2012-diz-executivo.html#:~:text=A%20iTunes%20Store%20foi%20lan%C3%A7ada,99%20(R%24%2018)). Acesso em: 02 abr. 2021.

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. **Distribuição dos valores arrecadados**. Rio de Janeiro: ECAD. Disponíveis em: <https://www3.ecad.org.br/faq/Paginas/default.aspx#Distribui%C3%A7%C3%A3odos%20valores%20arrecadados>. Acesso em 11 abr. 2021.

ESSINGER, Silvio. Venda de música digital no mundo cresce 8% em 2011. **O Globo**, Rio de Janeiro, 24 jan. 2012. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/venda-de-musica-digital-no-mundo-cresce-8-em-2011-3744724>. Acesso em: 18 abr. 2021.

INGHAM, Tim. **Spotify now hosts 70 million songs**: but it can't keep that up forever. *RollingStone*, 2020. Disponível em: <https://www.rollingstone.com/pro/features/spotify-now-hosts-70-million-songs-but-it-cant-keep-that-up-forever-1094234/>. Acesso em: 05 maio 2021.

JANSSENS, Jelle; VAN DAELE, Stijn; BEKEN, Tom Vander. The music industry on (the) line? Surviving music piracy in a digital era. **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, v. 17, n. 2, p. 77-96, May 2009. <https://doi.org/10.1163/157181709X429105>. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/55708912.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo, DE MARCHI, Leonardo. Em busca da música infinita: os serviços de streaming e os conflitos de interesse no mercado de conteúdos digitais. **Revista Fronteiras: Estudos Midiáticos**, v. 17, n. 3, p. 302-311, set./dez. 2015. <https://doi.org/10.4013/fem.2015.173.04>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/fem.2015.173.04/4990>. Acesso em 21 abr. 2021.

LICHOTE, Leonardo. Mercado fonográfico brasileiro cresceu acima da média mundial em 2018. Entenda os motivos. **O Globo**, 2 abr. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/musica/mercado-fonografico-brasileiro-cresceu-acima-da-media-mundial-em-2018-entenda-os-motivos-23568320>. Acesso em 21 abr. 2021.

MACHADO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MENEZES, Elisângela. Pirataria, plágio e outras violações autorais. **Migalhas**, 14 jun. 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/40516/pirataria--plagio-e-outras-violacoes-autorais>. Acesso em 21 abr. 2021.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PRÓ-MÚSICA BRASIL. **O mercado fonográfico mundial e brasileiro em 2018**. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://pro-musicabr.org.br/wp-content/uploads/2019/04/release-brasil-GMR2019-e-mercado-brasileiro-2018.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2021.

REALE, Miguel. **Paradigmas da cultura contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Carlos. **Do analógico para o digital**: os novos modelos de partilha e venda de música online – plataformas de *streaming*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Escola Superior de Educação, Instituto Politécnico de Porto Alegre, Porto Alegre, RS, 2016.

SABAGG, Eduardo. **Direito tributário essencial**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SILVA, Alice Marinho Correa da; ALMEIDA, Mariana Quintanilha de; MARTINS, Vitor Teixeira Pereira. **Computação, comércio eletrônico e prestação de serviços digitais: sua tributação pelo ICMS e ISS**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

SOILO, Andressa Nunes. **Habitando a distribuição do entretenimento: o regime de propriedade intelectual, a tecnologia streaming e a “pirataria” digital em coautoria**. 2019. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2019.

SPOTIFY. **O que é o Spotyfy?** 2021a. Disponível em: <https://support.spotify.com/br/article/premium-plans/>. Acesso em: 02 abr. 2021.

SPOTIFY. **What is Spotify**. 2021b. Disponível em: <https://support.spotify.com/br/article/what-is-spotify/>. Acesso em 02 abr. 2021.

TOZI, Fábio. Meio técnico, tecnologia e tecnobrega: a cidade e a pirataria como possibilidade. **Revista Tamoios**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 17-28, 2010. <https://doi.org/10.12957/tamoios.2010.1415>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/download/1415/3000>. Acesso em: 18 abr. 2021.

TOZI, Fábio. Pirataria, piratarias: imbricações entre espaço e técnica na contemporaneidade. **Revista Ecológica**, São Paulo, n. 8, p. 41-61, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/ecopolitica/article/download/19463/14423>. Acesso em: 18 abr. 2021.

USUÁRIOS de serviços de streaming no Brasil baixam menos músicas piratas. **G1**, 23 jan. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/01/usuarios-de-servicos-de-streaming-no-brasil-baixam-menos-musicas-piratas.html>. Acesso em: 18 abr. 2021.

VICENTE, Eduardo. Indústria da música ou indústria do disco? A questão dos suportes e de sua desmaterialização no meio musical. **Revista Rumores**, v. 6, n. 2, p. 194-213, jul./dez. 2012. <https://doi.org/10.11606/issn.1982-677X.rum.2012.55300>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/Rumores/article/view/55300/58927>. Acesso em: 18 abr. 2021.