



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.003745/2010-83

PARECER Nº 06 – LA/PRR/CADE – 2012

REPRESENTANTE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA

REPRESENTADOS: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO, UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES, SOCIEDADE BRASILEIRA DE ADMINISTRAÇÃO E PROTEÇÃO DE DIREITOS INTELECTUAIS, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MÚSICA E ARTES, ASSOCIAÇÃO DE MÚSICOS, ARRANJADORES E REGENTES, SOCIEDADE BRASILEIRA DE AUTORES, COMPOSITORES E ESCRITORES DE MÚSICA e SOCIEDADE INDEPENDENTE DE COMPOSITORES E AUTORES MUSICAIS

RELATOR: CONSELHEIRO ELVINO DE CARVALHO MENDONÇA

CADE/MJ

08700.001352/2012-49

PROJDDLO - 08700

-08-Mar-2012-15:41-001352-218

Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE/MJ

PROCESSO ADMINISTRATIVO. GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS RELATIVOS À EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRAS MUSICAIS, LÍTERO-MUSICAIS E DE FONOGRAMAS NO BRASIL. INAPLICABILIDADE DA TUTELA CONCORRENCIAL. O MPF OPINA PELO ARQUIVAMENTO DO PRESENTE FEITO.

1. Lacuna regulatória, por si só, não implica, indiscriminadamente, a aplicação irrestrita do direito concorrencial, quando esse gerar consequências deletérias ao microsistema de direito fundamental do autor.

2. A LDA protege o vínculo exclusivo do autor com sua obra, garantido pela obrigatoriedade de licença prévia para utilização do direito autoral por terceiro (sistema individual). Como a “execução pública musical” enfrentaria diversas dificuldades (hipossuficiência) para observância dessa obrigatoriedade e para o respectivo aproveitamento econômico pelo autor (art. 5º, inc. XXVII, CF), a LDA centralizou a gestão coletiva dos direitos no mandato das associações integrantes do ECAD (arts. 97 e 99), cujo

conteúdo abrange “todos os atos necessários para a cobrança” (art. 98, parte final, LDA).

3. Dentro desse permissivo legal, a opção associativa foi unificar em um repertório compartilhado todos as obras e direitos conexos registrados, conferindo aos usuários uma licença única para a disponibilidade de sua execução – modelo este cuja legitimidade decorre de ser ele o mais efetivo para (i) se controlar a necessidade de licença prévia para toda parte integrante da obra musical a ser executada indivisivelmente (arts. 31, 32, 68, 90, 93, 95, 23, LDA) e, por conseguinte, (ii) para se garantir a arrecadação e distribuição pelo ECAD. A fixação de preço uniforme em conjunto pelas associações é uma consequência imperiosa para a viabilidade do repertório compartilhado e sua licença única, bem como para a viabilidade da função legal do ECAD.

4. O fato de o art. 99 da LDA conferir o monopólio legal ao ECAD tão somente das atividades de arrecadação e distribuição de direitos autorais (mas não para a fixação do respectivo preço), não impede que as suas associações, em nítida relação de colaboração decorrente do espírito da LDA, fixem conjuntamente o preço da licença, para (i) o cumprimento do art. 98 da LDA, relativo ao mandato de gestão coletiva dos interesses dos titulares e (ii) para o cumprimento do art. 99, §1º, LDA, relativo ao dever legal de direção e administração do ECAD.

5. A aplicabilidade da lógica concorrencial (em favor da negociação direta e individual do usuário com cada associação para execução da obra musical) sobre esse modelo: (i) é impossível juridicamente (por afronta aos arts. 23, 32, 15, §2º e 27, LDA), (ii) geraria insegurança jurídica na fiscalização do cumprimento de todos os requisitos para a utilização da obra musical e seu respectivo aproveitamento econômico, agravando a hipossuficiência já intrínseca ao exercício do direito autoral e (iii) partiria do pressuposto falacioso de que as associações concorrem entre si.

6. (i) As disposições estatutárias do ECAD relativas à entrada, saída e classificação das associações; (ii) os “2,5% sobre o faturamento bruto”, bem como (iii) quaisquer irregularidades: todos devem ser analisados, no máximo, como irregularidades prejudiciais aos interesses transindividuais dos autores, sob o critério do “abuso do direito de associação”, do “desvio ou excesso de poder” no exercício do mandato (art. 98, LDA) ou na administração do escritório (art. 99, §1º, LDA), mas não como ilícitos concorrenciais.

Trata-se de Processo Administrativo instaurado a partir de representação da Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA), em 09 de abril de 2010, em face do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), da União Brasileira de Compositores (UBC), Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (SOCIMPRO), Associação Brasileira de Música e Artes (ABRAMUS), Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes (AMAR), Associação Brasileira de Músicos, Compositores e Escritores de Música (SBACEM) e Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (SICAM).

Em sua representação (fls. 01/46), a ABTA alegou que as representadas estariam abusando de suas prerrogativas legais de fiscalização, arrecadação e distribuição de direitos autorais, ao **fixarem, em conjunto, valores considerados abusivos a serem cobrados dos usuários desses direitos**. Alegou também que o ECAD impediria a entrada de novas associações, o que serviria para garantir a manutenção do suposto cartel. Assim, requereu a instauração de Processo Administrativo e a concessão de medida preventiva para cessação de tais condutas, com a **introdução do regime concorrencial no mercado e a negociação individual das associações com as operadoras de televisão por assinatura**.

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) juntou aos autos cópia do Estatuto do ECAD e das tabelas de valores relativas aos direitos autorais (fls. 514/562), obtidos no *site* do ECAD, além de enviar ofícios às representadas – para que se manifestassem a respeito da representação da ABTA – e ao Ministério da Cultura – solicitando-lhe manifestação acerca dos limites da competência do ECAD e sobre a prática de fixação de preços por parte das associações no âmbito do escritório (fl. 563).

As manifestações das representadas foram juntadas aos autos, da seguinte forma: SOCIMPRO (fls. 596/602); ECAD (fls. 671/729); SBACEM (fls. 1578/1592), AMAR (fls. 1651/1663), UBC (fls. 1831/1889); ABRAMUS (fls. 1890/1900); e SICAM (fls. 1960/1969).

Todas as representadas apresentaram argumentos no sentido de legitimar a fixação dos valores por parte das associações e do ECAD como decorrência natural e lógica de seu monopólio da arrecadação e da distribuição de direitos autorais, acrescentando o ECAD que é imperativo para a funcionalização da gestão coletiva dos direitos autorais. Foi indicada a **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.054, que reconheceu a validade do**

art. 99 da Lei nº 9.610/1998 e a legitimidade do ECAD para a gestão coletiva dos direitos autorais.

O Ministério da Cultura, na gestão do então Ministro João Luiz Silva Ferreira, em nota técnica SPDC-DDI 020, por meio de sua Diretoria de Direitos Intelectuais da Secretaria de Políticas Públicas, considerou que o monopólio legal atribuído ao ECAD por lei não abarcaria a fixação de valores unificados. Entendeu, ainda, ser possível a negociação direta dos usuários com as associações e critica a metodologia usada pelo ECAD para a distribuição dos direitos, consistente na determinação dos repertórios mais executados (fls. 2251/2261).

A SDE, por meio do Despacho nº 512 (fls. 2309/2310), instaurou o presente Processo Administrativo, acolhendo Nota Técnica (fls. 2262/2308) do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, para apurar se as condutas das representadas consistem em **infrações à ordem econômica previstas no art. 20, incisos I, II, III e IV, c/c art. 21, incisos I, II, IV, V e XXIV, da Lei nº 8.884/1994.**

Quanto à medida preventiva postulada pela representante, a SDE a indeferiu, ao considerar ausente o requisito do *periculum in mora*.

Em 22 de julho de 2010, a SDE notificou as representadas da instauração do presente Processo Administrativo, abrindo prazo para a apresentação de suas defesas. No mesmo dia, deu ciência do processo à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), que informou, em 05 de agosto de 2010, que se reservava o direito de não se manifestar (fl. 2971).

A SDE e a representante juntaram aos autos cópias de atas de Assembleias Gerais e de reuniões do ECAD, nas quais as associações discutiram questões relativas à fixação dos valores devidos pela utilização de direitos autorais. Vieram aos autos também o Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito constituída na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, que investigou possíveis irregularidades praticadas pelo ECAD, e reportagens jornalísticas relacionadas a críticas à atuação do Escritório.

As representadas juntaram suas defesas aos autos, na seguinte ordem: SOCIMPRO (fls. 2975/2986); ECAD (fls. 3328/3345); ABRAMUS (fls. 3775/3789); UBC (fls. 3810/3837); SICAM (3877/3888); AMAR (fls. 3901/3912); SBACEM (fl. 3947).

Nas defesas, foram levantadas **preliminares relativas à incompetência do SBDC para apreciar a questão e à inaplicabilidade da Lei nº 8.884/1994**. As preliminares foram supostamente superadas pela SDE, na Nota Técnica de Saneamento do DPDE (fls. 4438/4462), acolhida pelo Despacho nº 156 (fl. 4464) da então Secretária de Direito Econômico, por argumento de falta de amparo legal.

No mérito, a SOCIMPRO argumenta em sua defesa que o **sistema de gestão coletiva é um imperativo, sem o qual a arrecadação e a distribuição dos direitos autorais de execução pública seria impossível**. Quanto à acusação de que o ECAD impediria a entrada de novas associações, alega que houve entidades constituídas após a formação do Escritório e que não foram impedidas de se filiarem, e que afinal trata-se do **direito constitucional da liberdade de associação**.

O ECAD e a ABRAMUS apresentaram defesas idênticas, reputando a **necessidade da fixação conjunta dos valores devidos pela utilização de direitos autorais**. Aduzem tal necessidade da impossibilidade de se obter previamente as várias autorizações (coautores e titulares de direitos conexos) que seriam necessárias para a execução pública de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas.

A UBC, em sua defesa, reproduz praticamente a totalidade da manifestação anterior à instauração do presente feito; a SBACEM solicitou que sua peça de manifestação fosse tomada por sua defesa.

A SICAM alega que a fixação conjunta de valores está embasada no art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, da Constituição Federal, no art. 98 da Lei nº 9.610/1998 e nos estatutos das associações. Pondera que o **Judiciário já reconheceu o dever dos titulares de direitos, representados pelas associações, de fixar os valores**, e que o próprio DPDE também o fez¹, dada a **“inexistência de mercado relevante” a ser apreciado**.

A AMAR acrescentou que não haveria infrações à ordem econômica no caso apreciado, pois os **valores referentes aos direitos autorais de execução pública de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas seriam proporcionais e adequados, além de aprovados pelos artistas**.

Em 13 de outubro de 2010, o DPDE novamente oficiou o Ministério da Cultura. Em sua resposta (fls. 4015/4017), o Ministério da

¹ Processo Administrativo nº 08000.002511/97-19.

Cultura informa não possui competência legal para supervisionar associações de gestão coletiva e, portanto, só pode fornecer informações disponíveis ao público em geral.

Em 14 de outubro de 2010, a SDE oficiou a Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA), a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) e a Federação Nacional das Empresas Exibidoras Cinematográficas (FENEEC), requisitando informações relativas à contratação dos direitos autorais e aos critérios utilizados em sua precificação.

A FENEEC apresentou sua resposta (fls. 3966/3973) em 05 de novembro de 2011, considerando os critérios de cobrança adotados pelo ECAD abusivos, na medida em que não foram negociados com os exibidores e nem são objeto de estudo técnico ou qualquer metodologia. Completam que tais critérios geram discriminação entre seus associados, pois dão tratamento igual a agentes com situações de custo diferentes.

A ABERT explica (fls. 4019/4031) que há um convênio firmado entre ela e o ECAD, relativo às emissoras de rádio. Atesta que o único formato de licença fornecido pelo ECAD é o *blanket license*. Dessa forma, os critérios de cobrança do Escritório não correspondem à efetiva utilização do repertório do ECAD. A ABERT também entende ser necessário que se estabeleçam limites e parâmetros para a definição dos valores que possibilitem a negociação justa com os usuários e suas associações.

A ABRA esclarece que a cobrança do ECAD se dá por percentual da receita bruta do usuário ou em função de parâmetro físico, não estando relacionada à efetiva execução das obras. No dia 28 de dezembro de 2010, a ABRA acrescentou que o presente feito se difere de outros que já tramitaram pelo SBDC tendo o ECAD como parte, que o fato de o ECAD ser uma entidade sem fins lucrativos não o exime da responsabilização antitruste e solicita sua admissão nos autos como correpresentante (fls. 4199/4237).

Por meio do Despacho nº 014 da Coordenadora Geral da CGSI (fls. 4483), a **ABRA foi admitida no Processo Administrativo em epígrafe na qualidade de terceiro interessado**, conforme art. 5º, inc. VI, da Portaria MJ nº 456/2010.

A representante juntou novas petições aos autos (fls. 3990/4014 e 4036/4041), na qual reitera seu entendimento no sentido de ser o SBDC competente para apreciar a questão e de que **é possível a negociação direta com cada associação, relativa a seus respectivos repertórios**.

O Secretário de Direito Econômico proferiu Despacho no dia 23 de maio de 2010 (fls. 4525/4526), no qual acolheu a Nota Técnica do DPDE (fls. 4497/4525), encerrando a fase instrutória do presente feito.

As representadas apresentaram tempestivamente suas alegações finais, ratificando seus argumentos anteriores. O ECAD e a ABRAMUS também mencionaram o **art. 3º da revogada Resolução CNDA nº 24/81, que instituiu a tabela única de valores, como argumento que corroboraria a legitimidade do ECAD para fixar preços, e defenderam que o controle do número de associações é imperativo para a viabilização do sistema de gestão coletiva.**

A SDE, acolhendo Nota Técnica da lavra do DPDE (fls. 4570/4674), encaminhou o presente Processo Administrativo ao CADE, por meio do Despacho nº 489/11 (fls. 4675/4676) **com a recomendação da condenação das representadas por infrações à ordem econômica previstas no art. 20, I a IV, c/c art. 21, I, II, IV, V e XXIV.**

O Conselheiro-Relator do CADE, em 07 de julho de 2011, abriu vista dos autos à Procuradoria-Geral do CADE, para emissão de parecer. A **PROCADE ratificou o teor da Nota Técnica da SDE.**

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, para emissão de parecer. Para tanto, foram realizadas audiências com todos os interessados devidamente agendadas, nos termos do acordo MPF/CADE. Também, ante as mudanças de dirigentes ocorridas, bem como a nota técnica SPDC-DDI 020, juntada aos autos por iniciativa da SDE, o MPF solicitou a colaboração do Ministério da Cultura, cuja posição atual em nota técnica DDE/SPC nº039/2011, de 8 de dezembro último (anexada a esse parecer), diverge da apresentada pela Pasta na manifestação acostada às fls. 2251/2261 dos autos, visto que aquela é favorável à unificação pelo ECAD do preço relativo aos direitos autorais oriundos de execução musical.

Eis o relatório do essencial.

Preliminarmente, faz-se imperiosa a análise da aplicabilidade da lógica concorrencial às condutas do ECAD e de suas associações no âmbito da gestão coletiva dos direitos autorais e conexos relativos à execução pública musical.

Para tanto, frente à coexistência legal dos microssistemas (o da concorrência – Lei nº 8.884/94, e o da gestão coletiva de direitos autorais –



Lei nº 9.610/98), cabe perquirir o objeto finalístico da tutela de cada um deles, para, em seguida, analisar a viabilidade da aplicação conjunta de ambos ao caso em tela.

A. O MICROSSISTEMA DA CONCORRÊNCIA.

Como princípio fundante da ordem econômica, a “livre concorrência” integra o patrimônio jurídico da coletividade (art. 170, CF). Sob essa perspectiva, é necessário que sua aplicabilidade seja orientada no sentido de proteger não só a concorrência enquanto instituto mercadológico, mas também a coletividade contra os excessos da própria concorrência enquanto direito transindividual – ainda que, para tanto, o custo seja a relativização da lógica do microssistema concorrencial frente à excepcionalidade de determinado caso concreto sobre o qual paire outro interesse público. Nesse sentido:

“É bom que se diga logo ao princípio, a tutela da concorrência não é um fim em si mesmo e poderá ser excepcionalmente relativizado (v.g., quando, em determinado caso concreto, outro valor for tido por superior, e o escopo maior perseguido pelo sistema jurídico em sua inteireza assim o exigir)”²

Pelo motivo exposto, mister se faz um juízo de ponderação acerca das consequências da aplicação irrestrita da lógica antitruste a circunstâncias regidas, essencialmente, por outro microssistema que tutele direito fundamental (no caso, o de direitos autorais relativos à execução pública musical):

“Em virtude mesmo da mutável realidade que disciplina, as normas antitruste não podem ser concebidas, interpretadas ou aplicadas de uma forma rígida, sob pena de comprometimento (ou inefetividade) do sistema. Há a necessidade de mobilidade e flexibilidade. Forgioni utiliza a expressão ‘válvulas de escape’”³

A fim de legitimar esse juízo de ponderação, cabe, antes de desenvolvê-lo, afastar o argumento suscitado de que, em caso de lacuna regulatória, deve, absolutamente, prevalecer o valor previsto no art. 170, inc.

² PETTER, LAFAYETE JOSUÉ. Direito Econômico. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, 2ª ed., p. 161.

³ PETTER, LAFAYETE JOSUÉ. op. cit., p. 173.

IV da CF, porque a exceção à concorrência deveria vir expressamente prevista na Constituição como tal. Vejamos.

Conforme o art. 170 da CF, a livre concorrência deve orientar os mercados, podendo ser excetuada quando o próprio Constituinte, ponderando outros interesses, assim expressa (ex: hipóteses do art. 177 da CF). Não obstante haver restrições literais à livre concorrência na Carta Maior, é fato que a Constituição tutela outros interesses fundamentais, ainda que não os excetue literalmente da concorrência. Assim sendo, é evidente que tanto os interesses que o Constituinte excetuou literalmente da concorrência, quanto aqueles constitucionalmente protegidos mas sobre os quais não paira a literalidade da exceção, ambos são bens constitucionais tutelados e, quando fundamentais, devem ter sua aplicabilidade regida pelo **princípio da máxima eficácia possível**.

Sendo esses dois tipos de bens (os excetuados expressamente da concorrência e os não excetuados expressamente) direitos fundamentais aos quais se deve conferir aplicabilidade imediata (art 5º, §1º, CF), decorre uma diferença entre eles: quanto aos primeiros, já houve ponderação prévia de interesses, em que o próprio Constituinte, em absoluto e abstrato, deu preferência a um em detrimento da concorrência, inadmitindo sopesamento posterior em contrário pelo julgador; quanto aos outros, o fato de o Constituinte não ter feito o mesmo em abstrato não exclui a atividade hermenêutica do julgador de ponderá-los no caso concreto. **Quer-se dizer que a ausência de literalidade de específica exceção à concorrência na Constituição não implica que um bem constitucionalmente tutelado deva ser, necessariamente, em caso de lacuna regulatória, aniquilado em prol da concorrência.**

É em função dessa lógica que se mostra legítima e necessária a ponderação **“regime da livre concorrência x interesse de um microsistema constitucionalmente tutelado”**, como mecanismo de válvula de escape, assim definido:

“As legislações antitrustes (...) contêm instrumentos destinados a evitar que a tutela da concorrência venha a desempenhar função oposta àquela desejada, criando, por exemplo, obstáculos (...) à distribuição dos bens e serviços.

(...)

Assim, percebemos que a aplicação literal do texto normativo , sem qualquer flexibilização, pode gerar efeitos opostos àqueles desejados. É necessário, então, que a Lei Antitruste contenha **meios técnicos que permitam à realidade permear o processo de interpretação/aplicação das normas nela contidas**. A estes meios técnicos denominamos 'válvulas de escape'⁴.

Entre as válvulas de escape propostas, além da elementar **regra da razão**, destaca-se, no caso em tela, o **“jogo do interesse protegido”**:

“A essa 'válvula de escape' das normas antitruste, consubstanciada na **possibilidade de decisão conforme interesse digno de tutela jurídica, no caso concreto que se está analisando**, damos o nome de 'jogo do interesse protegido'.”⁵

O “jogo do interesse protegido” fundamenta-se na **especialidade de microsistemas protetivos de direitos fundamentais cuja sobrevivência aparta-se da lógica concorrencial**:

“(…) a Lei Antitruste é uma lei geral (…), em princípio, (…), regula a concorrência de uma forma geral entre os agentes econômicos. Ela será geral quando comparada a **diplomas que lhe fazem escapar determinados setores ou práticas do regramento antitruste, submetendo-os à lógica diversa da concorrencial plena (leis específicas)**”⁶

No mesmo sentido, colaciona-se a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive já utilizada como fundamentação do parecer da PROCADE no Ato de Concentração nº 08012.007520/2009-62:

⁴ FORGIONI, PAULA. OS FUNDAMENTOS DO ANTITRUSTE. São Paulo: RT, 2010, 4ª ed. , pp. 188/189.

⁵ Idem, pp. 240/242.

⁶ Ibidem, pp. 207/206.

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.
(...). COMÉRCIO DE ARMAS DE USO RESTRITO
(...). LIVRE CONCORRÊNCIA E SEGURANÇA
PÚBLICA. PONDERAÇÃO DE VALORES.
(...)”

10. A ponderação dos interesses em jogo, técnica de solução dos conflitos quando em tensão valores constitucionais, *in casu*, revela irresponsável a indagação lançada sobre a utilidade do mandamus.
(...)”

14. A ponderação entre os interesses em jogo, *in casu*, a Segurança Pública e a Livre Concorrência, impõe a prevalência do primeiro, conferindo legitimidade e razoabilidade aos atos inquinados de ilegais.

(...)”

16. (...) Por sua vez, o art. 170, parágrafo único, embora reafirme a norma constitucional garantidora da livre iniciativa, coloca exceções - "salvo nos casos previstos em lei". (...). A referida "autorização", prevista na Constituição Federal, evidentemente não concerne aos aspectos econômicos da atividade, mas a consonância do empreendimento com o bem jurídico que a lei se propõe a resguardar, na espécie a segurança social e militar do País. Dessa forma, (...) **deduz-se que a vedação de importação de armas de uso restrito por particular não ofende aos princípios da isonomia e livre concorrência, pois tais princípios são sopesados diante do interesse público envolvido e as normas vigentes (...)**” (Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/11/2006, DJ 11/06/2007, p. 256, g.n.)

Na hipótese dos autos, partindo do pressuposto de que o direito do autor é tutelado como fundamental no art. 5º, inc. VIII, CF, ao qual a Lei de Direitos Autorais confere eficácia imediata, tem-se que – devido ao fato de que a aplicação da lógica concorrencial à fixação de preços para a execução de obras musicais implicaria a aniquilação da base do próprio sistema protetivo vigente e do espírito da LDA (como será cabalmente demonstrado adiante) –, mister se faz o uso, pela ponderação no caso em concreto versado, do MECANISMO DA VÁLVULA DE ESCAPE, para excetuar o regime da livre concorrência em prol da sobrevivência do microssistema protetivo do direito fundamental do autor.

Para a demonstração cabal de que a ótica concorrencial, se aplicada irrestritamente ao caso em tela, aniquilaria a higidez do sistema da LDA e a viabilidade protetiva do direito transindividual em comento, (i) primeiro, descrever-se-ão os princípios fundantes do microsistema dos direitos autorais relativos à execução de obras musicais (ii) para, depois, trazer à evidência a incompatibilidade da tutela desses direitos com a lógica da concorrência.

B. O MICROSSISTEMA PROTETIVO DOS DIREITOS AUTORAIS

Duas correntes, com origens diversas, embasam, cada qual, **diferente sistema legislativo com organização estrutural e jurídica própria de Direito Autoral**: um alicerçado em **princípios garantistas personalíssimos**; outro, **em empresariais**.

“O primeiro deles, chamado de **sistema individual**, está alicerçado nas diretrizes da Convenção de Berna, de 1886, que estabelece uma **ampla proteção ao autor, garantindo-lhe exclusividade sobre sua obra**, a partir de **prerrogativas** tanto de ordem **moral** quanto de ordem **patrimonial**.

Já a segunda corrente de pensamento e organização jurídica autoral, chamada de **sistema comercial**, consolidou-se por meio da Convenção de Genebra, de 1953. Tal sistema foi desenvolvido nos Estados Unidos e na Inglaterra, a partir dos princípios legais do Copyright Act, da Rainha Ana, e é baseado na **ideia de expansão da cultura pelo sistema objetivo de distribuição garantido pelo 'direito de cópia' (copyright)**.⁷

A “oposição entre o sistema anglo-saxão de **proteção à obra**, e o sistema europeu de **proteção à personalidade do autor**”⁸ influencia diretamente na diferenciação: (i) de rigorosidade de **requisitos para a**

⁷MENEZES, ELISÂNGELA DIAS. Curso de Direito Autoral. Belo Horizonte: Del Rey Ltda., 2007, p. 30.

⁸ EBOLI, JOÃO CARLOS DE CAMARGO. Pequeno Mosaico do Direito Autoral. São Paulo: Irmãos Vitale, 2006, p. 20.

transferência de uso de direito autoral e, por consequência, (ii) de maior ou menor necessidade de **centralização para a gestão coletiva** desses direitos.

a) O sistema comercial: princípios, requisitos para utilização por terceiros e gestão coletiva.

O sistema comercial, orientado por “**princípios mercantis (...)** não reconhecia, até então, a **garantia dos direitos morais**”⁹, mas sim o “**copyright**” (direito de remuneração por cópia privada, consistente numa verdadeira **compensação pelo uso das obras**, que permite a **existência de cópias sem prévia e expressa autorização**) como suficiente medida de proteção à criação artística.

Com base nisso, para a cessão do uso do direito autoral, considera-se “protegida qualquer obra desde que a **primeira publicação consentida traga impressa o símbolo '©'**, que equivale à expressão “copyright”, acompanhado do nome do titular do direito de autor, seguido da indicação do ano da primeira publicação”¹⁰.

Essa **formalidade mínima que condiciona a proteção** (cumprimento de aposição de símbolo próprio, sem qualquer necessidade de licença prévia), evidencia o **enfoque do sistema na viabilização da circulação econômica das obras e não na proteção do aspecto moral dos direitos autorais**. Nesse sentido:

“O sistema comercial é o desenvolvido nos Estados Unidos e na Inglaterra (...), relacionando-se com a **proteção da cultura do país**; daí porque se volta para **obra em si**, em posição objetiva. O *copyright* é concedido ao titular, mas **para efeitos de expansão da cultura e da ciência (...)**.”¹¹

Assim, nesse sistema, a gestão coletiva dos direitos prescinde de maior centralização, visto que é menor a dificuldade de fiscalizar a formalidade mínima do *copyright* – a qual, por si só, já garante o caráter eminentemente remuneratório do direito do autor.

⁹MENEZES, ELISÂNGELA DIAS, op. cit., p. 32.

¹⁰ Idem, p. 33.

¹¹BITTAR, CARLOS ALBERTO. Direito de Autor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, 4ª ed., p. 9.

b) O sistema individual: princípios, requisitos para utilização por terceiros e gestão coletiva.

b.1.) Princípios

Por sua vez, o sistema individual (unionista, europeu ou francês), “de caráter subjetivo, **dirigido à proteção do autor** e consubstanciado na **exclusividade** que se lhe outorga”¹², “**busca resguardar a subjetividade do vínculo do criador com sua obra, bem como possibilitar-lhe a obtenção de frutos econômicos derivados da exploração comercial da mesma**”¹³. Foi essa a tradição adotada no Brasil, pois **nossa Lei de Direitos Autorais** intenta realizar, primordialmente, “**a defesa de vínculos, tanto pessoais, quanto patrimoniais, do autor com sua obra**”¹⁴.

É tendo em vista esse interesse protetivo do vínculo personalíssimo (e não somente da obra em si) que se desenvolvem os princípios fundantes da especificidade do microsistema de direito autoral no Brasil:

“A análise de sua conformação intrínseca demonstra, desde logo, **a individualidade lógica e formal do Direito de Autor (...):a) dualidade** de aspectos em sua cunhagem [moral e patrimonial], que, embora separáveis, para efeito de circulação jurídica, são **incindíveis** por natureza e por definição; (...) d) **exclusividade do autor**, pelo prazo definido em lei, para exploração econômica da obra; e) **integração a seu contexto de cada processo autônomo de comunicação da obra, correspondendo cada qual a um direito patrimonial (...)**”

O enfoque no vínculo personalíssimo do criador com seus direitos autorais justifica a construção legislativa de um leque de requisitos rigorosos para transferi-los (a sua utilização por terceiros) e, por conseguinte, **a necessidade de maior centralização para geri-los coletivamente.**

¹² BITTAR, CARLOS ALBERTO, op. cit., p. 9.

¹³ MENEZES, ELISÂNGELA DIAS, op. cit., p. 19.

¹⁴ BITTAR, CARLOS ALBERTO, op. cit., p. 11).

b.2.) Requisitos para utilização por terceiros

(i) Exclusividade do direito do autor

“Art. 28 LDA. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.”

A exclusividade da ligação personalíssima do autor com a criação fundamenta a obrigatoriedade legal de **licença prévia**, como forma de manter intacto o vínculo do titular e, concomitantemente, exteriorizar sua **efetiva** vontade permissiva de utilização da obra por terceiro. Eis o disposto no art. 68 da LDA:

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

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

b) execução musical;”

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

Aliás, a importância da exclusividade da licença é extremada no art. 31 da LDA, ao ressaltar que a **autorização não é para a obra como um todo, mas para cada específica e diferente modalidade de utilização de uma mesma obra:**

“Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são **independentes** entre si, e a **autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.**

(ii) Exclusividade do direito conexo ao do autor

Tutela-se, “também, como um direito conexo ao direito do autor, outros bens imateriais assemelhados às obras para fins de proteção”¹⁵:

“Art. 89. As normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos **artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão.**

Parágrafo único. A proteção desta Lei aos direitos previstos neste artigo deixa intactas e **não afeta as garantias asseguradas aos autores** das obras literárias, artísticas ou científicas.”

Nesse passo, a LDA atribui o mesmo caráter de **exclusividade aos direitos conexos**:

“Art. 90. Tem o **artista intérprete ou executante** o direito **exclusivo** de, a título oneroso ou gratuito, **autorizar** ou proibir:

I - a **fixação** de suas interpretações ou execuções;

II - a reprodução, a **execução pública** e a locação das suas interpretações ou execuções fixadas;

III - a **radiodifusão** das suas interpretações ou execuções, fixadas ou não;

“Art. 95. Cabe às **empresas de radiodifusão** o direito **exclusivo** de **autorizar** ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, em locais de frequência coletiva, **sem prejuízo dos direitos dos titulares** de bens intelectuais incluídos na programação.”

“Art. 93. O **produtor de fonogramas** tem o direito **exclusivo** de, a título oneroso ou gratuito, **autorizar-lhes** ou proibir-lhes:

¹⁵EBOLLI, JOÃO CARLOS DE CAMARGO, op. cit., p. 25.

III - a comunicação ao público por meio da **execução pública, inclusive pela radiodifusão**”.

Assim, quando a modalidade de utilização de uma obra implicar também a exploração de um direito conexo ao do autor, a autorização conferida por esse não se estenderá a utilização da obra como um todo, sendo imprescindível também a licença do titular conexo, conforme art. 31 da LDA.

“Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são **independentes** entre si, e a **autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.**”

A título ilustrativo, colaciona-se o seguinte exemplo doutrinário:

“Quando um cineasta pretender sincronizar um fonograma, contendo determinada obra musical, no filme que está realizando, **deverá obter a necessária licença prévia tanto do produtor do fonograma, como do autor ou do editor da respectiva obra musical.** Ou seja: a licença do produtor do fonograma, não supre a licença do autor da obra musical e com ela não se confunde. Da mesma forma, a autorização do autor para a simples inclusão de sua obra musical em determinado filme, não implicará numa licença automática para a execução pública dessa obra através da exibição da película cinematográfica.”¹⁶

Destarte, a **restritividade do alcance da licença do autor à parte específica de sua criação** impõe que, se a modalidade de utilização da obra pelo terceiro abranger também a atividade de titular de direito conexo, a autorização conferida pelo primeiro não se estenderá a do último.

(iii) Exclusividade do direito do coautor sobre sua colaboração em obra utilizada indivisivelmente

¹⁶EBOLI, JOÃO CARLOS DE CAMARGO, op. cit., pp. 34/35.

A obra em colaboração ou co-autoria é, segundo o art. 5º, II, alínea “a” da LDA, aquela “criada em comum por dois ou mais autores”. O ordenamento espanhol mais bem precisa sua natureza jurídica ao defini-la como “obra que seja resultado unitário da colaboração de vários autores” (art. 7º da LPI Espanhola).

Para que a obra seja classificada como tal, “não é necessário que as diversas participações sejam efetuadas simultaneamente, sendo isso praticamente impossível em várias categorias de obras, v.g., nas obras dramático-musicais, nas quais o libreto precede à partitura. Em algumas ocasiões, é possível distinguir perfeitamente as diferentes participações que, somadas, dão lugar à obra em colaboração; em outras, pelo contrário, tal não pode fazer-se, pois não há partes diferenciáveis da mesma.”¹⁷

Nesse sentido, os titulares dos direitos autorais relativos à **execução pública musical** – enquanto **modalidade de utilização indivisível de uma obra que é resultado unitário de colaborações de naturezas diversas** (letra, arranjo, interpretação etc), enquadra-se no art. 5º, II, alínea “a” da LDA.

A disciplina legal acerca da utilização indivisível da obra em coautoria por terceiro, ao exigir **comum acordo** dos cotitulares para a autorização de uso, considera a restritividade da licença conferida por cada um deles sobre sua específica colaboração no todo (exclusividade):

“Art. 32. Quando uma obra feita em regime de co-autoria não for divisível, nenhum dos co-autores, sob pena de responder por perdas e danos, poderá, sem **consentimento dos demais**, publicá-la ou autorizar-lhe a publicação(...)

§ 1º Havendo divergência, os co-autores decidirão por maioria”

Destarte, a **exclusividade do alcance da autorização do titular à parte específica de sua colaboração** impõe que, se a modalidade de utilização da obra pelo terceiro abranger a atividade de **mais de um cotitular de direito autoral**, a licença conferida por um deles não prescindirá da dos outros.

¹⁷VIDE, CARLOS ROGEL e DRUMMOND, VICTOR. Manual de Direito Autoral, in *Coleção Direitos Autorais e temas afins*. Coordenação Victor Drummond. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 2ª tiragem, p. 44.

b.3.) Especificidades dos princípios e dos requisitos para a modalidade de utilização “execução pública musical”

A “execução pública” é modalidade de utilização da obra por terceiro, que pressupõe, para viabilidade do exercício, a indivisibilidade de seu objeto, uma vez que é definida como:

“utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não” (art. 68, §2º, 1ª parte, LDA): nesse caso, a coautoria será exercida sobre a composição da letra e do arranjo musical conjuntamente, na medida em que não será possível ao artista intérprete executar a letra ou o arranjo separadamente;

ou,

“utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica” (art. 68, §2º, 2ª parte, LDA): nesse caso, a coautoria será exercida sobre a composição da letra, do arranjo, mais a interpretação do cantor ou banda, mais a “fixação da música” pela gravadora (fonograma) – já que não será possível ao veículo de transmissão (rádio/televisão etc) executar a obra senão de forma indivisível.

Destarte, percebe-se que, para a modalidade de utilização denominada “execução pública” musical, a lei estabeleceu, em função da própria natureza indivisível do uso de seu objeto, uma **comunhão *pro indiviso* entre os co-autores e titulares de direitos conexos sobre o conjunto da obra musical.**

Acerca dessa necessária vinculação de uma parte de um produto a outra do mesmo, ou seja, da **necessária indivisibilidade lícita de sua oferta**, bem esclarece PAULA FORGIONI:

“É preciso ter em mente um fato inegável, em princípio, tudo pode ser dividido. Seria então possível a venda de um casaco sem os botões, de carro sem os pneus, de sapatos sem o cadarço (...) e assim por diante. Qual o limite da vinculação (subordinação) lícita que aparta daquela anticoncorrencial?”

(...)

Resta patente que (...) haverá um ‘corte artificial’ que distingue a **vinculação normal, inerente ao produto**, daquela anticompetitiva (...). Para fins jurídicos, existe um critério que nos ampare na diferenciação?

Embora essa seja questão difícil de ser resolvida, muitas vezes podemos assumir que **estaremos diante de apenas um produto quando não houver procura compensatória para ambos separados, ou seja, quando não for proveitosa para o adquirente padrão a compra de uma coisa sem a outra**. Conquanto possa haver exceções (...), os consumidores normais não se interessariam pela aquisição de um paletó sem os botões (...)”¹⁸.

Adaptando o ensinamento à **realidade da execução de obra musical**, é evidente que, em regra, não há, além de **eficiência compensatória para o usuário, a própria viabilidade de se utilizar apenas o fonograma, separado da interpretação musical “fixada”; ou apenas a interpretação, separada da composição interpretada; ou apenas a composição do arranjo e não da letra em uma obra lítero-musical**. Por exemplo, como seria viável a radiodifusão de uma música, sem que se utilizasse indivisivelmente os respectivos direitos autorais relativos ao fonograma, à interpretação, à composição da letra e do arranjo? E, ainda que fosse possível, em situações normais, haveria eficiência compensatória para o usuário utilizá-los separadamente? As respostas direcionam-se no sentido da **indivisibilidade jurídica da execução de obra musical** resultado de diferentes colaborações, ainda que não simultâneas, de coautores e cotitulares de direitos conexos na comunhão.

Em função da indivisibilidade da execução da obra musical, somada ao caráter da exclusividade do vínculo de cada coautor e cotitular de direito conexo sobre sua respectiva colaboração (quota parte ideal) envolvida na comunhão *pro indiviso* descrita, a lei estabelece que a autorização para utilização, bem como a gestão de seus direitos (o que inclui seu aproveitamento econômico), devem ser exercidas **em comum acordo pelos seus cotitulares:**

¹⁸ FORGIONI, PAULA, op. cit., pp. 320/321.

“Art. 32. Quando uma obra feita em regime de co-autoria não for divisível, nenhum dos co-autores, sob pena de responder por perdas e danos, poderá, **sem consentimento dos demais**, publicá-la ou autorizar-lhe a publicação (...)

§ 1º Havendo divergência, os co-autores **decidirão por maioria**”;

“Art. 23. Os co-autores da obra intelectual exercerão, **de comum acordo**, os seus direitos, salvo convenção em contrário”.

Esse natureza de comunhão sobre a obra a ser executada indivisivelmente é confirmada pela manifestação do Ministério da Cultura juntada a este Parecer:

“As obras musicais, tanto a música quanto a letra, como é cediço e corriqueiro, podem ser criadas por vários autores – sendo que os direitos sobre elas serão ordinariamente partilhados em igualdade de condições sobre esses autores, nos termos do artigo 23 da vigente Lei nº 9.610 de 1982 – denotando essa hipótese, principalmente nos casos de incidibilidade da criação intelectual, que esses direitos incidentes sobre obra constituem verdadeiro condomínio”¹⁹.

Assim, na execução pública musical, cada cotitular exerce: (i) um direito, em **comunhão indivisível** com os outros, relativo à **obra inteira** (na medida em que sua quota parte agrega valor para o todo e é executada indivisivelmente com as demais), e (ii) um direito de **vínculo exclusivo** com sua **quota parte ideal**.

É em função dessa **natureza dúplice da obra em coautoria executada indivisivelmente (comunhão sobre o todo e exclusividade sobre a quota parte ideal)** que a LDA estabelece que, sendo as contribuições particulares de diversos gêneros e diferenciáveis, é permitido, quando viável, que sejam exploradas autonomamente, mas desde que isso não gere prejuízo à exploração da obra comum:

¹⁹ Fls 7/8 da Manifestação do Ministério da Cultura juntada a este Parecer.

“Art. 15 § 2º. Ao co-autor, cuja contribuição possa ser utilizada separadamente, são asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, vedada, porém, a utilização que possa acarretar prejuízo à exploração da obra comum.”

Com essa ressalva a LDA presume que, em algumas obras, a exploração econômica do “todo” (a obra unitária em coautoria) vale mais do que a “soma da exploração de cada parte sua integrante”. A diferença entre o “todo” e a “soma” de todas as suas partes equivaleria a um **sobrevalor agregado** às contribuições individuais quando organizadas conjuntamente em relação de complementaridade (algo semelhante ao instituto do **aviamento** - “sobrevalor agregado aos bens do estabelecimento empresarial, em razão da sua racional organização pelo empresário”²⁰).

Decorre que, do ponto de vista do usuário do direito autoral, negociar separadamente cada parte integrante de uma obra para executá-la exigiria uma contraprestação menor do que se tivesse que negociar o todo (na medida em que não teria que remunerar o sobrevalor encimado).

Sabe-se que o prejuízo vedado pelo §2º do art. 15 da LDA “existe sempre que a contribuição possa competir no mercado com a obra na qual estava integrada”²¹. Conclui-se, assim, que a **negociação das partes integrantes** (a letra, o arranjo, a interpretação, a fixação etc) para a execução de uma música consiste em utilização separada que **acarreta prejuízo para a exploração da obra comum** (na medida em que com ela concorreria, por não implicar remuneração de qualquer sobrevalor do conjunto), **sendo vedada pelo art. 15 §2º da LDA.**

Em resumo conclusivo: a execução pública musical – por ter regime de coautoria e objeto utilizado indivisivelmente (uma vez que a utilização separada das partes ideais integrantes, em regra, é inviável física e economicamente para os autores, não gera eficiência compensatória para o usuário e, ainda, prejudica a exploração da obra comum -art. 15 §2º LDA) – pressupõe obrigatoriamente: (i) autorização de todos os cotitulares para utilização por terceiro (art. 23 LDA) e (ii) a gestão em comum acordo por todos eles (art. 32 LDA).

²⁰ COELHO, FÁBIO ULHOA. Manual de Direito Comercial. Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2009, 21ª ed., pp. 55/56.

²¹ VIDE, CARLOS ROGEL e DRUMMOND, VICTOR, op. cit., p.45

b.4.) Gestão coletiva de direitos autorais relativos à execução pública musical: hipossuficiência dos associados.

A LDA prevê a possibilidade de os titulares de direitos autorais associarem-se para a gestão coletiva de seus interesses:

“Art. 97. Para o **exercício e defesa de seus direitos**, podem os autores e os titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro”.

Especialmente em relação à execução pública musical, essa previsão coaduna-se com a **natureza transindividual dos bens tutelados** e com a **hipossuficiência de seus titulares** (não no sentido econômico, mas jurídico – de **dificuldade para o efetivo exercício material dos direitos autorais**, quer do ponto de vista de sua gestão quer do ponto de vista de seu aproveitamento econômico), como se verá a seguir.

Como já esposado, “execução pública” é modalidade de utilização em locais de frequência coletiva (art. 68 §2º LDA), assim definidos:

“ Art. 68 (...)

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

Como o rol é exemplificativo e prevê um amplo número de locais em que é possível a execução pública, surge uma evidente dificuldade de o autor controlar e fiscalizar individualmente onde se encontram os usuários que deveriam requerer uma licença prévia específica para cada vez que executassem determinada obra (art. 68).

Além disso, a própria **imaterialidade** do bem contribui fundamentalmente para a **volatilidade de sua circulação**, o que, por sua vez, é agravado pelo **avanço nas tecnologias de sua utilização** – gerando uma potencialidade ampla de existência de usuários que não serão identificados como tal, para fins de respeito ao vínculo de exclusividade do autor com sua obra.

Essa dificuldade é potencializada quando a obrigatoriedade da autorização (para cada execução, em cada um dos locais de frequência coletiva) alcança **coautores e/ou cotitulares conexos, devendo cada um conferir uma licença específica correspondente**. Nesse caso, à dificuldade de identificar os usuários e os locais de execução soma-se a **necessidade do consenso entre os titulares**. Assim, por exemplo, ocorre com uma obra líteromusical, cuja execução só será viável se somadas as autorizações de todos os titulares das diversas partes integrantes (composição criada por um letrista e por um músico, interpretada/executada por um artista, fixada em um fonograma por uma produtora ou radiodifusão).

A complexidade se exponencializa, ainda, por ser a obra **executada indivisivelmente**, como já explicado, o que pressupõe o comum acordo para a autorização e para o aproveitamento econômico de sua utilização.

Devido à prestação recair sobre bem a ser utilizado indivisivelmente em regime de coautoria, tem-se que **um dos polos será extremamente pulverizado** (autores compositores da letra, autores compositores do arranjo, artistas intérpretes ou executantes, produtor do fonograma etc) e o outro (usuário) individualizado. Diante desse desequilíbrio de forças entre as partes, há que se encontrar instrumentos de viabilizar a manifestação de vontade do polo pulverizado sob dois aspectos: (i) em comum acordo, (ii) que o acordo expresse efetivamente a vontade real e consciente (consciência de todas as circunstâncias que envolvem o negócio) de todos os envolvidos no polo pulverizado, ou seja, que cada componente do polo pulverizado seja efetivamente representado na formação de vontade relativa ao negócio jurídico.

Essa dificuldade de efetiva representatividade dos autores de uma determinada obra a ser executada indivisivelmente é ainda agravada quando existem contratos de edição envolvidos:

“o contrato de edição também incrementa essa cisão na representatividade da obra, até porque um

mesmo editor pode e, em regra, possui direitos de exploração sobre várias obras dos mais diversos autores, tornando impossível atrelar sua filiação a qualquer associação de um desses criadores com quem mantém vínculo contratual.”²²

Por outro lado, essa imposição (obrigatoriedade de uma autorização específica e separada de cada cotitular somada à necessidade de negociação com cada um deles da respectiva quota ideal da obra) acaba por representar uma **onerossidade excessiva ao usuário da qual o maior prejudicado seria o próprio titular de direito autoral** – visto que a dificuldade da prática dessa lógica negocial só ocasionaria mais insegurança jurídica para os autores sobre o controle das autorizações requeridas necessárias e o respectivo aproveitamento econômico.

Por fim, surge ainda, ante a pulverização da outra parte, **o risco de determinados usuários em benefício próprio e/ou de alguns cotitulares da obra indivisível, dificultarem a participação efetiva e consciente dos outros na formação da manifestação de vontade** do contrato, o que, por sua vez, poderia ocasionar um prejuízo no aproveitamento econômico por esses.

Nesse sentido:

“a correta aplicação do direito autoral nos negócios da música, por meio de contratos que formalizem estas, garante o 'equilíbrio' entre as partes envolvidas, proporcionando (ou pelo menos tentando proporcionar) aos verdadeiros criadores (titulares de direitos de autor) a igualdade de condições com os agentes mais fortes”²³.

Dessa soma de fatores – o amplo rol de locais passíveis de execução a serem controlados; a necessidade de licença prévia para cada execução; a **volatilidade da circulação dos bens devido à sua natureza imaterial aliada ao avanço nas tecnologias de sua utilização**; o **regime de coautoria** e cotitularidade de direitos conexos sobre a **indivisibilidade da utilização do objeto**; a **pulverização do polo contratual** relativo aos titulares de direitos autorais, que acaba ainda agravada pelos inúmeros contratos de edição ; a **onerossidade excessiva ao usuário da qual o maior prejudicado**

²² Fl. 08 da Manifestação do Ministério da Cultura juntada neste Parecer.

²³ NEVES, PAULO GUILHERME BAETA. A importância dos contratos no direito autoral relativos às obras musicais, in *Direitos Autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. Coordenação Eduardo Sailes Pimenta. São Paulo: RT, 2007, pp. 287/288)

seria o próprio titular de direito autoral; o risco de determinados usuários, em benefício próprio e/ou de alguns cotitulares da obra indivisível, dificultarem a participação efetiva e consciente dos outros na formação da manifestação de vontade – resulta a hipossuficiência do titular de direito autoral e conexo não sob o aspecto econômico, mas no sentido jurídico, relativo à dificuldade de garantir o pleno exercício do direito fundamental da classe.

É tendo em vista esse quadro de hipossuficiência e transindividualidade como pressuposto, que a LDA possibilitou a representatividade dos titulares por associações e, **no caso específico da execução pública musical (em função de a hipossuficiência ser qualificada, pelos fatores supra expostos), centralizou a gestão coletiva na figura de um escritório central integrado pelo conjunto das associações:**

“Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a **arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas**, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

§ 1º O escritório central organizado na forma prevista neste artigo não terá finalidade de lucro e **será dirigido e administrado pelas associações que o integrem.**”

No dever de gestão coletiva dos interesses transindividuais de seus representados, o **conteúdo do mandato das associações** integrantes do ECAD vem explicitado no art. 98 da Lei:

“Art. 98. Com o ato de filiação, as associações tornam-se mandatárias de seus associados para a **prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança**”.

O alcance do que sejam **“todos os atos necessários para sua cobrança”** deve ser interpretado conforme à Constituição e à luz do próprio espírito da LDA.

No que toca ao espírito da LDA, parte-se sempre do ponto de que a lei visa a mitigar a hipossuficiência dos autores nas dificuldades intrínsecas ao efetivo exercício de seus direitos.

Como desdobramento desse exercício, o aproveitamento econômico das obras vem tutelado como garantia fundamental no artigo 5º, inciso XXVII da CF:

“Art 5º (...)

XXVIII - são assegurados, **nos termos da lei:**

(...)

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;”

Nesse passo, a fim de que o conteúdo assecuratório desse direito transcenda seu aspecto formal para alcançar a viabilidade efetiva de exercício, a Constituição, “ao dar os fins, também confere os meios”, deixando, no caso em tela, aos próprios titulares, por intermédio de suas representações associativas, a escolha dos meios, nos termos da lei, para garantir o fim “aproveitamento econômico dos direitos autorais e sua fiscalização”.

Decorre que, dentro da lógica da vertente negativa do princípio da legalidade (art. 5º, inc. II, CF) aliada à garantia de liberdade da associação (art. 5º, incs. XVII, XVIII e XXI, CF), a Constituição – mais do que impor ao legislador ordinário a elaboração de uma norma geral e abstrata criadora de um microsistema que conferisse aplicabilidade imediata ao direito fundamental (LDA) –, **permitiu que os titulares de direitos autorais, representados por suas associações, considerando a hipossuficiência relativa à dificuldade de exercício de seus direitos, adotassem, em concreto, os meios mais eficazes para a viabilização desse sistema legal cuja finalidade é a proteção das garantias previstas no art. 5º, inc. XXVII, CF (direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução das obras) e o aproveitamento econômico das obras (art. 5º, inc. XXVIII, “b”, CF).**

Tomando as duas considerações como balizas interpretativas do que sejam “todos os atos necessários para sua cobrança”, deflui que o art. 98

da LDA refere-se a todos os meios que – anteriores à própria arrecadação (pois essa já é objeto de delegação obrigatória ao ECAD no art. 99, LDA) – sejam necessários à garantia do aproveitamento econômico, cuja dificuldade intrínseca de cobrança torna hipossuficientes os titulares do interesse transindividual.

Ou seja, são delegados todos os meios necessários para diminuir a dificuldade de operacionalizar o controle das utilizações de direitos autorais por terceiros e viabilizar as correspondentes cobranças em favor dos autores, como garantia de seu direito fundamental ao aproveitamento econômico.

Assim sendo, resta analisar se tais meios eleitos pelas associações são conforme à Constituição e compatíveis com o espírito da Lei nº 9.610/98, isto é, se constituem um modelo estrutural protetivo que garante a fiscalização e o efetivo aproveitamento econômico decorrente do vínculo exclusivo autoral.

C. O MODELO DE GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS RELATIVOS À EXECUÇÃO MUSICAL ADOTADO PELAS ASSOCIAÇÕES QUE INTEGRAM E ADMINISTRAM O ECAD: O REPERTÓRIO COMPARTILHADO E A LICENÇA EM BRANCO OU COBERTOR.

Os meios eleitos, em assembleia geral do ECAD pelas associações (em última análise, pelos próprios titulares), como os mais eficazes para viabilizar esse sistema (logo, como os mais protetivos do direito fundamental) foram os denominados “**repertório Compartilhado**” e “**licença única**”, assim definidos no item 6 do Regulamento de Arrecadação do ECAD:

“As autorizações para utilização musical concedidas pelo ECAD abrangem **todas as obras constantes do repertório representado pelas associações integrantes do Escritório**, independentemente do número de obras a serem utilizadas. Os preços praticados pelo ECAD não guardam qualquer proporção ou correlação com a quantidade de obras executadas.”
(<http://www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=437>).

O modelo adotado consiste em unir todas as obras de todos os autores e titulares conexos (integrantes das associações registradas no ECAD) em um único repertório, o repertório compartilhado. Por consequência, é conferida ao usuário interessado uma licença única/em branco/cobertor (*blanket license*) que faculta, por um determinado intervalo de tempo, a disponibilidade de execução de todo esse repertório.

Assim, a “licença única” consiste no conjunto das autorizações de todos os titulares, em comum acordo, necessárias para qualquer execução pública musical (arts. 23 e 32 LDA) e que se estende para todas as obras registradas no “repertório compartilhado” – independente do controle prévio do número de vezes que se executará, da quantidade e da especificação das obras que serão efetivamente utilizadas, da identificação dos locais de frequência coletiva que serão abrangidos e de quais partes integrantes da obra em regime de coautoria serão exploradas indivisivelmente. Nesse aspecto, o repertório compartilhado acaba sendo meio efetivo de combate e controle da não violação dos direitos morais e patrimoniais autorais, na medida em que a licença em branco é estendida expressamente para todo o repertório registrado, sendo seu valor de cobrança relativo à disponibilidade para a execução de todas as obras nele constantes.

Destarte, é evidente que ambos os institutos (repertório compartilhado e licença em branco), que são a base do modelo de gestão de direitos autorais adotado no Brasil, **constituem ficções jurídicas que, concomitantemente:**

(i) **coadunam-se com a base principiológica da LDA (de proteção ao vínculo personalíssimo e exclusivo do autor com sua obra, seguindo a tradição do Sistema individual/subjetivo/unionista), que impõe:**

- obrigatoriedade de licença prévia e expressa do autor para cada diferente modalidade de utilização da obra por terceiro (art. 29, inc. VIII, b, art. 68 e art. 31 da LDA);
- obrigatoriedade da licença prévia e expressa do titular de direito conexo na execução pública musical, exigindo-se, pois, além da autorização do compositor da letra e do da música, também a referente à interpretação/execução do artista (art. 90 LDA), à fixação do fonograma pelo produtor (art. 93 LDA) e à retransmissão das emissões das empresas de radiodifusão (art. 95 LDA);

- obrigatoriedade de a licença prévia e expressa de cada coautor (para as respectivas contribuições a serem utilizadas conjunta e indivisivelmente por terceiros na execução pública musical) dar-se com consentimento dos demais, bem como a obrigatoriedade do comum acordo para a gestão de seus direitos, o que inclui o aproveitamento econômico (art. 5º, inc. II, a, art. 32 e art. 23 da LDA).
- observância à “disponibilidade”, segundo a qual:

“Ao definir a distribuição e a comunicação ao público, a nossa Lei consagra o princípio da disponibilidade, ou seja, a máxima de que a **simples disponibilização da obra ao público já tipifica uma nova modalidade de utilização, que obviamente dependerá da prévia e expressa autorização do autor.**”²⁴

- a centralização da arrecadação conjunta do aproveitamento econômico (no contexto da gestão coletiva de direitos autorais por todas as associações em conjunto no ECAD), para posterior distribuição (art. 99 LDA);

(ii) mitigam a hipossuficiência da classe, ao viabilizarem o pleno controle e exercício dos direitos transindividuais autorais, mormente o aproveitamento econômico, pois:

- resolvem o problema do amplo rol (art. 68, §3º, LDA) de locais de frequência coletiva passíveis de execução a serem controlados e o da volatilidade da circulação dos bens (devido à sua natureza imaterial aliada ao avanço nas tecnologias de sua utilização) – uma vez que o número de execuções e os locais delas se tornam desconsideráveis com a licença única;
- solucionam a necessidade de licença prévia para cada execução indivisível de cada parte integrante do obra em regime de coautoria - uma vez que a licença única já constitui o conjunto de todas as autorizações, dadas em comum acordo, necessárias para execução de todo o repertório compartilhado ou de quaisquer de suas partes integrantes;
- equilibram a pulverização do polo contratual relativo aos titulares de direitos autorais, excluindo a onerosidade excessiva ao usuário (que

²⁴ EBOLI, JOÃO CARLOS DE CAMARGO, op. cit., pp. 32.

teria que negociar individualmente cada licença com cada integrante desse polo pulverizado), da qual o maior prejudicado acabaria sendo o próprio titular de direito autoral;

- anulam o risco de determinados usuários, em benefício próprio e/ou de alguns cotitulares da obra indivisível, dificultarem a participação efetiva e consciente dos outros cotitulares na formação da manifestação de vontade em comum. Ex: evita-se que o usuário que seja também cessionário de direito autoral privilegie o “casting” da cedente, em detrimento dos demais titulares que compartilham o repertório.

Alerte-se que o **repertório compartilhado é uma ficção adotada tão somente sob a ótica da arrecadação**. Pois, na fase da distribuição dos direitos autorais, por uma questão de isonomia e equidade, faz-se necessário repassar os valores de acordo com o mérito de cada autor – o que é aferível tão somente pelo número de execuções em um determinado intervalo. Assim, ainda que o repertório para fins de arrecadação seja compartilhado (ou seja, os valores sejam arrecadados conjunta e indistintamente), a distribuição do aproveitamento econômico não poderia ser feita em partes iguais para os titulares registrados, sob pena de se gerar distorções de equidade e isonomia quando medidas pelo critério meritocrático. Por isso, **sob a ótica da distribuição, foi convencionado que os titulares recebem proporcionalmente ao número de execuções de suas obras (capítulos VI e VII do Regulamento de Distribuição do ECAD)²⁵**.

Com essa finalidade é que a LDA obriga o usuário à entrega de um relatório ao ECAD, para o repasse equitativo aos titulares do aproveitamento econômico:

“Art. 68 § 6º. O empresário entregará ao escritório central, imediatamente após a execução pública ou transmissão, relação completa das obras e fonogramas utilizados, indicando os nomes dos respectivos autores, artistas e produtores.”

Em resumo, pelo modelo eleito pelas associações em assembléia geral do ECAD (em última análise, pelos titulares), **arrecada-se como se o**

²⁵ Por exemplo, em 2010, dos R\$ 432.953.853,00 arrecadados pelo ECAD, R\$ 346.465.496,88 foram distribuídos às associações e seus titulares, sendo 77% para titulares nacionais; em 2009, dos R\$ 374.255.580,00 arrecadados pelo ECAD, R\$ 317.806.081,02 foram distribuídos às associações e seus titulares, sendo 69% para titulares nacionais (fonte: <http://www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=52>)

repertório fosse um só (para fins de mitigar a hipossuficiência dos autores no pleno exercício de seus direitos), mas se distribui meritocraticamente o montante arrecadado (de forma proporcional ao número de execuções de cada titular).

Demonstrada a legitimidade jurídica do repertório compartilhado e sua respectiva licença única/em branco/cobertor, já que constituem o modelo eleito pelos titulares (representados por suas associações em assembleia geral do ECAD) que mais bem viabiliza o sistema protetivo do direito autoral – por conferir-lhe coerência interna, e ao mesmo tempo, conferir ao direito fundamental a máxima eficácia possível –, passa-se a analisar o modo pelo qual o preço da licença única desse repertório compartilhado é fixado e as consequências de sua eventual sujeição às regras concorrenciais.

D. INCOMPATIBILIDADE DA LÓGICA CONCORRENCIAL COM O MODELO ADOTADO PELO MICROSSISTEMA PROTETIVO DOS DIREITOS AUTORIAIS RELATIVOS À EXECUÇÃO PÚBLICA MUSICAL

a) Fixação do preço único como corolário do repertório compartilhado

A fixação de preço uniforme (pelas associações em conjunto no ECAD) para a execução pública musical não é uma opção colusiva concertada entre as associações, mas sim uma consequência imperiosa para a existência do alicerce protetivo do microssistema do direito do autor, qual seja, o repertório compartilhado e sua licença única.

Como já desenvolvido, a tradição seguida pela LDA foi a do sistema individual/subjetivo/personalíssimo, cujo princípio basilar é a proteção do vínculo exclusivo (moral e patrimonial) do autor com sua obra, o que, por sua vez, é garantido pela obrigatoriedade da licença para utilização de direito autoral por terceiros. No que se refere à “execução pública musical”, trata-se de modalidade de utilização que, a princípio, enfrentaria diversas dificuldades para observância da obrigatoriedade da autorização como antecedente necessário ao respectivo aproveitamento econômico pelo autor (ver as causas de hipossuficiência no item B.b.4.). Para contornar essas causas de hipossuficiência no pleno exercício do direito fundamental, a LDA permitiu que os autores se associassem para gestão coletiva de seus direitos e estabeleceu que o conteúdo do mandato abrangeria “todos os atos necessários

para a cobrança” (art. 98). Dentro de uma interpretação conforme à CF e ao espírito da LDA desse permissivo legal, a opção adotada pelas associações foi unificar em um repertório compartilhado todos as obras e direitos conexos registrados, conferindo aos usuários uma licença única para a disponibilidade de sua execução. A legitimidade do modelo decorre de ser ele o que melhor garante o aproveitamento econômico pelo autor, visto que é o meio mais efetivo de controlar a necessidade de licença prévia para toda parte integrante da obra musical a ser executada indivisivelmente, e por conseguinte, sua respectiva arrecadação.

Assim, como o repertório é um todo unitário, tem-se que (i) o objeto de qualquer negócio jurídico de execução realizado por qualquer titular de direito autoral filiado à associação inerente ao ECAD será exatamente o mesmo idêntico objeto licenciado, qual seja, o repertório compartilhado, sendo imperioso que ele tenha um preço único; (ii) haverá uma comunhão dos titulares sobre ele, decorrendo desse regime de cotitularidade que se faça o concerto de todos os autores, representados por cada uma das associações, para a fixação desse preço único do todo comum.

Com isso, **demonstra-se o preço único como mera consequência imperiosa do repertório compartilhado e sua licença única. A fixação de seu valor, visto que relativo a objeto em comunhão, só pode se dar pelo acordo em comum entre todos os titulares, no caso, representados por cada uma de suas associações. Não seria isonômico, fugindo à regra da razão, que o preço de um mesmo repertório compartilhado executado fosse “x” para a associação dos letristas, “y” para a dos compositores, “z” para a dos intérpretes, “k” para a do produtores etc. Conclui-se que não há que se analisar a subsunção material das condutas das associações ao tipo de cartel ou de indução de conduta concertada.**

Submeter a “execução pública musical” à aplicação plena da lógica concorrencial, para que os usuários negociassem individual e diretamente o preço do negócio com cada associação, implicaria:

• **PRIMEIRO: Comprometimento da higidez da LDA (no que toca à licença prévia para utilização indivisível de obra em regime de coautoria), ocasionando a nulidade do negócio jurídico de execução musical por ilicitude do objeto (arts. 31, 32, 68, 90, 93, 95, 23, LDA) e mitigando a máxima eficácia da norma de direito fundamental que garante o aproveitamento econômico dos direitos autorais (art. 5º, XVII, CF)**

Se, por hipótese, fosse possível ao usuário comprar o direito de executar determinada música – e, para tanto, negociar direta e individualmente com cada associação a que pertencesse cada coautor da obra –, chegar-se-ia ao absurdo jurídico de, para a execução de **uma mesma música**, negociar-se o preço “x” pela letra com a associação a que pertence o respectivo letrista, o preço “y” pelo arranjo com a associação a que pertence o respectivo compositor, o preço “z” pela interpretação com a associação a que pertence o respectivo intérprete, o preço “k” pelo fonograma com a associação a que pertence o respectivo produtor etc.

Evidente a ilicitude dos objetos das negociações parciais hipotéticas – na medida em que (i) a obra musical a ser utilizada por terceiro só é passível de execução indivisivelmente; (ii) o vínculo de cada cotitular sobre sua respectiva colaboração (quota parte ideal) envolvida na comunhão *pro indiviso* descrita é dotado da prerrogativa de exclusividade –, pois a lei estabelece que, quanto às obras indivisíveis em regime de coautoria, a gestão de seus direitos (o que inclui, por óbvio, a fixação do preço para aproveitamento econômico) e a autorização para a utilização por terceiros devem ser exercida como o consentimento de todos os cotitulares e em comum acordo (art. 32 e 23 da LDA); (iii) geraria prejuízo à exploração da obra comum, conforme §2º do art. 15 da LDA (pois o “todo” tem um sobrevalor agregado decorrente da organização em relação de complementaridade das contribuições individuais em conjunto).

Acrescente-se que, para a execução de obras musicais integrantes de uma universalidade (o repertório compartilhado), há que se analisar a **finalidade da fixação conjunta do preço unificado** *cum grano salis*, pois, muito mais do que representar um mero acordo direcionado à remuneração mais lucrativa dos associados, visa a **viabilizar o próprio sistema protetivo** de arrecadação e distribuição dos direitos autorais. E, sendo a proteção do direito do autor o principal **aspecto moral dessa espécie de direito**, decorre que, nesse caso em particular (da execução de obras musicais), a fixação de um preço único para o repertório compartilhado pelas associações – na medida em que é o único meio de viabilizar o alicerce desse microssistema protetivo – está inevitavelmente ligada tanto aos direitos morais quanto aos patrimoniais do autor. Destarte, sendo os primeiros inalienáveis e indisponíveis, impede-se que a aplicação isolada da lógica concorrencial suprima ou mitigue a efetiva materialização do maior direito moral do autor (sua proteção), cuja garantia, no caso em concreto, é a fixação de um preço unificado para o repertório compartilhado.

Além dessa impossibilidade jurídica da negociação individual e direta do usuário com cada associação, é absolutamente questionável se o usuário, na prática, a cada vez que fosse executar uma música diferente, observaria, para cada uma delas, todos os requisitos necessários (identificar os respectivos coautores e titulares conexos envolvidos na comunhão sobre a obra a ser utilizada indivisivelmente e, além disso, identificar as associações a que cada um deles estivesse vinculado, para, em seguida, negociar as partes integrantes do todo com cada uma delas) – o que implicaria maior insegurança jurídica para a fiscalização e o efetivo aproveitamento econômico do autores, mitigando a eficácia máxima que deve ser conferida ao direito fundamental previsto no art. 5º, inc. XVIII, CF.

As mesmas dificuldades práticas (das negociações diretas do usuário com cada associação) já foram analisadas como razão de decidir na ADI 2054-4/DF:

“(…) Diante desses fatos, diversos usuários, sejam eles estabelecimentos comerciais, promotores de eventos musicais, emissoras de radiodifusão, eram cobrados por todas as associações de titulares de direitos autorais e, por enfrentar a dúvida de a qual instituição pagar, preferiam continuar a utilizar as referidas obras intelectuais sem efetuar qualquer pagamento, visto que o pagamento a qualquer uma não implicava em quitação e permitia a cobrança por outra associação pelo simples motivo de uma obra musical possuir vários detentores de direito, cada qual filiado a uma das referidas entidades.

(…) poderia confundir o usuário pelo fato de que sobre a obra musical concorre uma pluralidade de titulares de direitos que nem sempre estão na mesma associação autoral” (Trecho do voto vencedor do Min. Sepúlveda Pertence na ADI 2054-4/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 02/04/2003).

Já antevendo o pragmatismo caótico que a negociação individual por cada associação implicaria, a doutrina pondera e prevê que:

“Outros aspectos da nova lei, nessa matéria, são os que se referem à criação de um 'Escritório' central comum de percepção e arrecadação dos direitos de

execução pública (art. 115), para evitar a confusão que representa a existência de várias sociedades tratando de receber direitos de autor por diferentes repertórios. Como simples hipótese, isto leva a pensar que, em futuro não distante, se chegará à fusão das diversas sociedades em uma única, na função de intermediário.”²⁶

A aplicabilidade da lógica concorrencial, em favor da negociação direta e individual com cada associação das partes integrantes para a execução da obra, (i) é impossível juridicamente: (i.i.) sob o aspecto da licença (que tem que ser de todos conjuntamente, art. 23 LDA); (i.ii.) sob o aspecto remuneratório (que tem que ter o preço estipulado por todos em comum acordo, sob pena de, se cada associação fixar preços isoladamente diferentes de execução do mesmo bem, um mesmo objeto indivisível valer mais para um cotitular e menos para outro de associação diferente – art. 32 LDA); (i.iii.) sob o aspecto do prejuízo à exploração da obra comum (art. 15, §2º LDA); (i.iv.) sob o aspecto da indisponibilidade do direito moral do autor; e (ii) geraria tamanha insegurança jurídica para os autores na fiscalização do cumprimento de todos os requisitos para a utilização da obra e seu respectivo aproveitamento econômico, agravando a hipossuficiência já intrínseca ao exercício do direito autoral.

• **SEGUNDO:** Pressupor que as associações concorrem entre si – aniquilando o espírito da LDA no que toca à finalidade do sistema de gestão coletiva representativo de tutela do hipossuficiente e no que toca à eficiência do sistema de arrecadação e distribuição em comum pelo ECAD.

Se, por hipótese, fosse admitido como necessário que, para a execução pública musical, o usuário negociasse direta e individualmente com cada associação envolvida, estar-se-ia pressupondo o absurdo jurídico de que as associações concorrem entre si.

As associações não concorrem entre si:

“Basta-me (...) a demonstração da razoabilidade da solução brasileira, (...) que se teve de optar na elaboração do projeto da lei, ante a **evidente impossibilidade de manter-se a concorrência entre as associações**”(Trecho do Voto vencedor do Min. Sepúlveda Pertence na ADI 2054-4/DF. Rel. Min. Ilmar Galvão. j. 02/04/2003)

²⁶MENEZES, ELISÂNGELA DIAS, op. cit., p. 27.

A LDA estabelece que a associação faça a gestão coletiva de direitos de uma só natureza – definida essa em função da atividade preponderantemente exercida por seus representados (de modo que há associação de letristas, de compositores, de intérpretes executantes, de produtores etc). Assim, a Lei pressupõe a existência de associações que administram direitos de naturezas diversas, não havendo que se falar em concorrência entre associações cujos “bens e serviços” não possam ser incluídos em um mesmo mercado relevante – pois, para a utilização da música a ser executada indivisivelmente, são eles insumos complementares, não substitutivos.

É verdade que, mesmo assim, não há vedação legal para que exista mais de uma associação que administre direitos de mesma natureza (duas associações de letristas, por ex.), pois o que a lei proíbe é que um titular de direito autoral se filie à associação de mesma natureza:

“Art. 97. § 1º É vedado pertencer a mais de uma associação para a gestão coletiva de direitos da mesma natureza.

§ 2º Pode o titular transferir-se, a qualquer momento, para outra associação, devendo comunicar o fato, por escrito, à associação de origem.”

Porém, mesmo que se trate de associações de mesma natureza, elas também não concorrem entre si. Descortinando a intenção do legislador, da restrição do art. 97, §1º, deflui que a LDA privilegia a plena proteção do filiado, em detrimento da possibilidade de concorrência entre associações de mesma natureza. De modo que, por exemplo, uma determinada composição nunca terá seus direitos autorais geridos por mais de uma associação. Ou seja, para a execução musical de uma determinada obra, no que toca à sua parte integrante “composição” (por ex.), esta só seria passível de negociação com apenas uma associação (aquela a que se filiou o compositor correspondente), não havendo, por imposição legal, possibilidade de concorrência com outra associação, ante a inexistência de qualquer outra que negocie produto idêntico ou substituto.

Ao contrário, se a lei permitisse que um autor, para a gestão de direitos de mesma natureza, pudesse ser filiado à mais de uma associação, estaria legitimando a sujeição à concorrência – pois, para a execução de uma determinada música, o usuário poderia negociar, por exemplo, a “letra” do

respectivo titular de direito autoral com qualquer das associações “de letristas” a que ele estivesse filiado, na busca da melhor oferta. **Mas é justamente o oposto o visado pela LDA: a proteção do autor cujo direito deve ter sua gestão centralizada em uma associação, como forma de impedir que a sua parte integrante da obra possa ser pulverizadamente negociada segundo as regras da concorrência.**

Assim, a LDA, em seu art. 97, §1º, acaba por explicitar a impossibilidade de concorrência entre as associações, quer sejam de naturezas diversas, quer sejam de mesma natureza. No mesmo sentido, destaca-se a consideração feita pelo Ministério da Cultura:

“Verifica-se, desta forma, que a unicidade de acervo de obras e fonogramas, legitimadora do sistema de gestão coletiva da música e viabilizadora do seu funcionamento, através da concessão do licenciamento geral desse repertório em favor do usuário, sem limites de utilização de obra (blanket license), não é alcançada satisfatoriamente no âmbito de cada uma das associações que compõem o ECAD, as quais gerem direitos de várias naturezas e titulares diferente, mas tão somente pode ser atingida por uma entidade centralizadora, que atuando no ápice desse sistema ostenta condições reais e efetivas de maximizar a reunião, organização e representação de todos os direitos de autor e dos que lhe são conexos incidentes sobre as obras e fonogramas.

(...)

Assim, (...) o ECAD foi criado justamente para evitar disputas entre as associações na defesa dos interesses dos seus associados, objetivando a unicidade do sistema de gestão coletiva perante o usuário”²⁷

Essa impossibilidade de concorrência entre as associações é constatada também pela **inviabilidade de se incluir as associações em um mesmo mercado relevante, quer sob o critério da elasticidade cruzada da demanda**, que considera a fungibilidade dos produtos (no caso da execução pública musical, não haveria predisposição do usuário para substituir letra por arranjo, fixação por interpretação – pois os produtos são complementares, na medida em que a execução musical pressupõe a utilização indivisível da música), **quer sob o critério da elasticidade cruzada da oferta**, que

²⁷ Fls. 10/11 da Manifestação do Ministério da Cultura juntada a este Parecer.

considera eventual mudança de comportamento do fornecedor (a própria lei veda que, por ex., uma associação de produtores passe a gerir direitos relativos a compositores). Esses dois critérios são assim desenvolvidos:

“Primeiramente, deve-se atentar para a necessidade do consumidor satisfeita pelo produto considerado para verificar se ele está normalmente disposto a substituí-lo por outro(s). Se a resposta for afirmativa, ambos (ou todos) farão parte do mesmo mercado relevante material. Assim, a fungibilidade (ou intercambialidade) dos produtos para o consumidor faz com que integrem mercado relevante material idêntico.

(...)

A intercambialidade pode ser constatada mediante o critério da **elasticidade cruzada**, ou seja, indício de que dois ou mais produtos são intercambiáveis (ou fungíveis) quando o aumento no preço de um deles conduz ao aumento da procura do(s) outro(s).”²⁸

“Por fim, a identificação das relações de concorrência (e do mercado relevante) pode levar em consideração a oferta, se o comportamento do agente econômico considerado for condicionado pela concorrência que é oferecida por outros produtores. Fala-se então, em **elasticidade cruzada da oferta** para referir a possibilidade de substituição do fornecedor

(...)

Vale, contudo, a advertência: a possibilidade de alteração da produção deve ser fácil, rápida e provável”²⁹.

E, como a “busca do mercado relevante passa pela identificação das relações (concretas, ainda que potenciais) de concorrência de que participa

²⁸ FORGIONI, PAULA, op. cit., p. 219.

²⁹ Idem, p. 224.

o agente econômico”³⁰, não sendo possível identificá-lo, não há que se pressupor que haja relação de concorrência entre as associações.

Ao contrário, o fim intentado pela LDA, ao facultar a possibilidade de representação dos autores por associações, visou a mitigar o caráter de hipossuficiência dos titulares em relação às dificuldades intrínsecas de fiscalização e pleno exercício de seus direitos (inclusive o aproveitamento econômico), por meio da maior centralização da gestão coletiva desses.

É sob esse prisma que deve ser interpretado o conteúdo do mandato das associações, no que se refere à prática de “todos os atos necessários” (art. 98 LDA) para a cobrança dos direitos autorais, incluindo, portanto, a fixação conjunta de um único preço para a licença sobre um repertório compartilhado. No que toca especialmente à execução musical, essa possibilidade é ainda mais acentuada, devido ao fato de as associações gerirem direitos de naturezas diversas que, nas execuções musicais, são utilizados indivisivelmente, havendo que se interpretar “todos os atos necessários” com ainda maior enfoque na relação de COLABORAÇÃO/COMPLEMENTARIDADE ENTRE AS ASSOCIAÇÕES (e não sob a ótica da concorrência).

Nessa trilha, colaciona-se trecho da Manifestação do Ministério da Cultura juntada a esse Parecer:

“(…) um sistema de fixação de preço por repertório de obras a ser levado a efeito de forma estanque por cada associação, além de não se coadunar com as demandas da área de criação e produção que levaram à criação do ECAD, também não atendem à realidade objetiva pretérita e a atual desse complexo sistema de gestão coletiva de direitos autorais, porquanto as associações efetivamente não reúnem necessariamente obras no seu acervo para a cobrança da sua utilização na modalidade de comunicação ao público, mas representam direitos dos seus titulares sobre a obra intelectual”³¹

Assim, o nítido caráter protetivo da relação de mandato é hiperdimensionado pela Lei quando se trata de direitos relativos à execução pública musical (em função da hipossuficiência agravada), na medida em que a LDA, em seu art. 99, centraliza ao máximo (unificando) a gestão coletiva

³⁰ Ibidem, p. 211.

³¹ Fl. 7 da Manifestação do Ministério da Cultura juntada a este Parecer.

desses direitos autorais na figura do ECAD, delegando-lhe um monopólio legal para arrecadação e distribuição dos respectivos valores. A propósito:

“(...) a experiência tem demonstrado, tendência que se tem revelado em todo o mundo, ser imprescindível, tanto por razões de ordem prática quanto econômica, a gestão coletiva, unificada, de direitos autorais, para uma proteção eficaz do direito de toda uma gama de editores, subeditores, produtores fonográficos, intérpretes, compositores, músicos, arranjadores e orquestradores, de um repertório que se eleva, presentemente, a mais de meio milhão de obras, sem falar em outros tantos milhares de fonogramas” (Trecho do voto vencedor do Min. Sepúlveda Pertence, na ADI 2054-4/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 02/04/2003).

Ora, é evidente que, como o ECAD não é nada mais do que o conjunto das associações que representam titulares de obras sujeitas à execução pública musical, a lei intentou, nessa seara, fortalecer a relação de colaboração entre elas para a organização do sistema protetivo de gestão coletiva, visando, em última análise, à facilitação da arrecadação e distribuição conjuntas. Assim, o ECAD não tem uma existência finalística independente da de suas associações, é antes um mero escritório por meio da qual elas devem conjuntamente operacionalizar o sistema protetivo que culmina com a arrecadação e distribuição em comum.

Por essa lógica, quer-se dizer que o fato de o art. 99 da LDA conferir o monopólio legal ao ECAD tão somente das atividades de arrecadação e distribuição de direitos autorais (mas não para a fixação do respectivo preço), não impede que as suas associações, em nítida relação de colaboração decorrente do espírito da LDA, fixem conjuntamente o preço da licença (i) no cumprimento do art. 98 da LDA, relativo ao mandato de gestão coletiva dos interesses dos titulares (visto que a fixação de preço único para a licença sobre o repertório compartilhado minora as características de hipossuficiência que dificultam o pleno exercício dos direitos autorais) e (ii) no cumprimento do art. 99, §1º, relativo ao seu dever legal de “direção e administração do ECAD” na consecução da arrecadação e distribuição em comum (visto que a fixação de um preço único facilita ao máximo essas próprias atividades que constituem o monopólio do escritório).

No mesmo sentido de a atribuição do ECAD não se limitar a um aparato de cobrança e distribuição de valores, colaciona-se trecho da manifestação do Ministério da Cultura:

“(...) o ECAD não se resume ao aparato de estrutura administrativa e física para a mera operacionalização das atividades de cobrança e distribuição de direitos autorais, constituindo apenas um simples birô ou guichê único de pagamento, mas trata-se desde o seu nascedouro de um centro de poder decisório das atividades de cobrança e repartição de direitos autorais decorrentes da execução pública de obras musicais, literomusicais e de fonogramas que se realiza por meio de qualquer meio ou processo.”³²

A propósito, a legitimidade de o ECAD, por meio de suas associações em assembleia geral, fixar um valor único tabelado devido pela execução pública musical já foi atestada pelos tribunais, encontrando farta jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça:

“A extinção do Conselho Nacional do Direito Autoral pelo Dec. 99.244/90 **não significou a proibição de o ECAD continuar cobrando as contribuições de acordo com as tabelas que vinham sendo aplicadas.** Mantido o ECAD pela Lei 9610, de 19 de fevereiro de 1998, **para a arrecadação dos direitos autorais (art. 99), em representação das associações de titulares dos direitos de autor, há de se entender que para o desempenho dessa finalidade ele pode aplicar as tabelas adotadas para o cálculo das contribuições, pois do contrário estaria inviabilizado o exercício da função que a lei lhe outorgou.** Não vejo, portanto, como se possa negar a legitimidade para definir o valor da autuação, embora reconheça o direito do contribuinte de discutir os valores, os critérios e as taxas adotadas pelo ECAD.” (REsp nº 242468/PR, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/2000, DJe 29/05/2000)”

³² Fls. 7 da Manifestação do Ministério da Cultura juntada a este Parecer.

**“DIREITOS AUTORAIS. ECAD.
LEGITIMIDADE. ESTIPULAÇÃO DE CRITÉRIOS E
COBRANÇA.**

1. O ECAD detém legitimidade para fixar critérios relativos ao montante devido a título de direitos autorais, consoante entendimento consolidado por esta Corte (Leis n.ºs 5.988/73 e 9.610/98).
2. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no Ag 599.001/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 15/08/2011)

A aplicabilidade da lógica concorrencial, em favor da negociação direta e individual com cada associação das partes integrantes para a execução da obra, (i) partiria do pressuposto falacioso de que as associações concorrem entre si, mas elas não concorrem, por três motivos: (i.i) o espírito da lei, ao facultar a gestão coletiva por intermédio da representatividade de associações, foi mitigar a hipossuficiência dos autores na fiscalização e pleno exercício de seus direitos (inclusive o aproveitamento econômico) – o que pressupõe a colaboração entre as associações, e não a concorrência; (i.ii.) a própria lei veda que um titular de direito autoral se filie à associação de mesma natureza (art 97, §1º, LDA); (i.iii) os bens negociáveis por cada associação são insumos complementares para a execução pública musical, e, como tal, não fungíveis, não havendo que se falar em concorrência entre elas; e (ii) impossibilitaria a fixação do preço em conjunto pelas associações, conduta que, além de estar incluída no conteúdo do mandato para gestão coletiva do interesse hipossuficiente de seus associados (art. 98), é instrumento para a eficaz administração da atividade de arrecadação e distribuição do escritório central a que pertencem (art. 99, §1º LDA).

Por fim, destaca-se que o próprio Anteprojeto de Lei de Direitos Autorais – tornado público no site do Ministério da Cultura, no início de janeiro de 2011 – reitera a legalidade da unificação de preços via ECAD, conforme manifestação dessa Pasta:

“(…) é indubitável que a então redação proposta resguardava que toda a construção da definição dos valores pecuniários, parâmetros e condições de

arrecadação e divisão deveriam ser realizados de forma conjunta

(...)

O que acaba sendo racionalizado, consoante revela nossa experiência histórica, somente pelo sistema unificado, enfeixado pelo ECAD, que reúne a representatividade suficiente sobre a obra musical para a concessão de uma única licença geral realmente válida. E não é por outro motivo, que esse sistema associativo de concentração de titulares de direitos autorais, está sendo expandido pelo APL da LDA proposto pelo Ministério da Cultura para os segmentos do audiovisual e reprografia.”

33

b) Disposições estatutárias do ECAD como corolário da liberdade de associação para escolha e classificação dos que se associam

Não há que se falar que as disposições estatutárias do ECAD que disciplinam o ingresso, a saída e a categoria das associações, constituem “barreiras à entrada de novas empresas ao mercado” (art. 21, inc. IV, Lei 8.884/94).

Isso porque, para que a conduta seja considerada ilícito concorrencial, mais do que se subsumir a um dos incisos do rol do art. 21, há que ter por objeto ou potencial de produzir algum dos efeitos do art. 20: “prejudicar a livre concorrência” (mas as associações não concorrem entre si); “dominar mercado relevante de bens ou serviços” (mas não é possível incluir as associações em um mesmo mercado relevante, tanto sob o critério da elasticidade cruzada da demanda quanto da oferta – por gerirem direitos autorais de naturezas diversas, que constituem insumos complementares, e não substitutivos, para a execução musical); “aumentar arbitrariamente os lucros” (mas, por força dos arts. 97 e 99, §1º, LDA, as associações não têm finalidade lucrativa); ou “exercer de forma abusiva posição dominante” (mas a posição dominante é caracterizada, segundo o §2º do art. 20 da Lei 8.884/94, quando a empresa controla parcela substancial do mercado relevante, e, no caso, não é possível definir um mercado relevante para a relação entre as associações).

³³ Fls. 16 e 19 da Manifestação do Ministério da Cultura juntada a este Parecer.

Evidente, portanto, que a lógica concorrencial, pelas razões acima explanadas, não se aplica à análise da licitude das disposições estatutárias do ECAD, a que pertencem às associações em constante relação não de concorrência, mas sim de colaboração para a gestão coletiva dos direitos dos associados (art. 98) e para a administração do escritório que integram (art. 99, §1º).

Fato é que o estatuto do ECAD foi votado e aprovado em assembleia geral das associações, cada uma, para tanto, com mandato para representação de seus filiados. Destarte, as disposições estatutárias do ECAD representam, em última análise, a manifestação de vontade, em comum acordo, dos próprios titulares de direitos autorais, no exercício de seu direito de liberdade de associação.

Assim, as disposições estatutárias votadas e aprovadas democraticamente (legítimas, pois, do ponto de vista formal), devem ter sua licitude material verificada sob o critério do “abuso do direito de associação”, a ser analisada não sob a ótica concorrencial (visto que as associações não concorrem entre si), mas sim sob a ótica da finalidade do mandato (gestão coletiva para mitigar a hipossuficiência dos autores na plenitude do exercício de seus direitos) e da finalidade do dever legal de gerência e administração do próprio ECAD (para consecução da atividade de arrecadação e distribuição comum).

Caso o objeto das disposições estatutárias não esteja consonante com a finalidade do mandato conferido às associações ou com a finalidade do dever legal a elas imposto de administração do ECAD, poder-se-á configurar o conteúdo da aprovação em assembleia geral um “abuso do direito de associação”, sob o aspecto do excesso ou do desvio de poder no exercício do mandato (art. 98 LDA) e/ou da administração (art. 99, §1º, LDA). Com isso não se está afirmando que as disposições estatutárias são lícitas, mas tão somente que a eventual ilicitude das mesmas não pode ser analisada tendo como critério a ótica concorrencial.

c) Abusividade do quantum fixado para a licença única sobre o repertório compartilhado

Primeiro, ressalva-se que a legitimidade da conduta de as associações fixarem, em comum acordo, via ECAD, o preço para a licença única sobre o repertório compartilhado já foi extensivamente supra afirmada e

tem corroborada sua origem legal (Resolução nº 01, de 6 de abril de 1976, expedida pelo extinto Conselho Nacional de Direitos Autorais) na manifestação do Ministério da Cultura juntada a esse parecer:

“Assim, a Resolução nº 01, de 6 de abril de 1976, expedida pelo CNDA, na trilha do art. 117, inciso IV, da Lei nº5.983/73, estabeleceu desde logo que os **preços apresentados pelo ECAD deveriam ser unificados, o que era levado a feito através de ato administrativo homologatório da tabela única de preços, elaborada pelo Escritório e submetida à aprovação do CNDA, a exemplo dos valores condensados e aprovados pela Resolução nº 25, de 11 de março de 1981**”³⁴.

A gene legal da unificação de preço desenvolveu-se no histórico de criação do ECAD, conforme trechos a seguir colacionados da mencionada manifestação do Ministério da Cultura:

“Já o artigo 30 do Estatuto do ECAD, que lhe foi conferido por força da Resolução nº 20, de 5 de setembro de 1980, conferia expressamente à sua Diretoria o poder de fixar os preços para a cobrança de direitos autorais (...).

(...) o parágrafo único do artigo 59, a que se remetia a alínea “d” do artigo 30 do estatuto citado, esclarecia que os valores arrecadados eram estipulados mediante consenso da associações integrantes do ECAD (...).

Por fim, a Resolução nº46, de 25 de fevereiro de 1987, (...) disciplinou que a precificação do acervo era e deveria ser decidida sempre de comum acordo no âmbito da Assembléia Geral (...)

O histórico da criação do ECAD, tracejado através da análise da legislação pretérita e sua regulamentação estabelecida pelas várias resoluções do Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA, demonstra que o gene da unificação foi a instituição de preço único para o usuário pela utilização de obras musicais, indistintamente, a ser fixado, mediante parâmetros e critérios de cobrança alcançados através do necessário

³⁴ Fls. 03 da Manifestação do Ministério da Cultura juntada a este Parecer.

consenso entre as associações que integram o Escritório.”

35

No tocante à verificação da abusividade do *quantum* fixado (2,5% sobre o faturamento bruto), deve-se tomar como critério, não a lógica concorrencial (pois as associações não concorrem entre si, não havendo subsunção a qualquer dos incisos do art. 20 da Lei 8.884/94), mas sim o **critério do “abuso do direito de associação** (visto que o preço estabelecido também foi votado e aprovado, em assembleia geral do ECAD, pelas associações que manifestam a vontade de seus filiados, por força do mandato legal), **a ser analisado sob a ótica da finalidade do mandato** (gestão coletiva para mitigar a hipossuficiência dos autores na plenitude do exercício de seus direitos) e **da finalidade do dever legal de gerência e administração do próprio ECAD** (para consecução da atividade de arrecadação e de distribuição comum).

Caso o *quantum* fixado não tenha correlação com a finalidade do mandato conferido às associações e/ou com a finalidade do dever legal a elas imposto de administração do ECAD, poder-se-á configurar o seu “quantum” um “abuso do direito de associação”, quer sob o aspecto do excesso ou do desvio de poder no exercício do mandato e/ou da administração.

A propósito desses “2,5% sobre o faturamento bruto”, insta acrescentar, conforme se demonstrará a seguir, que constituem um costume consolidado (fonte do direito, segundo o art. 57 da LDA).

O preço cobrado pelas execuções públicas de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas foi definido já há muito tempo, tendo sido praticado ao longo dos anos a partir da aprovação do hoje extinto Conselho Nacional de Direito Autoral (“CNDA”). Na Resolução nº 7, de 15 de dezembro de 1976, ficou determinada a fixação dos valores relativos aos direitos autorais, por meio de uma tabela única. Em julho de 1977 foi aprovada pelo CNDA a primeira tabela de preços, estabelecendo o percentual de 2,5% sobre o faturamento bruto das emissoras de televisão abertas. Após essa, diversas outras foram reiteradamente elaboradas pelo ECAD e aprovadas pelo CNDA, substituindo as tabelas anteriores, até que em julho de 1989 foi adotado o primeiro Regulamento de Arrecadação, alterado em novembro de 1993. Finalmente, em março de 2003, foi editado o atual Regulamento de Arrecadação, que consagrou os 2,5% incidentes sobre a receita bruta das emissoras de televisão aberta, além do percentual de 2,55% a ser aplicado às

³⁵ Fls. 5 e 6 da Manifestação do Ministério da Cultura juntada a este Parecer.

emissoras de televisão por assinatura, dentre outros³⁶, seguindo a antiga determinação de diferenciar os usuários conforme a natureza de suas atividades, as respectivas capacidades financeiras e a região socioeconômica em que exercem suas operações. Como se pode observar, o critério de cobrança atual do ECAD, que consiste em um determinado percentual da receita bruta de seus usuários, vem sendo praticado há décadas, configurando uma prática reiterada (e que surgiu autorizada pelo Estado), acabando por consolidar um costume.

Ademais, esse critério é praticado em diversos países além do Brasil³⁷, com a incidência de diferentes percentuais, que simplesmente refletem diferentes realidades econômico-culturais, encontrando respaldo na evolução histórica das relações envolvendo os direitos autorais. Para além de tal constatação, caso se considere abusivo não o critério de um percentual incidente sobre a receita bruta do usuário, mas sim o valor da alíquota, há países nos quais, como já citado, o percentual é ainda maior. O valor de 2,5% (ou 2,55%, no caso das televisões por assinatura), além de ser aquele tradicionalmente praticado, é decorrente de um processo histórico, construído não apenas a partir das decisões do Ecad e de suas associações, mas também com a interferência estatal e negociações com as entidades representativas dos usuários (como há exemplos nos autos³⁸). Refletem os “2,5% sobre o faturamento bruto”, portanto, a realidade socioeconômica brasileira e sua dinâmica, não podendo ser taxados, ao menos sob esse aspecto, de exagerado ou abusivo.

Destarte, conclui-se que “os 2,5% sobre o faturamento bruto”, constituem um critério historicamente definido pelo próprio Estado (CNDA), que vem sendo reiteradamente utilizado, já foi legitimado pelo Judiciário³⁹ e reflete um modelo adotado em diversos países. Sua legitimação deu-se pelo costume consolidado, que, de todo resto, apresenta-se como plenamente razoável (haja vista a execução de obras musicais, lítero-musicais e de

³⁶ No caso das emissoras de rádio, esse percentual é de 5%, incidente sobre suas receitas brutas. Há também valores específicos para cinemas, hotéis e diversos mais.

³⁷ Alguns países que também trabalham com a fixação de percentual incidente sobre a receita bruta dos usuários são a França, a Espanha, o México e o Peru. Para as emissoras de televisão de sinal aberto, os valores cobrados nesses países são, respectivamente, 5%, 1,709%, 1,15% e, no caso do Peru, uma faixa que varia de 0,11% a 1,34%. Já quanto às emissoras de rádio, o percentual cobrado na França é de 6%, 3,75% para obras musicais e uma faixa de 2,35% a 5% para fonogramas na Espanha, 2,5% no México e uma faixa que varia de 0,04% a 2,46% no Peru.

³⁸ A Abert, por exemplo, conforme consta em sua resposta (fls. 4019/4031), esclarece que há um convênio firmado entre ela e o Ecad, com relação às emissoras de rádio associadas.

³⁹ Dentre outros, ver também REsp nº 79519/MG, DJ 27/08/2001; REsp nº 126.809/RJ, DJ 18/12/2000; REsp nº 212.199/PR, DJ 18/10/1999; REsp nº 230.547/SP, DJ 14/08/2000; REsp nº 328.963/RS, DJ 29/04/2002; REsp nº 509.086/RJ, DJ 11/09/2006; REsp nº 316.637/RJ, DJ 08/04/2010.

fonogramas ser parcela significativa do atrativo dos usuários, a partir de seus canais de conteúdo).

d) Eventuais irregularidades referentes à distribuição dos valores arrecadados aos titulares (dentre as quais as eventualmente apuradas nas Comissões Parlamentares de Inquérito instauradas na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo)

Pelas razões até aqui esposadas sobre a inaplicabilidade da lógica concorrencial às relações entre as associações (sob pena de se gerarem efeitos deletérios à sobrevivência da própria gestão coletiva dos direitos autorais no Brasil), quaisquer irregularidades praticadas no tocante ao repasse aos autores dos valores arrecadados não podem ser apreciadas pela ótica da Lei Antitruste.

Devem ser averiguadas, no máximo, como irregularidades prejudiciais aos interesses transindividuais dos autores e titulares de direitos conexos, sob o critério do “abuso do direito de associação”, do “desvio ou excesso de poder” no exercício do mandato (art. 98 LDA) ou na administração do ECAD (art. 99, §1º, LDA).

E. CONCLUSÃO

1. A “livre concorrência” não é um fim em si mesmo, podendo ser excepcionada quando – por meio de um juízo de ponderação instrumentalizado pela “válvula de escape do jogo de interesses protegidos” – concluir-se que a aplicação irrestrita da lógica concorrencial às circunstâncias de um caso concreto implicar consequências deletérias ao microsistema de direito fundamental que o rege, no caso o do direito autoral. A lacuna regulatória (advinda com a extinção do CNDA) não deve implicar, de plano, a pressuposição de necessidade/possibilidade absoluta da “regulação pela concorrência”.

2. No tocante ao microsistema protetivo do direito autoral, a tradição seguida pela Lei de Direitos Autorais foi a do sistema individual/subjetivo/personalíssimo, cujo princípio basilar é a proteção do vínculo exclusivo (moral e patrimonial – art. 28, LDA) do autor com sua obra, o qual, por sua vez, é garantido pela obrigatoriedade da licença para utilização de direito autoral por terceiros (art. 29, LDA). No que se refere à “execução pública musical”, trata-se de modalidade de utilização (art. 68, §2º) que, a princípio, enfrentaria diversas dificuldades para observância da

obrigatoriedade da autorização como antecedente necessário ao respectivo aproveitamento econômico pelo autor (o amplo rol de locais passíveis de execução a serem controlados – art. 68, §3º LDA; a necessidade de licença prévia para cada execução – art. 68 LDA; a volatilidade da circulação dos bens devido à sua natureza imaterial aliada ao avanço nas tecnologias de sua utilização; o regime de coautoria e cotitularidade de direitos conexos sobre a indivisibilidade da execução da obra – art. 5º, II, “a” c/c art. 89, LDA; a pulverização do polo contratual relativo aos titulares de direitos autorais, cuja efetiva representatividade é ainda agravada quando existem contratos de edição envolvidos; a onerosidade excessiva ao usuário de cumprir todos os requisitos, da qual o maior prejudicado seria o próprio titular de direito autoral; e o risco de determinados usuários, em benefício próprio e/ou de alguns cotitulares da obra indivisível, dificultarem a participação efetiva e consciente dos outros na formação da manifestação de vontade).

3. Para contornar essas causas de hipossuficiência no pleno exercício do direito fundamental, a LDA permitiu que os autores se associassem para gestão coletiva de seus direitos (arts. 97 e 99) e estabeleceu que o conteúdo do mandato abrangeria “todos os atos necessários para a cobrança” (art. 98, parte final, LDA). Interpretando esse permissivo legal conforme à CF (máxima eficácia do direito fundamental previsto no art. 5º, inc. XXVII) e ao espírito da LDA (gestão coletiva dos interesses transindividuais para contornar as causas de hipossuficiência acimadas), a opção adotada pelas associações foi unificar em um repertório compartilhado todos as obras e direitos conexos registrados, conferindo aos usuários uma licença única para a disponibilidade de sua execução (item. 6 do Regulamento de Arrecadação do ECAD) – modelo este cuja legitimidade decorre de ser ele o que melhor garante o aproveitamento econômico pelo autor (art. 5º, inc. XXVII, CF), visto que é o meio mais efetivo para (i) controlar a necessidade de licença prévia para toda parte integrante da obra musical a ser executada indivisivelmente (arts. 31, 32, 68, 90, 93, 95, 23, LDA) e, por conseguinte, (ii) para a arrecadação e posterior distribuição aos autores – atribuições do ECAD.

4. Disso decorre que a fixação de preço uniforme (pelas associações em relação de colaboração no ECAD) para a execução pública musical não é uma opção colusiva concertada entre as associações, mas sim uma consequência imperiosa para a existência do alicerce protetivo do microsistema do direito do autor, qual seja, o repertório compartilhado e sua licença única, bem como para o exercício da função legal do ECAD.

5. Por essa lógica, quer-se dizer que o fato de o art. 99 da LDA conferir o monopólio legal ao ECAD tão somente das atividades de arrecadação e distribuição de direitos autorais (mas não para a fixação do respectivo preço), não impede que as suas Associações, em nítida relação de colaboração decorrente do espírito da LDA, fixem conjuntamente o preço da licença (i) no cumprimento do art. 98 da LDA, relativo ao mandato de gestão coletiva dos interesses dos titulares (visto que a fixação de preço único para a licença sobre o repertório compartilhado minora as características de hipossuficiência que dificultam o pleno exercício dos direitos autorais) e (ii) no cumprimento do art. 99, §1º, LDA, relativo ao seu dever legal de “direção e administração do ECAD” na consecução da arrecadação e distribuição em comum (visto que a fixação de um preço único facilita ao máximo essas próprias atividades que constituem monopólio do escritório).

6. A aplicabilidade da lógica concorrencial (em favor da negociação direta e individual do usuário com cada associação das partes integrantes para a execução da obra musical) sobre esse modelo:

(i) é impossível juridicamente: (i.i.) sob o aspecto da licença (que tem que ser de todos conjuntamente, art. 23 LDA); (i.ii.) sob o aspecto remuneratório (que tem que ter o preço estipulado por todos em comum acordo, sob pena de, se cada associação fixar preços isoladamente diferentes de execução do mesmo bem, um mesmo objeto a ser utilizado indivisivelmente valer mais para um cotitular e menos para outro de associação diferente – art. 32 LDA); (i.iii) sob o aspecto do prejuízo à exploração da obra comum (art. 15, §2º LDA); (i.iv.) e sob o aspecto da indisponibilidade do direito moral do autor;

(ii) geraria tamanha insegurança jurídica para os autores na fiscalização do cumprimento de todos os requisitos para a utilização da obra e seu respectivo aproveitamento econômico, agravando a hipossuficiência já intrínseca ao exercício do direito autoral;

(iii) partiria do pressuposto falacioso de que as associações concorrem entre si, mas não concorrem, por três motivos: (iii.i.) o espírito da lei, ao facultar a gestão coletiva por intermédio da representatividade de associações, foi mitigar a hipossuficiência dos autores na fiscalização e pleno exercício de seus direitos (inclusive o aproveitamento econômico) – o que pressupõe a colaboração entre as associações, e não a concorrência; (iii.ii.) a


própria lei veda que um titular de direito autoral se filie à associação de mesma natureza (art. 97, §1º, LDA); (iii.iii.) os bens negociáveis por cada associação são insumos complementares para a execução pública musical, e, como tal, não fungíveis, não havendo que se falar em concorrência entre elas;

(iv) **impossibilitaria a fixação do preço em conjunto pelas associações**, conduta que, além de estar inclusa no conteúdo do mandato para mais bem gestão coletiva do interesse hipossuficiente de seus associados (art. 98), é instrumento para a mais eficaz administração da atividade de arrecadação e distribuição do escritório central a que pertencem (art. 99, §1º LDA).

7. (i) **As disposições estatutárias do ECAD relativas à entrada, saída e classificação das associações**; (ii) os **“2,5% sobre o faturamento bruto”** fixados para a licença única, bem como (III) **irregularidades praticadas para a cobrança dos usuários ou para a distribuição dos valores arrecadados pelo ECAD (como as eventualmente apuradas pelas CPI's instauradas): todos podem ser analisados, no máximo, como irregularidades prejudiciais aos interesses transindividuais dos autores e titulares de direitos conexos, sob o critério do “abuso do direito de associação”, do “desvio ou excesso de poder” no exercício do mandato (art. 98, LDA) ou na administração do Escritório (art. 99, §1º, LDA), mas não como ilícitos concorrenciais – pois não têm por objeto ou potencial de produzir nenhum dos efeitos do art. 20 da Lei 8.884/94: “prejudicar a livre concorrência” (as associações não concorrem entre si); “dominar mercado relevante de bens ou serviços” (não é possível incluir as associações em um mesmo mercado relevante, tanto sob o critério da elasticidade cruzada da demanda quanto da elasticidade cruzada da oferta – por gerirem direitos autorais de naturezas diversas, que constituem insumos complementares, e não substitutos, para a execução musical); “aumentar arbitrariamente os lucros” (por força dos arts. 97 e 99, §1º, LDA, as associações não têm finalidade lucrativa); ou “exercer de forma abusiva posição dominante” (a posição dominante é caracterizada, segundo o §2º do art. 20 da Lei 8.884/94, quando a empresa controla parcela substancial do mercado relevante, e, no caso, não é possível definir um mercado relevante para a relação entre as associações, pois não concorrem).**

8. Em face do exposto, **manifesta-se o Ministério Público Federal pelo arquivamento do presente Processo Administrativo**, devido à imperiosa inaplicabilidade do direito concorrencial às condutas em exame.

Brasília, 07 de março de 2012.


LUIZ AUGUSTO SANTOS LIMA
Procurador Regional da República
Representante do MPF perante o CADE
Colaboração da Analista Processual do Ofício do MPF perante o CADE,
Alessandra Rodrigues de Castro