



MINISTÉRIO DA CULTURA
SECRETARIA DE POLÍTICAS CULTURAIS
DIRETORIA DE DIREITOS INTELECTUAIS
SCS - Quadra 09 - Lote C - Torre B - Ed. Parque Cidade - 10º Andar
Telefone: (61) 2024 2640 Fax: (61) 2024 2670
direito.autoral@cultura.gov.br www.cultura.gov.br

Nota Técnica/DDI/SPC nº 039/2011

Brasília, 8 de dezembro de 2011.

ASSUNTO: Consulta. Interessado: Ministério Público Federal com Ofício perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n.º 080012.003745/2010-83, instaurado para investigar representação oferecida pela Associação Brasileira de Televisões por Assinatura – ABTA por alegada infração à ordem econômica decorrente da atuação do Escritório Central de Arrecadação de Direitos Autorais – ECAD e das Associações de Titulares de Direitos de Autor e dos que lhes são conexos.

I – DO OBJETO

1. O Ministério Público Federal com Ofício perante o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, através do Ofício n.º 87/2011/LA-PRR-CADE, requer manifestação do Ministério da Cultura acerca do Processo Administrativo n.º 080012.003745/2010-83, em curso naquela autarquia federal, que consubstancia representação ofertada pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura - ABTA em desfavor do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD e das várias Associações de Titulares de Direitos de Autor e dos que lhes são conexos integrantes do seu quadro social.

2. O Exmo. Sr. Procurador Regional da República Luiz Augusto Santos Lima solicita que seja analisado em especial a questão sobre a “deliberação conjunta da a fixação de percentuais sobre faturamento dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e de fonogramas, inclusive por meio de radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade e da exibição de obras audiovisuais, nos termos do artigo 99 da Lei n.º 9.610/98.”

CT

3. Os autos foram despachados pela Consultoria Jurídica à DDI/MINC para exame e manifestação.

II – DOS FUNDAMENTOS

II.1 – LEGITIMIDADE DA DELIBERAÇÃO CONJUNTA PELAS ASSOCIAÇÕES QUE COMPÕEM O ECAD NA FIXAÇÃO DE PREÇOS PELA UTILIZAÇÃO DAS OBRAS MUSICAIS

4. A matéria visada já foi objeto de análise pelo Ministério da Cultura, que se pronunciou no mencionado processo administrativo mediante a Nota Técnica n.º 020/2010 desta Diretoria, que segue acostada àqueles autos.

5. Contudo, renovada a oportunidade de manifestação a requerimento do Ministério Público Federal, compete a esta DDI/MINC procedê-la. Para tanto, remonta-se à criação do ECAD pelo artigo 115 da Lei n.º 5.988, de 1973, cuja redação previa:

Art. 115. As associações organizarão, dentro do prazo e consoante as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos direitos relativos à execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou litero-musicais e de fonogramas.

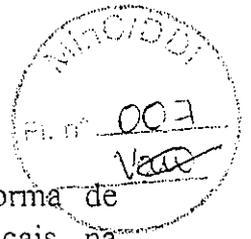
§ 1º O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição que não tem finalidade de lucro, rege-se por estatuto aprovado pelo Conselho Nacional de Direito Autoral.

§ 2º Bimensalmente o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição encaminhará ao Conselho Nacional de Direito Autoral relatório de suas atividades e balancete, observadas as normas que este fixar.

§ 3º Aplicam-se ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, no que couber, os artigos 113 e 114.

6. Infere-se da dicção desse dispositivo legal, que o desenho efetivo acerca das competências, direção e funcionamento do ECAD, foi conferido pelo Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA, visto que a lei ordinária determinou somente a obrigatoriedade da sua instituição pelas entidades de gestão coletiva de direitos autorais do segmento da música, sem descer a maiores detalhes quanto à regulamentação desses aspectos, a





exemplo da questão sob exame relativa à competência e forma de unificação de preços para licenciar a utilização das obras musicais, na modalidade de comunicação ao público.

7. Assim, a Resolução n.º 01, de 6 de abril de 1976, expedida pelo CNDA, na trilha do artigo 117, inciso IV, da Lei n.º 5.988/73, estabeleceu desde logo que os preços apresentados pelo ECAD deveriam ser unificados, o que era levado a efeito 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 n.º 25, de 11 de março de 1981.

8. Quanto ao monopólio do ECAD, seguiu sacramentado já no artigo 23 dessa Resolução inaugural, que expressamente vedou qualquer outra entidade proceder à arrecadação e distribuição de direitos autorais relativos à execução pública da música, a partir de 1º de janeiro de 1977.

9. A Resolução n.º 7, de 1976 do CNDA, também fixou normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais, ratificando a iniciativa do ECAD para a elaboração da tabela de preços, consoante dispõe o seu artigo 23, abaixo reproduzido¹:

Art. 23 – Os valores a serem cobrados a título de direitos autorais e os sistemas de arrecadação e distribuição deverão ser submetidos à aprovação do CNDA.

10. Percebe-se, ainda, dos seus dispositivos, que o principal critério para a estipulação dos valores a serem cobrados a título de direitos autorais se daria em razão do lucro direto ou indireto proveniente da execução pública das obras musicais, sendo que, especificadamente em relação à radiodifusão, determinava que também fossem utilizados, na composição dos preços, indicadores econômicos e financeiros que exprimissem a situação de cada tipo de emissora, com base na potência instalada e na população das cidades por elas alcançadas.

11. O ECAD, conforme repisou a diversa e superveniente Resolução n.º 19, de 14 de maio de 1980 do CNDA, é a entidade detentora do direito exclusivo de representação dos direitos autorais na modalidade de comunicação ao público das obras musicais, nos termos do seu artigo 4º e seus parágrafos abaixo transcritos:

¹ Comando normativo idêntico foi reproduzido pelo artigo 23 da Resolução n.º 21, de dezembro de 1980 do CNDA que determinava que "o ECAD submeterá ao CNDA os critérios, sistemas e valores que baseará a cobrança unificada dos direitos de autor e dos que lhe são conexos de sua competência, para homologação."

Art. 4º Nos termos do artigo 115 da Lei n.º 5.998/73, com o ato de vinculação ao ECAD as associações, por si e por suas representadas, investem ao ECAD, nos limites da competência deste, dos poderes mencionados no artigo 104 daquela Lei, inclusive com relação aos titulares estrangeiros a que se refere o Parágrafo Único do artigo 105 da mesma Lei e daqueles titulares que se vincularam diretamente ao ECAD.

§1º - Por força dos poderes a que alude o "caput" deste artigo, o ECAD praticará, em nome próprio, os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial e à cobrança dos direitos de autor e conexos de sua competência.

§2º - O exercício dos direitos a que se refere esta Resolução é vedado a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte.

§3º - Quando o titular do direito se valer da faculdade prevista no Parágrafo Único do artigo 104 da Lei n.º 5.988/73, poderá conceder a autorização de uso e perceber os proventos sempre que o comunique, à sua Associação ou ao ECAD, conforme o caso, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias.

§4º - Na hipótese do parágrafo anterior, havendo co-titulares das obras a serem utilizadas, deverão estes consentir, prévia e expressamente, na autorização, sendo prestadas as contas na ocasião dos recebimentos e submetidas ao CNDA, com as eventuais divergências, consoante o disposto no Parágrafo Único do artigo 23 da Lei n.º 5.988/73;

§5º(...)

§6º Os Titulares de Direitos do Autor e dos que lhe são conexos que não desejarem usar da faculdade contida no artigo 103, da Lei 5.988/73, terão seus direitos assegurados pelo ECAD, desde que nele se inscrevam, para os efeitos do artigo 73, da mencionada lei

12. Nos termos do parágrafo sexto transcrito, o ECAD nessa época também recolhia os direitos dos titulares que não eram filiados a qualquer das associações que o integravam, fato corrente até a edição da Resolução n.º 31, de 26 de outubro de 1983. E como era possível? Por óbvio, porque a ele sempre coube propor a fixação unificada dos preços de forma indistinta para qualquer titular de direito desse sistema unificado de gestão coletiva de direitos autorais no segmento da música.

13. E, ainda, o artigo 8º dessa Resolução n.º 19 de 1980, atribuía à Assembléia Geral, enquanto órgão supremo do ECAD, os poderes para

MIRACIDDI
Fl. n.º 008
Vista

resolver todas as questões relativas aos objetivos da entidade e para tomar as decisões necessárias ao desenvolvimento de suas operações e, logo após, ratificava no seu artigo 23 a necessidade dessa entidade central proceder à unificação dos valores e parâmetros em embasadores da arrecadação de direitos autorais:

Art. 23 – O ECAD submeterá ao CNDA, no prazo de 90 (noventa) dias da publicação desta Resolução, os critérios, sistemas e valores em que baseará a cobrança unificada dos direitos de autor e dos que lhe são conexos de sua competência, para homologação.

§1º - O ECAD poderá atualizar os seus preços, semestralmente, segundo as variações das obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN.

§2º - Quaisquer alterações nos critérios e sistemas a que se refere o “caput” deste artigo deverão ser previamente autorizadas pelo CNDA.

14. Já o artigo 30 do Estatuto do ECAD, que lhe foi conferido por força da Resolução n.º 20, de 5 de setembro de 1980, conferia expressamente à sua Diretoria o poder de fixar os preços para a cobrança de direitos autorais, senão vejamos:

Art. 30 – Além de outras atribuições estipuladas neste Estatuto ou em ato oficial, compete privativamente à Comissão Diretora:

c) determinar a observância das normas para unificação dos preços e sistema de cobrança e distribuição do sistema autoral, referente a execução e distribuição dos direitos sob controle do ECAD;

d) fixar preços para a cobrança de direitos de autor e dos que lhe são conexos, observadas as normas da alínea anterior e do Art. 59 e seu Parágrafo Único;

15. Não fosse somente a dicção dos dispositivos transcritos, 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 das associações integrantes do ECAD:

Art. 59 – A fixação e atualização da remuneração cobrada pelo ECAD, em razão da sua utilização de obras intelectuais, e as decorrentes do direito de arena, levarão em conta o

09

CJ
MA

direito assegurado aos respectivos titulares de livremente os estabelecerem, devendo sempre serem observadas as normas aplicáveis à espécie e as variações do poder aquisitivo da moeda, segundo padrões semestrais.

Parágrafo único. As retribuições decorrentes de direitos de autor e conexos, administrados pelo ECAD, serão calculadas com estrita observância dos valores determinados pelo consenso das Associadas que controlam direitos da mesma natureza.

16. Por fim, a Resolução n.º 46, de 25 de fevereiro de 1987, que alterou e consolidou as normas relativas à organização, funcionamento e fiscalização do ECAD, disciplinou que a precificação do acervo era e deveria ser decidida sempre de comum acordo no âmbito da sua Assembléia Geral, como enunciado no artigo 14, letra “d”, abaixo colacionado:

Art. 14 – Compete, ainda, à Assembléia Geral:

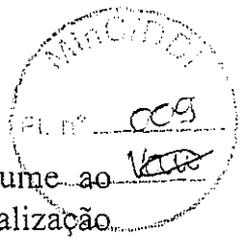
d) fixar preços de utilização de obras e fonogramas, revisando-os quando entender conveniente.

Parágrafo único. Os representantes das Associações que integram a Assembléia Geral do ECAD, no exercício da função a que alude a letra “d” deste artigo, observarão estritamente o mandato que lhes haja sido outorgado, em Assembléia Geral da associação, pelos seus titulares de direitos.

17. 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 das obras musicais, indistintamente, a ser fixado mediante parâmetros e critérios de cobrança alcançados através do necessário consenso entre as associações que integram o Escritório.

18. Observe-se, ainda, que para além da arrecadação, também restou unificada a distribuição desses valores, o que acabou por assegurar uma retribuição embasada em critérios e parâmetros de divisão de valores aplicáveis a todos os titulares de direitos autorais de forma linear, independentemente das associações a que pertencem.





19. Conclui-se, desta forma, que 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.**

20. Nessa senda, a arrecadação e repartição constituem duas facetas indissociáveis da gestão coletiva unificada exercida pelo ECAD, que são deliberadas e votadas no âmbito da sua assembléia geral pelas associações que o compõem, e que, necessariamente, incluem primitivamente na sua pauta comum o estabelecimento conjunto da precificação dos direitos sobre as obras por ele tuteladas, conforme evidenciam as várias resoluções do CNDA apontadas.

21. Tem-se, pois, que 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 da 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, como veremos adiante.**

22. Nessa trilha, não se pode perder de mira que o titular de direito autoral, quando se filia a uma associação, não traz necessariamente, para compor o repertório dessa entidade, a integralidade da obra musical, mas tão somente o seu direito sobre essa criação intelectual.

23. 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 ela serão ordinariamente partilhados em igualdade de condições entre esses autores, nos termos do artigo 23 da vigente Lei nº 9.610 de 1998 - denotando essa hipótese, principalmente nos casos de

² Art. 23. Os co-autores da obra intelectual exercerão, de comum acordo, os seus direitos, salvo convenção em contrário.

incidibilidade da criação intelectual, que esses direitos incidentes sobre a obra constituem verdadeiro condomínio.

24. Assim, a filiação de um único coautor da obra, a despeito da filiação dos demais, não importa e nem poderia incorrer necessariamente na transferência dessa obra para o acervo da sua respectiva associação de gestão coletiva de direitos autorais com exclusividade, mas somente caracteriza mandato para a defesa desse direito específico sobre a obra musical pela entidade de gestão coletiva.

25. Ainda mais, quando na esmagadora maioria dos casos, o autor ou coautores contam com um editor para a promoção e exploração compartilhada da sua obra, e que também é titular de direito autoral, inclusive na modalidade focada de uso da obra mediante sua comunicação ao público, consoante se entrevê do caput do Artigo 68 da Lei de Direitos Autorais:

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.

26. Destarte, a par da hipótese de coautoria - que impõe a evidente possibilidade de divisão do mandato para representar direitos sobre a mesma obra intelectual, dada a liberdade dos seus coautores filiarem-se a qualquer associação integrante do ECAD - 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, sendo que o §1º do artigo 97 da Lei de Direitos Autorais somente veda e, portanto, restringe o direito constitucional de livre associação, na hipótese de dupla filiação do titular para a representação de um direito de mesma natureza:

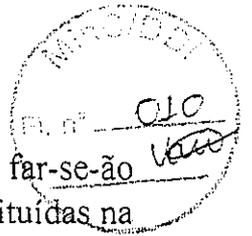
Art. 97. Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e os titulares de direitos conexos associarem-se sem intuito de lucro.

§ 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.



§ 3º As associações com sede no exterior far-se-ão representar, no País, por associações nacionais constituídas na forma prevista nesta Lei.



27. Desta feita, pois, o que as Associações de gestão coletiva efetivamente administram são os direitos sobre a obra intelectual de seus associados, como se infere da leitura sistêmica da Lei de Direitos Autorais e especialmente do §1º do seu artigo 97.

28. No caso do fonograma, a multiplicidade de titulares ainda conta com a adição dos intérpretes, executantes e do produtor fonográfico, detentores de direito conexo por força das legislações internacional e nacional de regência.

29. Nesse compasso, o ECAD não realiza a arrecadação e distribuição unificada somente dos casos de autoria e edição da obra, mas também dos demais direitos conexos incidentes sobre a obra fixada ou transmitida, principalmente dos intérpretes e executantes, os quais não estão obrigados a se filiarem às associações dos correspondentes produtores fonográficos e muito menos dos autores das obras que animam, para efeito de defesa dos seus direitos.

30. Conforme já mencionado no caso dos editores, seria igualmente um contra-senso e impraticável, nos moldes das atuais associações de gestão coletiva nacionais, que admitem nos seus quadros uma variedade de titulares de direitos autorais, a diferenciação de preços relativos aos titulares de uma mesma obra, que pertencem a diferentes associações para a defesa de seus direitos. De modo que as *performances* que incluem uma diversidade incontável de gêneros e estilos dos mais variados autores de obras musicais demonstram a impossibilidade e mesmo a irracionalidade da vinculação da filiação de autores e respectivos intérpretes ou executantes em uma mesma associação, para efeito de cobrança de direitos autorais.

31. Essa multiplicidade de titulares de direitos autorais e a liberdade de associação entre as várias partes legitimadas sobre a obra musical, franqueada na base do ECAD, formada por várias associações responsáveis diretamente pelo cadastramento dos titulares e respectivas obras intelectuais, acaba por transferir para essas várias mandatárias, a representação dos direitos divisados e não sobre a obra integral, cuja representação na sua totalidade somente tem chances efetivas de ser concretizada e, portanto, legitimada, para efeito de cobrança e distribuição

CA

perante o usuário, no sistema unificado idealizado a partir do artigo 115 da Lei n.º 5.988, de 1973.

32. Tanto assim, que o parâmetro primitivo da distribuição remete-se à natureza do direito do seu titular, como transparecem o artigo 54 do Estatuto do ECAD, aprovado pela Resolução n.º 20, de 5 de setembro de 1980 e também o artigo 15 da Resolução n.º 24, de 11 de março de 1981, ambas editadas pelo CNDA e, que, respectivamente, preceituavam:

Art. 54 – O ECAD manterá, para fins de servirem como repositários de dados indispensáveis à distribuição, cadastros dos titulares de direitos com as suas vinculações às Associadas e das obras intelectuais protegidas pelo ECAD.

§1º Os cadastros serão apropriados e separados segundo a natureza do respectivo direito de autor e dos que lhe são conexos.

§2º O cadastro de dados para a distribuição e o cadastro de dados para a arrecadação serão objeto do Regulamento específico.

Art. 15 - O ECAD manterá um sistema de cadastros básicos que contemplem as informações precisas sobre as obras protegidas, titulares de direitos autorais, usuários e outros elementos, **de modo a facilitar a identificação dos direitos arrecadados com os seus beneficiários.**

33. 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 obras (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 diferentes, mas tão-somente pode ser atingida por uma entidade centralizadora, que atuando no ápice deste 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.

34. Aliás, essa importante peculiaridade da gestão coletiva de direitos autorais do nosso País já havia sido esmiuçada pelo anterior Parecer Técnico n.º 004/99, de 13 de outubro de 1999, da lavra do ex-Coordenador de Direito Autoral do Ministério da Cultura e saudoso

especialista na matéria, Otávio Afonso, ofertado na oportunidade do *leading case* da Ação Direta de Constitucionalidade n.º 2054:



“Entretanto, com relação aos direitos autorais decorrentes de execução pública de obras musicais, o processo de unificação foi mais complexo em virtude da existência de várias associações de titulares, **fato que dificultava um consenso** e promovia inúmeros problemas e descontentamentos. **Assim, com a arrecadação descentralizada, surgiram graves problemas no controle de concessão de autorizações para que fossem utilizadas em público obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas, posto que com a pluralidade de associações arrecadoras, cada uma defendia os interesses de seus associados, dificultando o controle dos valores arrecadados, permitindo que diversos usuários fossem cobrados, duas ou mais vezes, em face de uma única utilização das obras administradas.**

(...)

A Coordenação de Direito Autoral entende sensata a unificação do processo de arrecadação e distribuição de direitos autorais decorrentes da execução pública musical. Esta foi uma conquista dos autores nacionais quando da edição na Lei nº 5.988/73 e que deveria ser mantida, evitando um possível caos, **caso prevalecesse o entendimento de uma pluralidade de sociedades arrecadoras em todo o país, o que 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.”**

35. Assim, como anota o Parecer Técnico nº 004/99, 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.

36. Essa manifestação técnica do Ministério da Cultura foi endossada ainda pelo Relator designado para lavrar o Acórdão daquela ADIN nº 2054, Ministro Sepúlveda Pertence, que a respeito da viabilidade de concorrência entre associações de gestão coletiva do ECAD, assentou a sua impossibilidade, consoante se afere do excerto abaixo, extraído do seu voto condutor do julgamento:

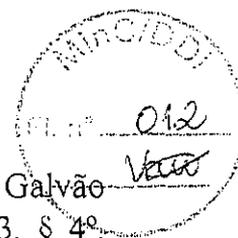
“Basta-me, das informações do Ministério da Cultura, a demonstração da razoabilidade da solução brasileira, que creio inspirada no nosso eminente decano, o Ministro **Moreira Alves**, que me relatava há tempos que se teve de optar na elaboração do projeto da lei, ante a evidente impossibilidade de manter-se a concorrência entre associações, entre essa fórmula -- a do ECAD -- e uma outra então aventada, a de confiar essa cobrança ao INSS, que já não consegue cobrar sequer as contribuições que já lhe são devidas, quanto mais os direitos autorais dos outros.”

37. Observe-se que esse precedente do Supremo Tribunal Federal não analisou a questão da concorrência entre as associações integrantes do ECAD de forma apenas tangenciada. Ao contrário, visto que essa ADIN, proposta pelo Partido Social Trabalhista – PST, foi arrimada expressamente nas ofensas aos incisos XVII e XX do artigo 5º e, ainda, **ao § 4º do artigo 173 da Constituição Federal**, que consagram a plena liberdade de associação e vedam o monopólio.

38. Em seu voto, na medida cautelar, o eminente Ministro Ilmar Galvão, Relator original do julgamento, inclusive afasta a improcedência da violação do art. 173, § 4º - repressão ao abuso do poder econômico ou ao monopólio, com os seguintes fundamentos:

“... em face da evidência, assinalada por Celso Bastos, no trabalho trazido à colação pela Presidência da República (fl. 84), de que se está diante de ente que não se dedica à exploração de atividade econômica, não podendo, por isso, obviamente, representar ameaça de dominação dos mercados, de eliminação da concorrência e de aumento arbitrário dos lucros, práticas vedadas pelo mencionado dispositivo, existindo, ao reverso, como ente responsável pela defesa dos interesses da coletividade representada pelas pessoas jurídicas que o integram, **fazendo-o, é certo, com o caráter de exclusividade que, todavia, é indispensável ao atendimento dos seus objetivos.**”

39. Nada obstante, em seu voto definitivo, o Ministro Ilmar Galvão viesse a decidir que a imposição legal das associações integrarem ao ECAD feria o direito constitucional de liberdade de associação, manteve, no entanto, a improcedência da violação ao art. 173, § 4º, como assinala o voto do Relator para o acórdão, Ministro Sepúlveda Pertence:



“Já em seu voto definitivo, porém, o Ministro Ilmar Galvão mantém a rejeição ao alegado desrespeito ao art. 173, § 4º, mas entende contrariado, em particular, o inciso XX do art. 5º da Constituição Federal, que consagra a chamada liberdade negativa de associação (...).”

40. Desta forma, o STF já decidiu que a atuação concertada do ECAD na fixação de preços e cobranças de direitos autorais não caracteriza monopólio inconstitucional, sendo que na esteira do expandido no voto condutor, **foi a impossibilidade justamente de concorrência entre as associações que importou na sua criação.**

41. Aliás, como aduziu o Ministro Sepúlveda Pertence, em apartes coligidos ao julgamento, *“a atomização das entidades de arrecadação, aí sim, geraria o neoliberalismo para os usuários, que não vão pagar.”*, reconhecendo nesse fundamento ancilar do seu voto, que a criação legal de uma gestão única, mesmo que formada por uma pluralidade de associações na sua base, persegue necessariamente na Lei n.º 9.610 de 1998 a unidade do sistema de gestão coletiva, para o fortalecimento da representação dos direitos que encerra.

42. Assim, dissentindo da posição inicialmente adotada pelo Ministério da Cultura, que foi externada e apresentada à Secretaria de Defesa Econômica - SDE nesse processo administrativo em especial, pela precedente Nota Técnica DDI 020, de 4 de junho de 2010, não se compreende, à luz do artigo 99 da Lei n.º 9.610 de 1998, que cada associação detenha repertório específico, passível de precificação particularizada, sem a necessidade de concerto prévio das demais associações na sua estipulação, quando fica claro que a obra está dividida entre vários titulares de direitos autorais, que não estão necessariamente reunidos numa mesma associação incondicionalmente.

43. Noutro flanco, não se olvida que desde a criação do ECAD a precificação foi concebida para ser decidida no âmbito da sua assembléia geral, sendo que a legislação vigente ainda colimou com a manutenção dessa entidade centralizadora a unidade do sistema de gestão coletiva, incompatível com a concorrência entre as associações, como evidenciou os motivos determinantes do acórdão do STF exarado na ADIN n.º 2054.

44. Destarte, o modelo de concorrência visado somente poderia ser possível e exequível, sem prejuízo para a remuneração horizontal e justa dos titulares de direitos autorais, se as associações obrigatoriamente representassem os repertórios musicais e não os seus titulares, o que não é

sobremodo característica do nosso sistema de gestão coletiva, conquanto admite, por força do § 1º do artigo 97 da LDA, a uma mesma pessoa, seja física ou jurídica, como no caso do organizador da obra previsto no §2º do artigo 17 da LDA, se associarem a entidades distintas, desde que o direito não seja de mesma natureza.

45. Noutro giro, se a precificação unificada fosse uma prática não admitida pela vigente Lei de Direitos Autorais no seu artigo 99, não haveria a necessidade de manutenção do ECAD por imposição legal, como uma associação de associações, porquanto, a liberdade de imposição de preços individuais por acervo e a possibilidade de negociação de acordos para licenciamento e pagamentos a ser levada a cabo diretamente por cada Associação, dispensaria a existência dessa pessoa jurídica autônoma, nos moldes pretéritos e atuais de um centro decisório das associações.

46. Fosse a atividade do ECAD meramente de operacionalização e execução da cobrança, poderia ser realizada através de um simples birô ou guichê único a ser estruturado pelas associações, dispensando a sua personificação jurídica para distingui-lo das demais associações que utilizariam o serviço dessa estrutura meramente executiva.

47. No entanto, para além de unificar os procedimentos de arrecadação, a legislação anterior, a vigente e mesmo a que foi proposta no Anteprojeto da LDA, desde a consulta pública lançada pela Casa Civil da Presidência da República em 2010, fizeram por prever a unificação dos parâmetros e critérios de distribuição dos valores arrecadados pelo ECAD. Na proposta de revisão da Lei n.º 9.610 de 1998 há, inclusive, previsão de sistemas unificados de gestão coletiva dos segmentos do audiovisual e da reprografia.

48. Nessa esteira, cumpre resgatar o texto do Anteprojeto de lei de direitos autorais - tornado público no site do Ministério da Cultura, após a sua devolução no início de janeiro deste ano pela Casa Civil -, que denota de forma explícita no §2º do seu Artigo 99-A a necessidade da imposição da unificação dos critérios de divisão dos direitos arrecadados e não apenas a uniformização de meros procedimentos na consecução dessa atividade de repartição:

Art. 99-A. As associações que reúnam titulares de direitos sobre as obras audiovisuais e o escritório central a que se refere o art. 99 deverão unificar a arrecadação dos direitos relativos à exibição e execução pública, inclusive por meio de radiodifusão ou transmissão por qualquer



modalidade, quando essa arrecadação recair sobre um mesmo usuário, seja delegando a cobrança a uma delas, seja constituindo um ente arrecadador com personalidade jurídica própria.

§ 1º Até a implantação da arrecadação unificada prevista neste artigo, a arrecadação e distribuição dos direitos sobre as obras musicais, literomusicais e fonogramas, referentes à exibição audiovisual, será feita pelo escritório central previsto no art. 99, quer se trate de obras criadas especialmente para as obras audiovisuais ou obras pré-existentes às mesmas.

§ 2º A organização da **arrecadação unificada** de que trata o caput deste artigo **deverá ser feita de comum acordo entre as associações de gestão coletiva de direitos autorais correspondentes e o escritório central, inclusive no que concerne à definição dos critérios de divisão dos valores arrecadados entre as associações e o escritório central.**

§ 3º Os autores das obras musicais criadas especialmente para as obras audiovisuais, considerados coautores da obra audiovisual nos termos do caput do art. 16, poderão confiar o exercício de seus direitos a associação de gestão coletiva de direitos musicais ou a associação de gestão coletiva de direitos sobre obras audiovisuais.

§ 4º Na ausência de acordo para a organização da arrecadação unificada de que trata este artigo, o Ministério da Cultura poderá, na forma do regulamento e a pedido de qualquer das partes, manifestar-se objetivando a aplicação do disposto neste artigo ou, a pedido das partes, atuar administrativamente na resolução do conflito.

49. Assim, a recente proposta de criação de um sistema unificado de arrecadação e distribuição dos dois segmentos da música e do audiovisual, para efeito de cobrança dos mesmos usuários de suas obras, foi pródiga em repisar, para além da necessidade da estipulação de “**comum acordo**” dos critérios da arrecadação, expressão já contida no caput do Artigo 99 da Lei vigente, a preocupação do Poder Executivo de que também deveriam ser consensuados por essa nova gestão coletiva a **definição dos critérios de divisão dos valores arrecadados** entre o ECAD e as associações de gestão coletiva da obra audiovisual.

50. O anteprojeto de lei, desde a sua versão apresentada à sociedade no ano passado, ao adotar essa redação expressa, confirma e

reconhece no seu texto a persistente necessidade de se deliberar de forma unificada inclusive **os critérios de divisão dos valores angariados**, sendo que atribuí desde logo e diretamente ao próprio ECAD a competência para defini-los, e não à pluralidade de associações que integram a sua base, nada obstante a mesma disposição assegure às futuras associações da gestão coletiva do audiovisual a representação dos interesses desse outro segmento da criação intelectual.

51. Observe-se, que a falta de remissão a um ente arrecadador exclusivo do audiovisual, ressentida no §2º do artigo 99-A, deve-se ao fato de que o sistema de cobrança desse segmento já surgiria obrigatoriamente unificado com o ECAD, mediante o estabelecimento de um terceiro ente comum, ou delegando ao próprio ECAD ou, finalmente, a uma associação audiovisual existente, a cobrança e repartição das obras musicais e audiovisuais utilizadas por um mesmo usuário, conforme as alternativas franqueadas na última parte do caput do artigo 99-A.

52. Porém, é indubitoso 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 entre os dois segmentos (música e audiovisual), ainda que no § 2º do artigo 99-A não se remeta a um ente arrecadador unificado do audiovisual.

53. E porque a unificação nos critérios de distribuição foi acolhida novamente no Artigo 99 da lei vigente, e ainda de forma mais explícita pela mencionada proposta de redação do Artigo 99-A do Anteprojeto de Lei? Obviamente em face da necessidade premente de se assegurar uma remuneração idêntica pela utilização da obra intelectual e linear entre os titulares de direitos autorais, independentemente das associações a que pertençam, seja do audiovisual ou do ECAD.

54. Tanto confirmou o próprio APL focado a existência e demanda de manutenção desse sistema de remuneração linear entre os autores da obra audiovisual, que o § 3º do Artigo 99 proposto autoriza ainda que os autores da obra musical, realizada especialmente para a obra audiovisual, confiem o exercício de seus direitos à associação de gestão coletiva de direitos musicais ou à associação de gestão coletiva de direitos sobre obras audiovisuais, porquanto resta claro que não haveria disputas entre essas associações com a unificação da gestão coletiva desses dois segmentos da criação intelectual.





55. Essa preocupação, dispensada aos critérios de divisão do montante apurado pela lei vigente no seu artigo 99, e pelo anteprojeto de 2010, no dispositivo transcrito, seria totalmente descabida, se essa atividade de distribuição representasse somente uma operacionalização contábil na repartição do que foi recebido, face o uso efetivo do repertório, cuja precificação supostamente poderia ser acertada pela própria entidade individualmente.

56. Porém, trata-se da definição da retribuição econômica efetiva (*an debeat*) das porcentagens sobre o valor total arrecadado que cabe a cada titular de direito sobre a obra autoral, estipulada segundo a natureza jurídica desses direitos. O que, não há dúvida, necessariamente deve ser decidido de comum acordo, no âmbito de uma assembléia geral, para efeito de aplicação indiscrepante a todas as associações que compõe qualquer sistema unificado de gestão coletiva.

57. Assim, houvesse a possibilidade legal de fixação e negociação de preços pelas próprias associações dos seus “acervos” de obras de modo estanque, a despeito do decidido no âmbito da assembléia geral do ECAD, seria prescindível e mesmo um contra-senso a lei interferir também nos critérios e parâmetros de divisão desses direitos, através desse mesmo órgão deliberativo centralizado, como determina o atual artigo 99 da Lei n.º 9.610/98. Afinal, não seria mais da sua alçada definir os parâmetros que cada associação quisesse adotar e utilizar na repartição do valor arrecadado com a utilização do seu acervo individualizado.

58. Desta forma, fosse a disputa de interesses entre as associações que compõe o ECAD colimada pela legislação de regência, conforme apregoado pela Nota Técnica n. 020 de 2010 desta DDI/MINC, não haveria fundamento para atrelar, por força de lei, a atividade operacional de distribuição a parâmetros e critérios prévios a serem consensuados de comum acordo por essas diversas entidades, visto que deveriam ser decididos independentemente por cada uma delas a forma e percentual que melhor lhes aproovessem para estabelecer a retribuição dos seus respectivos filiados, sendo matéria que se revelaria também incompatível com a assembléia geral do ECAD.

59. No entanto, repisa-se, inexistente dúvida de que a precedente legislação, a atual, e bem assim aquela que foi proposta, para efeito de criação da gestão coletiva comum do audiovisual e da música no Anteprojeto da Lei de Direitos Autorais, não se afastaram da necessidade de unificação da forma e, principalmente, dos critérios de distribuição dos direitos, incluindo a fixação da porcentagem que compete a cada um pela

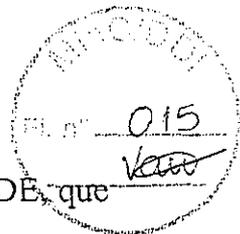
utilização da obra, confirmando a leitura sistêmica da Lei n.º 9.610, de 1998, o descabimento de franquear e estimular a disputa entre as associações.

60. Afinal, houvesse a possibilidade material (unicidade de acervo) de cada entidade definir quanto cada titular receberia, seria uma medida eficaz para propiciar apenas a competição econômica entre as associações para o efeito restrito de atração de outros filiados, principalmente quanto à espécie do seu direito. Contudo, não resultaria na construção de um modelo de concorrência com efeitos mercadológicos eficientes para o usuário da obra musical, consoante demonstra a vasta experiência internacional, narrada pelas manifestações da SDE no processo administrativo visado.

61. Na hipótese especulada, poderia, por exemplo, a associação SOCINPRO, que integra o ECAD, ao invés de praticar o atual percentual de menos de 1/6, que é destinado aos intérpretes na repartição da receita (conforme já decidido e praticado pelo sistema unificado capitaneado pela Assembléia Geral do ECAD para efeito de incrementar o número de associados), alterar essa forma e critério de distribuição para privilegiar o pagamento dessa categoria em especial, cuja distribuição representaria exato um terço (1/3) da renda obtida com a utilização do fonograma, em detrimento dos interesses dos músicos executantes, produtores fonográficos e, possivelmente, da classe autoral, que repartiriam entre si a porcentagem remanescente de 2/3.

62. Esse singelo exemplo de medida competitiva, poderia resultar no aliciamento e aumento do quadro de titulares, mas, vale ressaltar, que, nesse caso, sequer são criadores de qualquer obra autoral os intérpretes, conquanto o seu direito é acessório e vizinho ao direito autoral. De modo que a SOCINPRO nesse movimento não amealharia, a rigor, obras para o repertório por ela representado. Tem-se por reforçada, nesse sentido, a assertiva inicial e atual desta DDI/MINC de que as associações, sobretudo, não representam acervos de obras, mas direitos que são esquadrinhados e definidos quanto a sua forma de gestão em um âmbito necessariamente coletivo.

63. Assim, os intérpretes e executantes se organizariam predominantemente em uma associação, os autores e editores em outra distinta, bem assim os produtores fonográficos naquela que melhor atendesse os seus interesses, como de resto é a realidade corrente na maioria dos outros países que possuem gestão coletiva de direitos autorais,



bastando observar o próprio quadro encartado no Parecer final da SDE, que reconhece os monopólios de fato estruturados nos outros países.

64. À guisa de exemplo, acolhido pela própria SDE, verifica-se que a Sociedade Portuguesa de Autores - SPA, somente aceita a filiação e se propõe à defesa dos direitos dos autores, já a Gestão de Direitos de Artistas - GDA, limita-se a representar os interesses conexos dos intérpretes e executantes, cabendo à AUDIOGEST a representação dos direitos conexos dos produtores fonográficos.

65. Observe-se, no entanto, que mesmo em Portugal já ocorreu a concentração voluntária da cobrança de direitos conexos, de modo que a GDA e AUDIOGEST, que administram direitos desta natureza, se reuniram sob a PASSMÚSICA, para realizarem o licenciamento conjunto dos direitos dos intérpretes, executantes e produtores fonográficos.

66. Ressalta-se, que o pagamento realizado à PASSMÚSICA pelo usuário, por óbvio, não isenta o pagamento do licenciamento devido principalmente à SPA, cujos direitos representados e tarifários são distintos, obrigando os usuários ao pagamento de dois licenciamentos para a utilização da mesma obra musical.

67. O que acaba sendo racionalizado, consonante revela a 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.

68. Nessa linha, infere-se que enquanto na maioria dos outros países a organização do sistema autoral conta com a existência de associações independentes entre si, para o exercício das atividades de cobrança e distribuição, essa variabilidade não resulta em concorrência entre elas, conquanto as entidades de gestão especializam-se na representação e defesa de uma espécie de direito, de autor ou conexo, ou mesmo voltam-se para a representação de apenas uma categoria de titular de direito, não havendo que se cogitar de competição nesse quadro, quando a natureza distinta desses direitos licenciados ao usuário, sequer constituiriam mesmo objeto de mercado, numa visão eminentemente econômica, para efeito de caracterização de monopólio entre as associações, que a rigor forneceriam para o usuário licenças ("produtos") diferentes.

69. Aliás, nesse contexto esquadrinhado, estaríamos diante de um monopólio natural, assim definido por Calixto Salomão Filho, como aquele derivado de uma “situação criada naturalmente e não em função da ação dos agentes econômicos direcionados à sua constituição”.³

70. No mais, assinale-se, que nos países em que a gestão coletiva conta com várias associações para o licenciamento da obra, a tendência é o Estado admitir, indicar ou mesmo obrigar, como solução, a concentração de associações para evitar essas disputas e concorrência entre elas, independentemente da natureza do direito ou categoria de titular, objetivando a unidade do sistema de gestão coletiva, principalmente perante o usuário da obra intelectual.

71. Nesse sentido sinaliza a legislação da Colômbia, no artigo 27 da Lei n.º 44 de 1993, que prevê a possibilidade de criação de um órgão centralizado de arrecadação e distribuição de direitos autorais e conexos, nos moldes idênticos ao do ECAD, para o segmento exclusivo da música. Todavia, com prévio e forte controle do Poder Público, resvalando em franca interferência estatal, como aponta a íntegra desse dispositivo da legislação alienígena abaixo reproduzido:

Artículo 27 – Con el objeto de garantizar el debido recaudo de las remuneraciones provenientes de la ejecución pública de las obras musicales y de la comunicación al público de los fonogramas, las sociedades de **gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos**, podrán constituir una entidad recaudadora en la que tendrán asiento todas las sociedades com idêntico objeto que sean reconocidas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor. El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones de sua constitución, organización, administración y funcionamiento y ejercerá sobre Ella inspección y vigilancia.”

72. Observe-se, ainda, que a disputa entre repertórios específicos sequer existe nos EUA com eficiência, conquanto as duas principais associações de gestão coletiva, ASCAP e BMI, ostentam e representam os mesmos estilos de repertórios e natureza de direitos sobre as obras musicais, de modo que essa diversidade de acervo obriga a obtenção de duas licenças gerais, conquanto uma isolada não atende as peculiaridades e demandas de obras musicais de qualquer usuário, principalmente os grandes, como a radiodifusão e, invariavelmente, dos usuários gerais

³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Ed Malheiros, 2002.

(hotéis, bares, restaurantes, discotecas, boates, academias de ginástica, casas de eventos e etc.).

73. De modo que a escolha de um fornecedor em especial, seja por qualquer motivo e principalmente pelo preço, não importa, nos EUA, na exclusão da necessidade de contratar com os demais (associações de gestão coletiva), efeito que incorreria na construção de uma efetiva concorrência mercadológica entre os agentes desse setor.

74. Certo que essa competição somente é possível e factível quando o usuário contrata diretamente a utilização da obra com todos os seus titulares, exemplo nacional foi o caso judicial entre a MTV Brasil Ltda. x ECAD, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp n.º 681.847-RJ.4

75. No entanto, apresenta-se remota essa hipótese de autorização direta da utilização da obra musical por seu titular, principalmente para os usuários gerais, conquanto torna o procedimento de licenciamento, sem a intermediação da gestão coletiva, altamente custoso e, portanto, inexequível para a grande maioria dos interessados em obterem o licenciamento geral para as obras musicais.

76. Aliás, **o nó górdio da gestão coletiva de direitos autorais são os usuários gerais**, que nem de longe contam com um procedimento técnico e economicamente viáveis para monitorar as obras que utilizam efetivamente, obstando sobremaneira a cobrança proporcional. No entanto, representam um terço da arrecadação do ECAD, equivalente à quantia aproximada de R\$ 144.000.000,00 (cento e quarenta e quatro milhões de reais), consoante a sua receita divulgada no ano anterior.

77. Diante do exposto, fosse a unidade do sistema prescrita pelo artigo 99 da LDA vigente somente para a realização de atividades estritamente operacionais de cobrança e distribuição de direitos autorais no segmento da música, seria igualmente prescindível, **a par da definição de comum acordo dos critérios de arrecadação, aqueles de divisão do montante arrecadado** pelas associações que compõem o ECAD.

78. As duas fases inseparáveis da gestão coletiva unificada de direitos de autor e os conexos, caracterizam, deste modo, a necessidade da

⁴ "(...) uma vez apresentado um contrato de que foi executada determinada obra, caberá ao ECAD a demonstração de que, naquele valor da cobrança, estará sendo excluída a importância relativa ao que foi pago mediante contrato direto." (trecho extraído do Voto proferido pelo Exmo. Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior no julgamento do Recurso Especial n.º 681.847-RJ – STJ)

composição dos preços por todas as entidades que a congregam, **conquanto seria irracional a definição de preços autônomos por cada associação, para depois se virem obrigadas, na fase de distribuição - atendendo a critérios prévios e comuns, portanto, de aplicação linear a todas elas - repartirem o mesmo montante arrecadatório.**

II.II – INSTITUIÇÃO DE BARREIRAS PELO ESTATUTO DO ECAD À ENTRADA DE NOVAS ASSOCIAÇÕES AO SISTEMA DE GESTÃO COLETIVA DA MÚSICA – MODALIDADE DE COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO

79. Superado o questionamento acerca da possibilidade de definição conjunta dos preços e a assente a *mens legis* de que as associações integrantes do ECAD devem formar uma unidade, com a devida solução de suas disputas internas em assembléia geral, poder-se-ia supor prejudicada a representação por infração à ordem econômica, arrimada no Artigo 21, incisos IV e V da Lei nº 8.884/94, veiculada sob o fundamento do ECAD instituir barreiras estatutárias para a entrada de novas associações nos seus quadros.

80. Afinal, consolidado o entendimento de que as disputas devem ser resolvidas internamente pelas associações integrantes do ECAD, dado o sistema unificado a que pertencem, por força do Artigo 99 da LDA, resta descartada a possibilidade de concorrência entre elas perante o usuário, para estabelecimento do preço pela obra musical.

81. Todavia, a competição entre elas, para o fim específico de amealhar mais titulares de direitos autorais, é um consectário da sua própria autonomia, que não restou tolhido pelo dispositivo legal apontado.

82. De modo que, a eficiência operacional e econômica de cada uma das associações para representar os direitos de seus associados com o menor custo administrativo possível, não somente está franqueada, mas deve ser perseguida, a exemplo da UBC, que reduziu em 0,5% a sua porcentagem de participação sobre os direitos que representa.

83. Nessa linha, as resoluções do CNDA previam a redução progressiva da porcentagem⁵, para fazer frente às despesas operacionais do ECAD e das associações que o compõem. Sendo que essa concorrência, na base da pirâmide do sistema unitário de arrecadação e distribuição de direitos autorais, não representa risco para a sua validade e legitimidade como já demonstrado perante o usuário, mas emerge como medida salutar,

⁵ Resolução nº 8, de 22 de dezembro de 1976



para o aperfeiçoamento e expansão do sistema em prol dos titulares de direitos de autor e dos que lhes são conexos.

84. Ressalve-se desde já, no entanto, que a estipulação de percentual mínimo, a título de taxa de administração, a ser cobrado por qualquer associação de seus filiados, não pode e nem deve ser decidido de comum acordo em sede de assembléia geral do ECAD, porquanto potencialmente ceifaria qualquer autonomia dessas entidades de titulares de direito, visto que a imposição de uma porcentagem fixa e linear entre as associações integrantes do ECAD pode obstar a manutenção e o ingresso de outras entidades mandatárias.

85. As menores, por exemplo, poderiam não se sustentar diante de um percentual horizontal de 2% (dois por cento), que poderia se revelar insuficiente para adimplir seus custos operacionais.

86. De volta ao tema, a estipulação de barreiras de entradas de novas associações foi admitida pela teleologia da legislação pretérita e a atual, consoante já assente pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADIN n.º 2054, e para evitar justamente a atomização do sistema de gestão coletiva. Sendo que os atuais parâmetros utilizados pelo ECAD de admissão e exclusão de outras entidades, inclusive, contam com paradigmas que foram conferidos pelo CNDA através de suas Resoluções.

87.

88. No caso específico, para participar do ECAD, a regra de concessão de autorização à associação de gestão coletiva era mais rígida, conforme se depreende do artigo 12 daquela Resolução n.º 26 de 1981, que previa:

89. A previsão de parâmetros e critérios para aferir a representatividade das associações que se propõem a exercer a gestão coletiva de direitos autorais é pressuposto *sine qua non* para legitimar e validar a sua cobrança, afinal uma entidade despida de representatividade está fadada a cobrar de forma aleatória e concorrer indevidamente com a remuneração daquelas que reúnem efetivamente vários titulares e, por conseguinte, um acervo de obras relevante para o sistema de gestão coletiva.

90. Esse efeito deletério, por falta de representatividade, poderá ocorrer e tem com certeza maior repercussão no sistema de cobrança de licenciamento geral da obra musical, largamente utilizado no País e no mundo inteiro, sendo que nesse modelo econômico - acaso seja permitida a atuação de entidade sem representatividade alguma, que reúna um acervo

infimo - propicia-se, principalmente, à míngua da regulamentação e atuação do Poder Público no setor, ganhos totalmente desproporcionais e até mesmo surreais aos seus filiados, os quais obterão uma distribuição vultosa, a despeito de não ostentarem um acervo musical significante e efetivamente executado pelo usuário.

91. Nessa senda, cumpre registrar o caso emblemático da **DAICOOP** - Cooperativa de Direitos de Autor de Braga, em Portugal, mencionado no Parecer final da SDE, que inaugurou suas atividades de gestão coletiva de direitos autorais naquele País com a autorização de funcionamento da sua Inspeção-Geral de Atividades Culturais (IGAC), do Ministério da Cultura, mas que não amealhou sequer o número mínimo de 10 (dez) criadores exigidos pelo artigo 2º da Lei portuguesa n.º 83 de 2001 para a sua fundação.⁶

92. Tanto assim, que foi ANULADO administrativamente e de pleno direito o seu registro obtido inicialmente perante o Poder Público, porquanto essa associação não atendia esse pressuposto legal básico de constituição e validade para exercer a gestão coletiva de direitos autorais, que seria a representatividade de 10 (dez) titulares de direito de autor e conexos em seus quadros, segundo determina a legislação comparada.

93. Nada obstante, a DAICOOP se propusesse, inclusive, abranger as gestões coletivas de direito de autor e conexos, apresentando-se aos usuários como uma opção em substituição ao licenciamento ofertado pela SPA e a PASSMÚSICA.

94. Isso mesmo, a DAICOOP não possuía entre os seus fundadores sequer dez associados que fossem criadores de obras intelectuais, para qualificá-la como associação de gestão coletiva, no entanto almejava ser uma opção ao sistema de gestão coletiva da música existente em seu país, como noticiado à época na internet. ⁷

95. Não deve ter sido por outro motivo que ofertou, desde logo em Portugal, aos os usuários das obras, licenças gerais com deságio de até cinquenta por cento, comparado ao tarifário praticado pela histórica e

⁶ Artigo 2.º

Constituição

1 — A criação de entidades é da livre iniciativa dos titulares do direito de autor e dos direitos conexos.

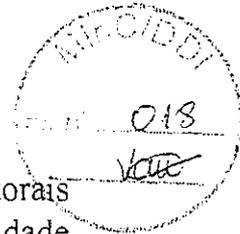
2 — As entidades são dotadas de personalidade jurídica, prosseguem fins não lucrativos e revestem a natureza de associações ou cooperativas de regime jurídico privado.

3 — **O número mínimo de associados ou cooperadores é de 10.**

⁷ <http://pitiblawg.blogspot.com/2008/10/daicoop-suspende-temporariamente.html>

<http://lexuristicanova.blogspot.com/2008/02/igac-desafiada-clarificar-guerra-de.html>

<http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/lazer/musica/bares-desconfiam-de-musica-barata>



secular SPA. Afinal, de contas eram poucos os titulares de direitos autorais e conexos que seriam remunerados com a arrecadação dessa nova entidade portuguesa.

96. Diante do arriscado precedente apresentado, verifica-se que a representatividade deve constituir elemento basilar para a entrada de novas associações de gestão coletiva nesse complexo sistema, no que prescreve a sua exigência o Anteprojeto de Lei de Direitos Autorais (já revisado e enviado à Casa Civil em outubro deste ano), no artigo 98-A, que acerca da supervisão estatal a ser exercida sobre esse setor dispõe:

Art. 98-A. O exercício da atividade de cobrança de que trata o art. 98 dependerá de registro prévio no Ministério da Cultura, conforme disposto em regulamento, cujo processo administrativo observará:

I – o cumprimento, pelos estatutos da entidade solicitante, dos requisitos estabelecidos na legislação para sua constituição;

II – a **demonstração de que a entidade solicitante reúne** as condições necessárias para assegurar uma administração eficaz e transparente dos direitos a ela confiados e **significativa representatividade de obras e titulares cadastrados**, mediante comprovação dos seguintes documentos e informações:

- a) **os cadastros das obras e titulares que representam;**
- b) contratos e convênios mantidos com usuários de obras de seus repertórios;
- c) estatutos e respectivas alterações;
- d) atas das assembleias ordinárias ou extraordinárias;
- e) acordos de representação recíproca com entidades congêneres estrangeiras, quando existentes;
- f) relatório anual de suas atividades, quando aplicável;
- g) demonstrações contábeis anuais, quando aplicável; e
- h) relatório anual de auditoria externa de suas contas, desde que demandada pela maioria de seus associados ou por sindicato ou associação profissional, nos termos do art. 100.

III – outras informações estipuladas em regulamento pelo Ministério da Cultura, como as que demonstrem o cumprimento de suas obrigações internacionais contratuais

que possam ensejar questionamento ao Estado Brasileiro no âmbito dos acordos internacionais dos quais é parte.

§1º Os documentos e informações a que se referem os Incisos II e III deste artigo deverão ser apresentados anualmente ao Ministério da Cultura.

97. Consoante dessume-se do dispositivo transcrito do APL, a significativa representatividade de titulares e também de obras cadastradas deverá ser comprovada na oportunidade da obtenção do registro junto ao Ministério da Cultura, para o exercício legítimo da atividade de cobrança de direitos autorais, cuja definição e extensão desses critérios ainda estão carentes no projeto de revisão da lei ordinária, mas que segundo a redação normativa proposta devem ser objeto de necessária e superveniente regulamentação do Poder Executivo.

98. No que se verifica a plausibilidade da instituição de parâmetros para a entrada de novas associações, como aqueles previstos pelo atual estatuto social do ECAD, que nada mais fez que ecoar aqueles estabelecidos originalmente pelo CNDA, através da Resolução abaixo reproduzida:

RESOLUÇÃO Nº 54, DE 22 DE JULHO DE 1987

Aprova o Estatuto do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD).

O Conselho Nacional de Direito Autoral, no uso de suas atribuições legais e de acordo com a decisão do Colegiado em sua 151ª Reunião Ordinária, realizada nesta data,

Resolve:

Art. 1º - Aprovar o Estatuto do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), apresentado no processo nº 40003.000053/87-40, devidamente adequando à Resolução CNDA nº 46, de 25.02.87 e que conta com o seguinte teor:

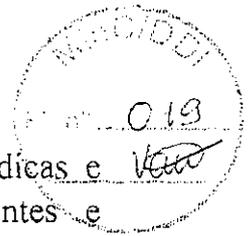
(...)

CAPÍTULO II

Requisitos para Admissão de Associações

Art.7º - Para serem admitidas como Integrantes Efetivas do ECAD, as associações deverão perfazer os seguintes requisitos:

- a) terem sido autorizadas a funcionar pelo CNDA;



- b) estarem registradas como pessoas jurídicas e inscritas no Cadastro Geral de Contribuintes e demais órgãos competentes;
- c) apresentarem a relação dos membros de sua Diretoria, dos seus associados e das obras ou fonogramas sob sua administração;
- d) comprovarem a titularidade sobre bens intelectuais em quantidade equivalente ou superior a 20% da média administrada por associações que defendem direitos de mesma natureza;
- e) manterem representações permanentes em, pelo menos, dois Estados, além de sede;
- f) terem um quadro social equivalente ou superior a 20% da média de filiados das associações de direitos da mesma natureza ;e
- g) apresentarem, enquanto administradas, uma arrecadação de, no mínimo, 10% da média do total arrecadado pelo conjunto das associações que defendam direito da mesma natureza.

§ 1º - As associações que não satisfizerem quaisquer dos requisitos relacionados da letra "d" a "g" , acima, poderão usufruir dos serviços de arrecadação e distribuição do ECAD, na condição de administradas.

§ 2º - A admissão ou manutenção de associações como Integrante Efetiva ou como administrada dependerá de decisão da Assembléia Geral, nos termos da letra "p" do art.20.

§ 3º - A associação administrada, que venha a preencher posteriormente todos os requisitos do "caput" deste artigo, poderá solicitar à Assembléia Geral sua integração como Efetiva do ECAD.

99. Destarte, verifica-se que a criação da dicotomia entre entidades efetivas e administradas foi opção do próprio CNDA. Quanto às demais cláusulas de barreiras acolhidas pelo vigente Estatuto social do ECAD, estas se diferenciam em alguns poucos aspectos daquelas previstas por essa antiga Resolução n.º 54, de 22 de julho de 1987.

100. De sorte que faltam outros subsídios técnicos a esta DDI/MINC, para concluir que as hodiernas exigências para a admissão de associados, seja na qualidade de administrados ou efetivos, incorrem nas

infrações do Artigo 21, incisos IV e V da Lei nº 8.884/948, mormente, quando se vislumbra sem sombra de dúvida a necessidade da sua imposição pelo próprio Anteprojeto de Lei, já enviado à Casa Civil, para se aferir a representatividade mínima das associações que se propõe à realização da gestão coletiva de direitos autorais.

101. Contudo, esse vazio legiferante na regulação da representatividade das associações, não será nem mesmo preenchido de pronto pela revisão e edição das alterações propostas à LDA, ainda que aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado nos termos postos pelo Ministério da Cultura o respectivo APL, conquanto demandará certamente regulamento supletivo, por meio de decreto presidencial sobre essa matéria.

102. No entanto, a lacuna realçada e objeto de discussão no processo em tramitação junto ao CADE, denota sobremaneira a necessidade urgente de atuação do Estado na gestão coletiva de direitos autorais, visto que a ausência de critérios mínimos de representatividade, fixados em diploma normativo de caráter geral e abstrato, não permite aferir, com a segurança jurídica necessária, se os critérios de admissão de associações, atualmente mantidos pelo ECAD emergem suficientes e legítimos ou são simplesmente abusivos.

103. Certo é que em relação à dicotomia entre administradas e efetivas, o Anteprojeto da LDA, enviado em 31 de outubro de 2011 pelo Ministério da Cultura à Casa Civil da Presidência da República, posicionou-se contrariamente à sua existência, conquanto assegura voz e voto (na proporção da sua representatividade) a todas as associações que compõem os sistemas unificados de gestão coletiva, seja do segmento do audiovisual, reprografia ou música (onde por óbvio está compreendido o ECAD), mas desde que essas associações obtenham o seu registro junto ao Ministério da Cultura nos moldes do Artigo 98-A, acima apontado, justamente para caracterizar o atendimento da representatividade que vier a ser estipulado em norma própria.

II.III – COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS MEDIANTE ALÍQUOTA SOBRE O FATURAMENTO

⁸ Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;



INACIDDI
020
Vao

104. Por fim, quanto ao critério de preço adotado pelo ECAD, novamente o Ministério da Cultura não reúne elementos técnicos e dados suficientes para aferir se a sua cobrança é abusiva, na forma de percentual e alíquota fixa incidente sobre a receita bruta do usuário (TV a cabo), conquanto não conta sequer os autos do procedimento administrativo do CADE com a planilha de custos dos usuários interessados para estabelecer o necessário contraditório e opinar no presente caso concreto.

105. Entretanto, entende esta área técnica que a cobrança de valores absolutos de mesmos usuários pode incorrer em graves incongruências e injustiças na remuneração dos direitos autorais e dos que lhe são conexos, conquanto, a utilização de um bem imaterial, como se caracteriza a obra musical, deve ser apurado e remunerado precipuamente na medida do aproveitamento econômico auferido pelo usuário, seja direta ou indiretamente, como prescreviam as Resoluções do CNDA já mencionadas.

106. De modo que uma empresa de radiodifusão de alcance local, por óbvio explora e, portanto, utiliza menos uma obra musical do que uma emissora que cobre o território nacional, e, portanto deverá remunerar mais a obra musical, ainda que de mesmo repertório e número de utilização.

107. Não é por outro motivo, que a cobrança realizada sobre eventos ao vivo ou de música mecânica pelo ECAD levam em consideração a bilheteria ou o tamanho do local de realização, visto que são parâmetros que se remetem à dimensão da exploração econômica pelo usuário.

108. Ao se afastar esse critério de pagamento, que respeita a proporcionalidade do aproveitamento econômico auferido pelo usuário com a exploração da obra, para se adotar em todos os casos uma tarifa de valor nominal, invariavelmente estaremos alijando a justa remuneração dos autores, no âmbito da gestão coletiva, cujos critérios de arrecadação e distribuição por natureza devem ser lineares e, na medida do possível, convergirem com o interesse ao menos da maioria dos titulares de direito de autor e dos que lhes são conexos.

III - CONCLUSÃO

109. Ante o exposto, é equivocada a premissa de que as associações de titulares de direito que compõe o ECAD possuem acervos de obras, quando apenas representam os direitos dos seus filiados incidentes sobre a criação intelectual.

f n

110. Somente a entidade central da gestão coletiva reúne condições efetivas para licenciar a utilização da obra musical, sendo competente, portanto, para a precificação e estipulação da remuneração linear dos titulares.

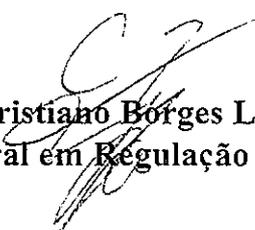
111. Noutro giro, o **sistema unificado** de gestão coletiva somente comporta concorrência entre as associações para a disputa de filiados, atividade competitiva que não vulnera a sua unidade, ao contrário, propicia o seu aperfeiçoamento e a necessária alternância na condução dos interesses coletivos.

112. Quanto à cobrança, o critério de aproveitamento econômico obtido com a utilização da obra emerge razoável e proporcional, no âmbito da gestão coletiva, dada a peculiaridade da natureza imaterial da obra intelectual, que permite o seu alcance e exploração de forma distinta da dinâmica e realidade econômica de bens tangíveis.

113. Esses são os elementos de fato e de direito que dispomos na oportunidade para o atendimento da consulta formulada pelo Ministério Público Federal com atuação perante o CADE.

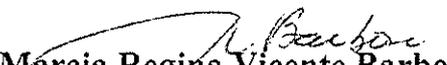
À consideração da Sra. Diretora de Direitos Intelectuais.

Brasília, 8 de dezembro de 2011.


Cristiano Borges Lopes
Coordenador-Geral em Regulação de Direitos Autorais

Aprovo a Nota Técnica n.º 038/2011. Encaminhe-se à Consultoria Jurídica as presentes informações requisitadas pelo Ministério Público Federal, instruídas com as cópias das Resoluções do CNDA e do Parecer Técnico n.º 004/99 – CDA/MINC mencionados.

Brasília, 8 de dezembro de 2011.


Marcia Regina Vicente Barbosa
Diretora de Direitos Intelectuais

Recebido em Consultoria Jurídica
Em 07/12/2011 às 19:11hs
Ass: <i>Marcia Regina Vicente Barbosa</i>