

GUILHERME COUTINHO SILVA

Gestão Coletiva e Remuneração do Autor: novas perspectivas

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. José Augusto Fontoura Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

GUILHERME COUTINHO SILVA

Gestão Coletiva e Remuneração do Autor: novas perspectivas

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Internacional e Comparado, sob a orientação do Professor Doutor José Augusto Fontoura Costa.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

AUTORIZO A REPRODUÇÃO E DIVULGAÇÃO TOTAL OU PARCIAL DESTE TRABALHO, POR QUALQUER MEIO CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.

Catálogo na publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Silva, Guilherme Coutinho.

Gestão Coletiva e Remuneração do Autor: novas perspectivas / Guilherme Coutinho Silva; orientador José Augusto Fontoura Costa -- São Paulo, 2018.

229 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Direito Internacional. 2. Direito Autoral. 3. Autor 4. Propriedade Intelectual. 5. Gestão Coletiva. I. Costa, José Augusto Fontoura , orient. II. Título.

Nome: SILVA, Guilherme Coutinho

Título: Gestão Coletiva e Remuneração do Autor: novas perspectivas

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
para a obtenção do título de Doutor em Direito Internacional e
Comparado.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

RESUMO

Silva, G. C. **Gestão Coletiva e Remuneração do Autor:** novas perspectivas. 2018. 229p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Durante o século XVIII, mesmo antes da edição da Convenção de Berna, marco legal do sistema internacional de direito autoral, foram criadas as primeiras sociedades de gestão coletiva de direitos autorais, inicialmente de obras literárias e de dramaturgia. Historicamente, a organização dos autores ocorreu mesmo antes de qualquer previsão legal e ganhou grande relevância com a criação de novas obras autorais, como os fonogramas. A contrapartida a este modelo associativo é que a vinculação entre obra e autor, com forte caráter pessoal e singular, passou a ser mitigada. A arrecadação por gestão coletiva é feita de forma global. Pelo caráter compulsório do pagamento impelido a toda a sociedade, sem a condição de uma verificação do repertório executado que deu razão ao pagamento, muitas vezes a arrecadação incide sobre obras as quais sequer deveria haver cobrança. Já a distribuição não ocorre necessariamente de forma diretamente proporcional à utilização, já que é exigido pagamento mesmo sem a identificação das obras executadas. A necessidade de haver uma discussão científica acerca do tema, diante da posição central que a remuneração pela utilização de obras autorais adquire neste cenário em transformação, é o preceito que justifica o presente trabalho.

Palavras-chave: Direito Internacional; Direito Autoral; Autor; Propriedade Intelectual; Gestão Coletiva.

ABSTRACT

Silva, G. C. (2018). **Collective Management and Author's Remuneration**: new perspectives. 2018. 229p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

During the eighteenth century, even before the Berne Convention was established, the first collective copyright management societies were created, initially for literary and dramatic works. Historically, the organization of the authors occurred even before any legal prediction and gained great relevance with the creation of new works of authorship, such as phonograms. The counterpart to this associative model is that the link between work and author, with a strong personal and singular character, began to be mitigated. Collective management is collected on a global basis. Due to the compulsory character of the payment imposed on the whole society, without the condition of a verification of the repertoire executed that gave reason for the payment, the collection falls on works which should not even be charged. The distribution does not necessarily occur in proportion to the use, since payment is required even without the identification of the works. The importance of a scientific discussion about the subject, given the central position that the remuneration for the use of authorial works acquires in this changing scenario is the precept that justifies this research.

Keywords: International Law; Copyright; Author; Intellectual property; Collective Management.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABCA	Associação Brasileira de Compositores e Autores
ABTA	Associação Brasileira de Televisão por Assinatura
Abramus	Associação Brasileira de Música e Artes
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AFMA	<i>Anstalt für musikalische Aufführungsrechte</i>
AI-5	Ato Institucional nº 5
AKKA/LAA	Agência de Consultoria sobre Direitos de Autor e Comunicação/ Associação Letã de Autores
AMAR	Associação de Músicos Arranjadores e Regentes
Ancine	Agência Nacional do Cinema
Ascap	<i>American Society of Composers, Authors and Publishers</i>
Assim	Associação de Intérpretes e Músicos
AUWCL	<i>American University Washington College of Law</i>
BMI	<i>Broadcast Music, Inc</i>
BUMA	<i>Bureau voor Muziek-Auteursrechten</i>
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CD	<i>Compact Disc</i>
Cisac	<i>Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs</i>
CNDA	Conselho Nacional de Direito Autoral
CPAGC	Comissão Permanente para o Aperfeiçoamento da Gestão Coletiva
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CUP	Convenção da União de Paris

DDEX	<i>Digital Data Exchange, LLC</i>
DDI	Departamento de Direitos Intelectuais
DMCA	<i>Digital Millennium Copyright Act</i>
DOJ	<i>Department of Justice</i>
DPRA	<i>Digital Performance Right in Sound Recordings Act</i>
ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
EEE	Espaço Econômico Europeu
FST	<i>Föreningen Svenska Tonsättare</i>
Gedai	Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação
GEMA	<i>Gesellschaft für musikalische Aufführungs und mechanische Vervielfältigungsrechte</i>
HFA	<i>Harry Fox Agency</i>
IN	Instrução Normativa
ISRC	<i>International Standard Recording Code</i>
MCN	<i>Multi-channel Network</i>
Mecolico	<i>Mechanical Copyright Licences Company Ltd</i>
MinC	Ministério da Cultura
MTG	Movimento Tradicionalista Gaúcho
MP3	<i>MPEG-1/2 Audio Layer 3</i>
MPB	Música Popular Brasileira
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
P2P	<i>Peer-to-peer</i>
PIJIP	<i>Program on Information Justice and Intellectual Property</i>
PL	Projeto de Lei

PNC	Plano Nacional de Cultura
PRS	<i>Performing Right Society</i>
RTL	<i>Radio Télévision Luxembourg</i>
SaaS	<i>Software as a Service</i>
Sabam	<i>Société d'Auteurs Belge – Belgische Auteurs Maatschappij</i>
Sabem	Associação de Autores Brasileiros e Escritores de Música
SACD	<i>Société des Auters et Compositeurs Dramatiques</i>
Sacem	<i>Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique</i>
SDDA	Serviço de Defesa do Direito Autoral
Sadembra	Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical do Brasil
SBAT	Sociedade Brasileira de Autores Teatrais
SBACEM	Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Editores de Música
Sesac	<i>Society of European Stage Authors & Composers</i>
SGAE	<i>Sociedad General de Autores y Editores</i>
Sicam	Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais
SMS	<i>Short Message Service</i>
SNIIC	Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais
Socinpro	Sociedade de Intérpretes e Produtores Fonográficos
Sombrás	Sociedade Musical Brasileira
SPA	Sociedade Portuguesa de Autores
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STIM	<i>Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå</i>

TIC	Tecnologia da Informação e da Comunicação
TJ-RJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TRIPs	<i>Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i>
UBC	União Brasileira de Compositores
UBEM	União Brasileira de Editoras de Música
UDA	Unidade de Direito Autoral
UE	União Europeia
USP	Universidade de São Paulo
VEVO	<i>Video EVolution</i>
WCT	<i>WIPO Copyright Treaty</i>
WPPT	<i>WIPO Performances and Phonograms Treaty</i>

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	15
2. A FORMAÇÃO DA GESTÃO COLETIVA.....	21
2.1 Europa.....	25
2.2 Estados Unidos.....	42
2.3 Brasil.....	49
3. DILEMAS DA GESTÃO COLETIVA	71
3.1 Liberdade de associação.....	72
3.2 Gestão por meio de terceiros.....	81
3.3 Direito da concorrência.....	91
3.3.1 Estados Unidos.....	93
3.3.2 Brasil	96
3.3.3 Europa.....	102
3.4 Arrecadação.....	114
4. DISCURSOS E PRÁTICAS NA DISTRIBUIÇÃO DE DIREITOS POR MEIO DA GESTÃO COLETIVA.....	135
4.1 Distribuição: o discurso	136
4.2 A atuação do CNDA	144
4.3 A desconstrução do CNDA e os novos tempos da Gestão Coletiva no Brasil	154
4.4 Prática e critérios de distribuição.....	161
4.5 Novos paradigmas.....	174
4.6 <i>YouTube</i> e a guinada do <i>streaming</i>	181
4.7 Tribunais brasileiros e o <i>streaming</i>	192
4.8 Identificação de obras.....	201

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	209
REFERÊNCIAS.....	221

1. INTRODUÇÃO

“Que eu me organizando posso desorganizar,
Que eu desorganizando posso me organizar”.¹

O filme *A Separação (Jodaeiye Nader az Simin)*² trata dos dramas de uma família do Irã contemporâneo e foi muito premiado, inclusive com o Oscar de 2012 para melhor filme estrangeiro. A obra apresenta uma linguagem técnica bem particular que vai além do fato de ser falado em persa, com atores e equipe iranianos. Logo nas primeiras cenas, o espectador é “colocado” dentro de uma máquina fotocopadora e conhece os personagens por meio de seus documentos. Depois, em cena que mostra uma audiência para discutir o divórcio dos protagonistas, a câmera é posicionada no lugar do juiz, o que, de certa forma, traz o público novamente para dentro do filme, no lugar do julgador.

Outro aspecto muito peculiar da obra, que pode até passar despercebido, é a ausência de trilha sonora. Apenas na última cena, quando já sobem os créditos finais, surge uma música instrumental. Assim, o filme não depende de recursos sonoros musicais para compor sua dramatização. Mas qual a relação de um filme, especialmente sem trilha sonora, com este trabalho, que pretende cuidar da gestão coletiva de direitos autorais para obras musicais?

Quando o autor desta tese foi a uma sala de cinema com amigos assistir ao filme mencionado, o ingresso destacava a cobrança de um valor percentual fixo e compulsório a ser destinado ao ECAD, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de direitos autorais relativos à música no Brasil. No jantar após o filme surgiram diversas dúvidas: para quem iria aquele dinheiro destinado ao ECAD? Será que um filme praticamente sem trilha sonora não deveria ser isento de pagamento? No mínimo, o valor não deveria ser proporcional, em percentual menor do que o destinado a outros filmes com mais músicas de fundo? Haveria algum órgão similar no Irã conveniado ao ECAD?

¹ SCIENCE, Chico. Da Lama ao Caos. Intérprete: Chico Science & Nação Zumbi. In: **Da Lama ao Caos**. Chaos, Faixa 1, Disco 2, 1994.

² JODAEIYE Nader az Simin. Roteiro: Asghar Farhadi. Irã: Imovision, 2011. DVD.

Além do monopólio sobre a arrecadação de direitos por execução pública, pode ser dito que o ECAD tem um “quase” monopólio sobre a discussão judicial de direitos autorais no Brasil, com inúmeras demandas, especialmente para cobrança de valores após a recusa dos chamados “usuários” com os critérios de cobrança. Assim, ao escrever sua dissertação de mestrado intitulada “Acesso às obras fonográficas na sociedade informacional: as relações com o Sistema Internacional de Direito Autoral”, finalizada em 2011, um ano antes do lançamento do filme citado no Brasil, o autor desta tese optou por tratar de forma breve sobre a questão da gestão coletiva, que entendia já ter sido muito discutida, até porque as controvérsias acerca do assunto são comuns no cenário internacional e o assunto parecia estar bastante consolidado. Por mais que os apontamentos sobre falta de transparência e demais aspectos polêmicos ainda não tivessem sido de fato solucionados, parecia que as críticas necessárias já estavam postas.

Ocorre que, no mesmo ano de 2011, meses após a defesa da dissertação, o autor foi chamado para fazer exposição como representante do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação (Gedai), durante diligência realizada em Florianópolis/SC da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo ECAD promovida pelo Senado Federal. Naquela oportunidade, a gerente estadual do Escritório afirmou que Santa Catarina estava entre as unidades que mais arrecadavam no Brasil, informando os valores milionários. Foi dada a oportunidade, então, de perguntar quanto era distribuído para os artistas locais e a resposta era que tais dados não estavam disponíveis (e até a presente data continua a incógnita). Ficou evidenciado que no acrônimo ECAD a letra “A” de arrecadação realmente vinha muito antes do “D” de distribuição.

Não muito tempo depois, inclusive como decorrência da CPI, houve uma grande reforma na legislação nacional sobre o assunto, além de que o crescente mercado de *streaming* passou a ter um protagonismo inédito no mercado fonográfico, o que trouxe a gestão coletiva para um espaço o qual não ocupava anteriormente: o do consumo individual de música, especialmente fora do Brasil, já que o país entrou neste processo em um momento posterior. Nestes tempos recentes, com novas problemáticas que logo passaram a ser discutidas por tribunais, academia e, principalmente, pelos autores e agentes envolvidos com a indústria cultural, foi possível perceber que algumas particularidades históricas da gestão coletiva pareciam ser ignoradas ou, ao menos, tratadas sem tanta

importância nos debates, que se atualizavam, mas muitas vezes ainda mantinham certos discursos enraizados sem questionamento.

A forma que se convencionou para atuação das organizações de gestão coletiva envolve o licenciamento de repertórios globais e a cobrança independe da identificação efetiva das obras utilizadas. Esta convenção, que soluciona alegadas dificuldades práticas para verificação de repertório, é uma herança da construção das primeiras sociedades de autores e acabou por se tornar praticamente um dogma, mesmo após a transformação social ligada às novas tecnologias da informação, que teve relação direta com o modo de se acessar música.

A consequência do formato clássico (e ainda atual) de arrecadação por parte da gestão coletiva no cenário internacional é que parte relevante da remuneração dos autores e dos demais titulares ocorre de maneira indireta, por meio do sistema de amostragem. Nestes casos, não há uma relação direta entre a efetiva execução de uma obra e a consequente distribuição dos direitos, já que ela é feita por meio de critérios estatísticos, muitas vezes obscuros, o que impossibilita a sua validação. Além dos métodos utilizados dificultarem a verificação da correção dos valores devidos aos próprios associados vinculados aos órgãos de gestão coletiva, há efeitos também sobre aqueles não associados, já que pode haver arrecadação inclusive sobre o repertório destes, o que vai aparentemente vai de encontro ao princípio da liberdade de associação, que tem respaldo no direito internacional.

Esta desvinculação entre a efetiva utilização de sua obra e os direitos patrimoniais auferidos por um autor estaria de acordo com um sistema baseado classicamente em direitos pessoais? Será que o discurso construído historicamente para justificar uma arrecadação que ocorre de forma obrigatória sobre toda a sociedade é realmente atendido pela atuação dos organismos de gestão coletiva? Em que medida o desenvolvimento de novas formas de acesso à música, muito ligadas a novas ferramentas tecnológicas, interage com este processo?

Para responder a estas perguntas, este trabalho retratará de forma aprofundada a situação brasileira, mas também trará um viés internacional, especialmente dos Estados Unidos e Europa. Para tanto, a pesquisa se baseia em documentos como: legislações nacionais de diversos países, tratados internacionais, atas e demais documentos internos das organizações de gestão coletiva, jurisprudência, literatura (especialmente jurídica,

musical e econômica) e matérias jornalísticas.³

Já durante o século XVIII, mesmo antes do estabelecimento de um sistema internacional sobre direito autoral, foram criadas as primeiras sociedades de gestão coletiva de direitos autorais, inicialmente de obras literárias e de dramaturgia. Historicamente, a organização dos autores ocorreu mesmo antes de qualquer previsão legal e ganhou grande relevância com a criação de novas obras autorais, como os fonogramas. A construção não só das sociedades de autores, mas das bases jurídicas, práticas e teóricas que fundamentam este processo, será tratada no primeiro capítulo deste trabalho.

O segundo capítulo abordará os dilemas históricos envolvidos na gestão coletiva, questões controversas sobre a atuação das sociedades de autores que, em geral, antecedem as mudanças de ocasionadas em razão da construção de uma sociedade informacional. O primeiro tópico diz respeito à possível mitigação da liberdade de associação ocasionada pelo longo alcance das organizações de gestão coletiva, que muitas vezes vai além do repertório pertencente aos seus associados. Depois são analisadas as interfaces do tema deste trabalho com o direito da concorrência, já que as sociedades de autores não costumam atuar em um regime de livre mercado. Por fim, trataremos dos aspectos teóricos e práticos, especialmente no Brasil, acerca da arrecadação, com uma análise detalhada do regulamento do ECAD sobre o assunto.

Finalmente, o terceiro capítulo tratará da distribuição dos direitos autorais, momento em que ocorre a efetiva remuneração do autor e dos demais titulares. No início será feita uma abordagem teórica sobre a fundamentação da gestão coletiva como um todo e, mais especialmente, do discurso utilizado para fundamentar esta atividade. Será verificado se os argumentos justificadores condizem: com o modo como o sistema funciona na prática e também com a construção histórica dos direitos conexos, que trouxeram novos titulares, além dos autores e editoras, para integrar os organismos de gestão coletiva.

O presente trabalho se concentrará na abordagem da gestão coletiva de obras musicais, que já é um universo particular. Para tanto, é importante entender como ocorre a execução pública, especialmente porque este conceito vem sendo historicamente,

³ Foi de grande valia para a pesquisa o período em que o autor foi *Visiting Scholar* no *Program on Information Justice and Intellectual Property* (PIJIP) da *American University Washington College of Law* (AUWCL) durante o segundo semestre de 2017, sob orientação do professor Sean Flynn.

especialmente no momento atual, expandido de forma a abarcar também utilizações individuais e/ou privadas, de forma a justificar arrecadação mesmo em situações nas quais a utilização das obras não ocorre em local de circulação pública.

O último capítulo tratará ainda da construção do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) no Brasil, órgão que regulava a gestão coletiva e tinha grande influência sobre as regras de distribuição. Na sequência, será abordado como ocorreu o fim do Conselho e o consequente início de uma nova fase no país, de destacada desregulamentação, que culminou com recentes modificações e inovações legislativas que tentaram resgatar o período histórico anterior. Posteriormente, serão abordados os aspectos práticos da distribuição e as regras do regulamento do ECAD para tanto.

Finalmente, o trabalho tratará dos novos paradigmas decorrentes das inovações tecnológicas e a consequente construção de tratados internacionais sobre os direitos autorais e, mais especificamente, fonogramas. O caso do *YouTube* será utilizado como referência para tratar dos serviços de *streaming* e da relação desta ferramenta com a gestão coletiva. Estas novas plataformas digitais já tiveram embates judiciais com o ECAD na justiça, o que construiu bases interpretativas para a aplicação da legislação sobre estas novas atividades econômicas e a discussão destes casos será tema de tópico específico. Por fim, serão analisadas as novas tecnologias para identificação de obras, que permitiriam, mesmo dentro do modelo de licenciamento global, verificar os repertórios utilizados pelos usuários de forma precisa.

A necessidade de haver uma discussão científica acerca do tema, diante da posição central que a gestão coletiva adquire neste cenário em transformação, é o preceito que justifica o presente trabalho. Há dilemas históricos que ainda não foram resolvidos e parecem ser esquecidos, na medida em que surgem constantemente novos debates. O tema escolhido tem relação com a dissertação de mestrado e outros trabalhos acadêmicos apresentados pelo autor, e a presente tese busca contribuir de forma original, ao questionar não apenas a forma de arrecadação e distribuição de direitos autorais, mas os pressupostos que as fundamentam, além de apontar em suas considerações finais soluções para que a gestão coletiva cumpra seu papel com transparência, respeite os fundamentos dos direitos autorais como um todo, remunere os autores adequadamente e de fato promova um ambiente saudável para público, usuários e artistas.

2. A FORMAÇÃO DA GESTÃO COLETIVA

A relação entre as novas ferramentas tecnológicas, o modo como elas são apropriadas pela sociedade e os direitos autorais é intrínseca. A forma como a invenção dos tipos móveis por Gutenberg influenciou a criação de instrumentos jurídicos que regulassem as cópias de obras literárias é o exemplo clássico e precursor deste movimento. Obviamente, como aponta Pierre Levy, as tecnologias são condicionantes e não determinantes neste processo:

A prensa de Gutenberg não determinou a crise da Reforma, nem o desenvolvimento da moderna ciência Europeia, tampouco o crescimento dos ideais iluministas e a força crescente da opinião pública no século XVIII – apenas condicionou-as. Contentou-se em fornecer uma parte indispensável do ambiente global no qual essas formas culturais surgiram.⁴

Na dissertação de mestrado deste autor são esmiuçadas as evoluções nos suportes para as obras fonográficas, que foram originadas a partir do invento do fonógrafo por Thomas Edison.⁵ Ocorre que a origem das sociedades de gestão coletiva está muito mais conectada com transformações culturais e econômicas do que com eventuais inovações técnicas. À época, nenhuma inovação tecnológica singular foi marcante para a construção destes novos direitos.

O crescimento econômico geral na Europa após a Revolução Industrial e o aumento da popularidade de concertos musicais foram fatores primordiais que prepararam o caminho para novas legislações relacionadas à cultura. A demanda e a oferta de óperas e concertos aumentaram quando as economias cresceram. Compositores se transformaram no que hoje chamaríamos de celebridades. À medida que o negócio de música crescia, também aumentavam os rendimentos de muitos artistas e editores. Os compositores gradualmente passaram a exigir uma parcela proporcional às crescentes receitas. A música

⁴ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999. p. 25-26.

⁵ SILVA, Guilherme Coutinho. **Acesso às Obras Fonográficas na Sociedade Informacional**. Florianópolis, 2011. (Dissertação de Mestrado). Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina.

se tornou um bem de mercado e servia como atrativo para restaurantes e cafés, além de casas de espetáculo.⁶

A partir da metade do século XVII, a criação de orquestras pela nobreza pode ser considerada como parte de “uma corrida armamentista cultural”, o que gerou muita demanda para os compositores. Quase todas essas orquestras foram dissolvidas nas revolucionárias últimas décadas do século XVIII, provavelmente em razão de um empobrecimento não apenas nominal da aristocracia, mas também relativo a outros grupos da sociedade. Isso obrigou os compositores e músicos a procurarem novas oportunidades de trabalho. No final do século XVIII, com a substituição do mercantilismo pelo liberalismo, a saída incluía um contato mais direto das obras com o público em geral, não apenas a nobreza.⁷

O compositor austríaco Wolfgang Amadeus Mozart nasceu em janeiro de 1756, começou a compor logo aos cinco anos de idade e faleceu em dezembro de 1791. Foi uma figura marcante deste período e viveu intensamente (e inclusive antecipou) as mudanças de seu tempo:

A vida de Mozart ilustra nitidamente a situação de grupos burgueses *outsiders* numa economia dominada pela aristocracia de corte, num tempo em que o equilíbrio de forças ainda era muito favorável ao *establishment* cortesão, mas não a ponto de suprimir todas as expressões de protesto, ainda que apenas na arena, politicamente menos perigosa, da cultura. Como um burguês *outsider* a serviço da corte, Mozart lutou com uma coragem espantosa para se libertar dos aristocratas, seus patronos e seus senhores. Fez isso com seus próprios recursos em prol de uma dignidade pessoal e de sua obra musical. [...]

A decisão de Mozart de largar o emprego em Salzburgo significou, na verdade, o seguinte: ao invés de ser o empregado permanente de um patrono, ele desejava ganhar a vida, daí por diante, como “artista autônomo”, vendendo seu talento como músico e suas obras no mercado livre. [...]

A decisão de Mozart de se estabelecer como artista autônomo ocorreu numa época em que a estrutura social ainda não oferecia tal lugar para músicos ilustres. Mercado de música e suas instituições correspondentes estava apenas surgindo. A organização de concertos para um público pagante, e as atividades editoriais na venda de músicas de compositores conhecidos, mediante adiantamentos, se encontravam, na melhor das hipóteses, em seus estágios mais iniciais. Especificamente, faltavam

⁶ ALBINSSON, Staffan. The Advent of Performing Rights in Europe. **Music & Politics** 6. Michigan (EUA), 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.3998/mp.9460447.0006.204>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

⁷ Ibidem.

ainda em grande parte as instituições necessárias para que o mercado ultrapassasse o nível local⁸.

A partir do florescimento de um mercado para os concertos, a música tornou-se um ativo que ia muito além da venda de partituras impressas. Os bens musicais passaram a ficarem sujeitos à lei de oferta e demanda descrita pela economia neoclássica. Outro exemplo ilustrativo é o do compositor Joseph Haydn que, depois de três décadas trabalhando exclusivamente para o Conde Anton Esterházy, a partir da morte deste, passou a ser o primeiro grande compositor *freelancer* da virada do século.⁹

Assim como a facilidade na reprodução de livros gerou dificuldades para um controle por parte de editoras e autores sobre as cópias, a expansão de um mercado musical tornou quase impossível para os próprios titulares de direitos autorais cuidar da arrecadação e do controle do uso de suas próprias obras. Isto fez com que fossem criadas associações com o fim de gerir estes direitos.

O surgimento da primeira sociedade de gestão coletiva de direitos autorais ocorreu antes da própria consolidação dos direitos autorais, quando o que havia ainda eram privilégios concedidos para publicação de obras impressas. O marco foi a criação do *Bureau de Législation Dramatique*, em 1777, na França, para as obras dramáticas. Somente em 1851 é criada a *Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique*, que inicia a gestão coletiva específica para obras musicais, mesmo antes da invenção do fonógrafo.

A gestão coletiva de direitos autorais é feita por organizações¹⁰ especializadas, não necessariamente precisam ser expressamente previstas em lei, as quais são licenciadas para atuar em nome de uma coletividade de autores e demais titulares de direitos em relação à determinadas obras (ou a um repertório por completo), de forma a autorizar a utilização por terceiros.

Pelo viés do usuário, a gestão coletiva também seria útil, pois possibilitaria acesso rápido, organizado e legalizado a grandes catálogos de obras, sem a necessidade de negociação individual. Uma consequência importante é a que José de Oliveira Ascensão

⁸ ELIAS, Norbert. **Mozart**: sociologia de um gênio. Rio de Janeiro: Zahar, 1995. p. 16-33.

⁹ ALBINSSON, Staffan. The Advent of Performing Rights in Europe. **Music & Politics** 6. Michigan (EUA), 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.3998/mp.9460447.0006.204>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁰ Neste trabalho, expressões como associações, entidades, organizações e órgãos de gestão coletiva serão utilizadas como sinônimos, a não ser quando for indicado o contrário.

define como a “desindividualização do direito de autor”.¹¹ A prerrogativa de exclusividade do autor em autorizar o uso de sua obra, assim como o caráter fortemente pessoal em que são baseados os direitos dos autores, especialmente nos países influenciados pela tradição francesa, acaba por ser mitigada, quando estes direitos são geridos sob um viés coletivo, com negociações de repertórios globais.

A gestão de forma coletiva pressupõe a perda de algum controle da obra por parte do titular e alguns dos modelos de negócios praticados ao redor do mundo podem incluir até mesmo a cessão dos direitos para essas entidades. O contraponto é a não discriminação em relação ao usuário; qualquer um pode utilizar determinado repertório, desde que faça de forma remunerada e de acordo com regras gerais.¹²

Apenas após a edição da Convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas de 1886 e, especialmente depois da criação e disseminação das obras fonográficas, com os consequentes novos contornos para os direitos autorais musicais, outros países seguiram o exemplo francês e foram criadas novas sociedades de autores musicais. As associações têm o intuito de facilitar a proteção autoral e garantir, em tese, que tanto os autores mais renomados, como aqueles sem tanto destaque, tenham uma gestão eficiente de seus direitos.

O escopo dessas organizações abrange a concessão de licenças para os usuários, a arrecadação e a distribuição dos valores devidos aos titulares de direitos. É comum a utilização de *blanket licences*, modalidade de licenciamento conforme a qual o usuário licenciado adquire “por um preço único o direito de reproduzir as músicas e canções incluídas em um amplíssimo repertório”.¹³

A gestão coletiva não seria necessariamente inerente à existência de direitos autorais, mas a história das entidades que arrecadam em nome dos autores acaba por se confundir com a própria história das grandes convenções e marcos legais sobre o assunto.

Assim, neste primeiro capítulo será analisado o aspecto histórico da gestão coletiva, desde sua origem na França até o período marcado pela Convenção de Roma que, como veremos, consolidou os direitos conexos e foi um marco especialmente para os direitos autorais das

¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 116.

¹² Ibidem, p. 290.

¹³ COSTA, José Augusto Fontoura. Direitos de Autor e Antitruste: convergências e tensões. In: **Boletim GEDAI**. Florianópolis: GEDAI, 2012.

obras fonográficas. O primeiro subtópico trata da Europa como um todo, o segundo, dos Estados Unidos (EUA), e o último, do Brasil.

2.1 Europa

Figaro, o famoso barbeiro estabelecido em Sevilha, por vezes deixava a navalha de lado e atuava como farmacêutico, dentista e até mesmo cafetão. Um verdadeiro mercantilista integrado aos hábitos de sua época. Pois o autor da comédia original “O Barbeiro de Sevilha”,¹⁴ o francês Pierre Beaumarchais, foi considerado pelo *The Guardian* como o “homem que moldou o século XVIII”.¹⁵ Assim como Figaro, seu criador extrapolou a função de dramaturgo pela qual ficou conhecido. Muitas páginas poderiam ser escritas sobre o homem que foi inventor, músico, espião de Luís XVI e apoiador da independência dos Estados Unidos, dentre diversas outras facetas.

Para este trabalho, interessa mais especificamente que Beaumarchais, preocupado com a má remuneração dos artistas no efervescente cenário teatral de Paris, reuniu outros dramaturgos para discutir o assunto, o que resultou na criação da primeira sociedade coletora de direitos autorais da história. À época, na segunda metade dos anos 1700, o *Comédie Française* (teatro criado ainda no século anterior e que existe até hoje) possuía um monopólio sobre a apresentação de peças e valorizava mais os atores do que os autores, visto que estes eram pressionados a abrir mão de seus direitos.¹⁶

Cabe apontar que os primórdios da história dos direitos autorais e, mais especificamente, da gestão coletiva destes já remontam à França do século XVI, quando foi criada uma regulamentação sobre os privilégios de impressão, que eram concedidos pelo Rei, como licenças de exploração da imprensa relativamente a determinadas obras (a maior parte delas já caídas no domínio público) e de comercialização dos livros impressos.

¹⁴ A obra, originalmente não musicada, inspirou posteriormente a clássica ópera homônima de Gioachino Rossini (1816).

¹⁵ BILLINGTON, Michael. **Beaumarchais, the Dramatist behind The Marriage of Figaro and The Barber of Seville, was more than a mere playwright** - he shaped the 18th century, 2006. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/music/2006/jan/06/classicalmusicandopera>>. Acesso em: 20 de ago. 2017.

¹⁶ ALBINSSON, Staffan. A Costly Glass of Water: The Bourget v. Morel Case in Parisian Courts 1847-1849. *Svensk Tidskrift För Musikforskning: Swedish Journal of Music Research*. Suécia, p. 59-70. 2014. Disponível em: <http://musikforskning.se/stm-sjm/sites/default/files/pdf/Albinsson_STM-SJM_2014_webb_1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Em 3 de julho de 1777, Beaumarchais e mais 20 outros autores se reuniram e criaram o *Bureau de Législation Dramatique*, que resultou na *Agence Framery*, nomeada em homenagem ao responsável por arrecadar pagamentos de direitos autorais na França. Posteriormente, a agência se tornou a *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques* (SACD), quando Beaumarchais participou de uma greve e parou de escrever por três anos. A batalha foi bem-sucedida e uma decisão do *Conseil du Roi* de 9 de dezembro de 1780 confirmou que o autor de peças teatrais deveria preservar o privilégio de publicar e vender suas obras, vedada a compra de peças por preços fixos impostos pelo teatro.¹⁷ Uma curiosidade é que o documento estabelecia até questões como o poder de escolha do autor sobre eventual necessidade de substituição dos papéis, de certa forma uma antecipação sobre o direito moral de integridade da obra. A decisão chegava ao detalhamento de prever a obrigação de garantir um número definido de convites aos autores e seus convidados.¹⁸

Em 1786, apenas três anos antes da eclosão da Revolução Francesa, houve uma decisão do Conselho do Rei pertinente às obras musicais (partituras, mais especificamente), que determinava que os editores só poderiam se beneficiar dos privilégios cedidos pelos próprios compositores. Após a proclamação universal dos direitos do homem e do cidadão, a Assembleia Constituinte de 1789 aboliu todos os privilégios. Em 1791 e 1793, surgiram as primeiras leis francesas para regular os direitos autorais, com enfoque na figura dos criadores.¹⁹

¹⁷ PIASKOWSKI, Nathalie. Collective Management in France. In: GERVAIS, Daniel. **Collective Management of Copyrights and Related Rights**. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 171.

¹⁸ LOUIS XVI. **Arrêt du Conseil d'État du Roi, qui établit un Bureau de Timbre pour la Musique**. 1786. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/pdf/f_1786_1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Em relação aos compositores de Óperas, a regulação por meio de privilégios foi muito anterior às legislações surgidas ao final do século XVIII. Em 1713 (*Règlement concernant l'Opera donné à Versailles*) e 1714 (*Règlement sur sujet de l'Opera donné à Marly*), o Rei Luís XIV (que morreu pouco depois, em 1715) determinou regras que incluíam a previsão de direitos de execução pública com detalhadas regras de remuneração e que estipulavam a obrigação de pagamento aos autores apenas até as 30 primeiras apresentações pela companhia contratante, que a partir deste limite poderia utilizar livremente a obra. Assim, mesmo para as óperas, os criadores não tinham expectativa de manter direitos a longo prazo. (ALBINSSON, Staffan. The Advent of Performing Rights in Europe. **Music & Politics** 6. Michigan (EUA), p. 2. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.3998/mp.9460447.0006.204>>. Acesso em: 20 ago. 2017).

¹⁹ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direitos de Autor e Liberdade de Informação**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 64.

É importante ressaltar que a Revolução Francesa eclodiu em 1789, ano em que ocorreram também além da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ocorreram também a Tomada da Bastilha, e a Marcha de Mulheres a Versalhes. A Primeira República Francesa foi proclamada em setembro de 1792 e o rei Luís XVI foi guilhotinado no ano seguinte após decisão da Convenção Nacional.

Não houve à época, ainda, a problematização de direitos morais sobre as obras. Enquanto a construção do modelo anglo-saxão de direitos autorais, o chamado *copyright*, não previu este tipo de tutela, que garante principalmente os direitos de paternidade (citação e preservação da autoria nas utilizações) e integridade (garantia de utilização que não distorça o conteúdo de forma que se oponha o autor), o modelo francês, fortemente influenciado pelos ideais humanistas, criou bases para uma posterior construção de um aspecto extrapatrimonial para os direitos autorais.

O *Decret rendu sur la Pétition des Auteurs dramatiques* foi aprovado pela Assembleia Nacional pós-revolucionária em 13 de janeiro de 1791 com base em relatório de Jean Le Chapelier, advogado jacobino, que usa expressões fortes para criticar a lógica dos privilégios reais: “o despotismo que mancha tudo, que lança seus olhos em todas as instituições para controlá-los, invadiu essa propriedade comunal e tornou-se um privilégio exclusivo”.²⁰ Segundo a tese do parlamentar, era preciso substituir a exclusividade garantida ao monopólio (considerando que o governo só autorizava a existência de um grande teatro)²¹ por um direito de propriedade que teria um aspecto duplo: privado na origem, com foco no autor e seus herdeiros (por cinco anos após a morte) e depois público.

O Decreto tem apenas oito artigos, sendo os três primeiros de maior relevância. O primeiro garante a qualquer cidadão o direito de ter um teatro aberto ao público em que possam ser apresentadas peças de quaisquer gêneros, desde que informe ao poder público municipal antecipadamente.

O segundo abole os privilégios anteriores e garante aos autores o direito sobre suas criações por toda a vida mais cinco anos, prazo a partir do qual as peças podem ser encenadas livremente. Este artigo tem fundamental importância, pois trouxe a característica da perpetuidade aos direitos autorais e da transmissão destes aos herdeiros logo em sua gênese.

O artigo terceiro confirma a exclusividade e traz o conceito de autorização prévia e expressa à representação pública, e inaugura este direito, sob pena de confisco em favor do

²⁰ LE CHAPELIER, Isaac-René-Guy. **Rapport fait par M. Le Chapelier au Nom du Comité de Constitution sur la Pétition des Auteurs Dramatiques, dans la séance du jeudi 13 janvier 1791, avec le décret rendu dans cette séance.** Paris: Impr. nationale, 1791. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/pdf/f_1791_1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

²¹ Neste sentido, complementa o parlamentar no mesmo texto: “a perfeição da arte depende da concorrência; que incita a emulação, desenvolve o talento, mantém idéias de glória, une o interesse pelo amor verdadeiro [...]”.

autor dos valores recebidos indevidamente. Surge aqui, formalmente, um direito que se relaciona diretamente com a gestão coletiva de direitos autorais. Logo os autores perceberiam que para exercer o direito de representação (a execução pública) de músicas a organização em entidades era necessária, já que os autores não tinham como controlar e negociar individualmente com uma rede de locais pulverizada que tinha interesse em utilizar as obras.

Dois anos e meio após a promulgação de lei específica para obras dramáticas, é aprovado na França o instrumento histórico Relatório sobre o trabalho do Congresso de Propriedade Literária e Artística/Lei de 19 de julho de 1793, que vai regular a propriedade “literária e artística” em geral, estendendo a proteção de direitos autorais para “autores de quaisquer obras escritas, compositores de música, pintores, e desenhistas, que gozarão por toda vida o direito exclusivo de vender, autorizar a venda e distribuir suas obras, assim como ceder a propriedade destas no todo ou em parte”.²²

A legislação, em seus parcos sete artigos ainda influenciados pelas regras contidas nos privilégios, estabiliza pontos fundamentais que continuam a moldar a construção jurídica sobre direitos autorais até hoje, muitos estabelecidos no próprio artigo primeiro citado acima, como: a proteção por toda a vida do autor; o direito exclusivo de autorizar prévia e expressamente a utilização de obras autorais; e o entendimento dos direitos autorais como um direito de propriedade. O documento ainda aumenta a proteção aos herdeiros para 10 anos após a morte do autor (artigo segundo).²³

Outro aspecto bastante simbólico é que, ao estender a proteção para além das

²² “*Compte rendu des travaux du congrès de la propriété littéraire et artistique/Loi du 19 juillet 1793: Art. 1er. Les auteurs d’écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la république et d’en céder la propriété en tout ou en partie*” (BUREAU DE L’ UNION INTERNATIONALE POUR LA PROTECTION DES ŒUVRES LITTÉRAIRES ET ARTISTIQUES. **Le Droit d’Auteur**. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/120_wipo_pub_120_1890_10.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017).

²³ Um exemplo curioso da influência direta do documento até a presente data é que o artigo quarto do documento estabelece que ““Todo contrafator será obrigado a pagar ao verdadeiro proprietário um valor equivalente ao preço de três mil exemplares da edição”, no original: “*Tout contrefacteur sera tenu de payer au véritable propriétaire une somme équivalente au prix de trois mille exemplaires de l’édition originale*”. A Lei de Direitos Autorais brasileira, nº 9.610 de 1998, em que pese ter sido redigida mais de dois séculos depois da lei francesa, traz uma versão do mencionado artigo: “Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos” (parágrafo único do artigo 103). Tal número serve de parâmetro para condenação por violação das mais diversas obras (muitas que sequer se imaginava há dois séculos), inclusive *software*, o que em muitos casos pode gerar grandes distorções.

modalidades de obras expressamente citadas, a expressão utilizada pela lei é “qualquer outra produção do espírito ou do gênio pertencentes às belas artes”. O próprio congressista Joseph Lakanal fecha seu relatório final sobre a lei afirmando: “É depois de uma cuidadosa deliberação que este Comitê aconselha a criação de disposições legislativas específicas que irão formar, em certo sentido, a declaração de direitos dos gênios”.²⁴ Fica assim formalizado um preceito que depois veio a ser bastante questionado, sobre a figura do gênio criador.²⁵ Além disso, a expressão “belas artes” relacionava-se com a arte erudita, mais do que com as manifestações populares, de forma a caracterizar um elitismo na proteção.

Na esteira das legislações francesas, a Grã-Bretanha aprovou o *Dramatic Literary Property Act* (1833), que previu pela primeira vez no país o direito de representação pública, o que resultou na criação da *Dramatic Authors' Society* para administração dos direitos autorais. A revisão da Lei de Direitos Autorais de 1842 expressamente estendeu os direitos para as obras musicais. Porém, a implementação desse direito não foi realizada por uma agência central em um primeiro momento. Obviamente, a dificuldade em obter informações corretas sobre quem realmente detinha os direitos era um enorme obstáculo e, portanto, representava um alto custo de transação para os promotores de concertos.²⁶

O professor da Universidade de Nottingham, Paul Torremans, afirma que o “licenciamento coletivo no Reino Unido começou no início do século XX”, com a criação da *Mechanical Copyright Licences Company Ltd* (Mecolico), o *Copyright Act* de 1911 e o surgimento em 1914 da *Performing Rights Society Ltd*. Posteriormente, em 1934, foi criada ainda a *Phonographic Performance Ltd*. com o objetivo específico de administrar os

²⁴ “C’est après une délibération réfléchie que votre Comité vous propose de consacrer des dispositions Législatives qui forment, en quelque sorte, la déclaration des droits du génie” (CONVENTION NATIONALE. **Décret de la Convention Nationale du Dix neuf Juillet 1793, l’an deuxième de la république française.** République Française, 1793. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/pdf/f_1793_1.pdf>. Acesso em: 3 set. 2017).

²⁵ O professor Steven Wilf aponta: “Looking at social movements, moreover, allows us to situate legal change in its social context. The cultural turn in intellectual property scholarship has long recognized the importance of the social construction of categories such as the romantic author or the heroic inventor. Indeed, these pervasive descriptions often have been presented like a Molière drama. Interest groups prod these idealized figures onto the stage as claims are made for expanding the scope of proprietary rights. Soon other dramatis personae might be seen gathering about” (WILF, Steven. Copyright and Social Movements in Late Nineteenth-Century America. **Faculty Articles and Papers**. n. 42, 2011. Disponível em: <http://digitalcommons.uconn.edu/law_papers/42>. Acesso em: 24 set. 2017. p. 125).

²⁶ ALBINSSON, Staffan. The Advent of Performing Rights in Europe. **Music & Politics** 6. Michigan (EUA), 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.3998/mp.9460447.0006.204>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

direitos de performance pública de gravações sonoras.²⁷ O autor não especifica, mas o ineditismo destas sociedades é verdadeiro apenas no que tange às obras gravadas.

Ocorre que, em que pese no século XVIII o Reino Unido ainda não contar com sociedades nos moldes que seriam estabelecidos no século seguinte, a cobrança por performance pública já ocorria, mesmo que de forma bastante controversa. A *The Musical Times* é uma revista acadêmica de música clássica editada e produzida no Reino Unido desde 1844 até a presente data, que apresentava especialmente partituras e posteriormente incorporou seções como: crítica, correspondências dos leitores, notícias e obituário. Era denominada como *The Musical Times and Singing Class Circular* de 1844 até 1903 e, desde janeiro de 1904, passou a utilizar o nome reduzido. O acervo da publicação ajuda a ilustrar o cenário musical da época e indicar como se dava na prática a cobrança de direitos autorais por performance pública.²⁸

Na edição de maio de 1877 do periódico foi publicado o texto anônimo *The Law of Musical Copyright* que tratava de forma pouco amistosa Harry Wall, representante da *Authors, Composers, and Artists' Copyright and Performing Right Protection Society*, encarregado de fazer a cobrança por direitos autorais de performance pública, qualificado como alguém sem escrúpulos. As práticas que mereceram tal repúdio incluem a cobrança: dos autores de concerto para que pudessem apresentar suas próprias composições; por obras que não foram de fato apresentadas; e, finalmente, aquela que foi considerada a mais grave, por uma apresentação amadora em um concerto beneficente para a família de um trabalhador ferroviário enfermo.²⁹

Ao que parece, qualquer semelhança com reclamações atuais sobre a cobrança de órgãos de gestão coletiva, 140 anos depois, não é mera coincidência. Há uma reclamação ainda acerca da assimetria de informação entre os interessados e a sociedade recolhadora. O artigo informa que a maior queixa não está na existência de um direito pela performance pública, mas na inexistência de meios para descobrir a quem esse direito pertence.

²⁷ TORREMAN, Paul L. C. Collective Management in United Kingdom (and Ireland). In: GERVAIS, Daniel. **Collective Management of Copyrights and Related Rights**. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 252.

²⁸ O acervo está disponível em: <<https://www.jstor.org/publisher/mtpl>>. As primeiras edições são livres e as posteriores exigem acesso à seção restrita da base de dados.

²⁹ MUSICAL TIMES. The Law of Musical Copyright. In: **The Musical Times and Singing Class Circular**. United Kingdom, v. 18, n. 411, May 1877, p. 214-216. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3355407>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Neste sentido, o texto afirma que Harry Wall se recusava a fornecer informações sobre a titularidade dos direitos caso não fosse dada uma contrapartida (mais precisamente *consideration*, termo jurídico contratual utilizado por países da *Common Law* sem tradução literal equivalente para o português).³⁰ Tendo em vista a lei inglesa exigir formalidades para a proteção de direitos de performance pública, caso as informações fossem acessíveis, os artistas poderiam escolher interpretar canções em que não fosse necessário o pagamento.

Afora as práticas controversas, o passado de Wall também era nebuloso: em 1860 já havia sido condenado à prisão por 18 meses por algo como obter propriedade por meio de fraude (*obtaining property by false pretenses*, conceito não mais utilizado pelo direito criminal britânico). Ironicamente, em 1888, quando alguns autores já o defendiam como alguém importante para a defesa de seus direitos, Harry Wall foi condenado a mais três meses de prisão por atuar como advogado sem qualificação para tanto.³¹

Concluindo este pequeno relato com impressões sobre os meandros da cobrança de direitos na Inglaterra do século XIX, cabe retomar o histórico sobre a formação da gestão

³⁰ Transcrição dos três parágrafos conclusivos do texto original: “So far the fault does not exist in the law itself, but we shall now see that it is capable of a simple reform which, if carried out, will remove all cause of difficulty and reason of complaint. The grievance felt by artists and amateurs is not that a right of property exists in performance, but that there are no ready means of discovering in whom that right is vested. This constitutes Mr. Harry Wall's strong point. If you ask the "Society" for information as to the performing right of a given song, the precious "secretary" declines to supply it except for a consideration. He leaves you to work in the dark, and if the property he guards be touched, swoops down for penalties. The possibility of this should not be. It is too much to suppose that every artist and amateur who sings in public can be always searching the register at Stationers' Hall for the names and addresses of those who own performance rights. No such difficulty exists in connection with the publishing right. The owner's name appears on every sheet, and those who wish to transact business with him know exactly where to go. Why not assimilate the practice in the one case to that in the other, and since two properties exist in the same thing inform the public by the same means who are the holders?

We earnestly commend this easy way out of a perplexing situation to the Copyright Commission now sitting. If it be enacted that every musical composition shall bear on its title-page not only the name and address of the holder of the copyright, as virtually is the case now, but also the name and address of the holder of the performing right, all cause for complaint will disappear, especially as it could be found that in most cases the latter would renounce his claim.

Moreover, the simple measure we advocate would make Mr. Harry Wall's game scarcely worth the candle. He flourishes upon the necessary ignorance of his victims. Acquaint all men when they are in danger of infringing the rights of his clients, and the office-boy- who for aught we know is Mr. Wall himself- will soon be seen closing for good the shutters of the Authors, Composers, and Artists' Copyright and Performing Right Protection Society” (MUSICAL TIMES. The Law of Musical Copyright. In: **The Musical Times and Singing Class Circular**. United Kingdom, v. 18, n. 411, May 1877, p. 216. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3355407>. Acesso em: 20 ago. 2017).

³¹ ALBINSSON, Staffan. The Advent of Performing Rights in Europe. **Music & Politics** 6. Michigan (EUA), 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.3998/mp.9460447.0006.204>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

coletiva. A Prússia foi o primeiro estado germânico a emitir uma lei “a fim de garantir a propriedade de trabalhos artísticos e científicos contra a reprodução não autorizada”, em 11 de junho de 1837. É interessante observar que a lei protegia o interesse público, ao excluir do seu escopo de proteção a utilização de obras protegidas em críticas, trabalhos históricos ou compilações para uso didático.³²

O documento já previa a proteção à representação pública de obras dramáticas e musicais, por toda a vida do autor e mais dez anos garantidos aos herdeiros ou sucessores legais (para as obras literárias a proteção pós-morte era maior, de 30 anos). Havia previsão de multa para representação de uma obra inédita sem autorização. A penalidade para teatros era o pagamento da receita bruta do espetáculo em favor dos autores (dois terços) e o outro terço iria para um fundo social.³³

O Parlamento da Confederação Germânica incorporou a lei da Prússia em 22 de abril de 1841, para implementação em todos os países-membros. O compositor e advogado Johann Vesque von Püttlingen fez um contraponto, ao defender que em relação à música não dramática (câmara, concerto e igreja) a performance de obras já publicadas deveria ser livre, pois a restrição poderia gerar efeitos negativos aos próprios autores, que poderiam ser mal vistos, assim como poderia obstar a própria divulgação de seus trabalhos.³⁴ Na Suécia, lei similar de 20 de julho de 1855, condiciona a representação pública de obras dramáticas à autorização prévia dos autores.

Poucos anos antes, em 1837, foi a vez dos autores literários se organizarem, com a criação da *Société des Gens de Lettres*, que reuniu escritores como Balzac e Victor Hugo. Em relação à música, um importante personagem posterior à Beaumarchais foi o compositor Ernest Bourget, que se indignou por ter que pagar mais caro para consumir bebidas em estabelecimentos com música ao vivo. A diferença no preço seria para

³² PREUBISCHEN STAATEN. *Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten*. 1837. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/pdf/d_1837a_1.pdf>. Acesso em: 10 set 2017.

³³ O texto original referente ao fundo é “*Armenkasse des Orts zu*”. A tradução do site *Copyright History* para o inglês é *local poor-box*, que são as caixas normalmente colocadas na entrada de igrejas para receberem as doações. Tal interpretação não parece fazer sentido. Em contato por e-mail com o professor Staffan Albinsson sobre o assunto, ele referiu que o termo *Armenkasse* poderia, dentro do contexto, ser entendido como um fundo comunitário para caridade, não uma mera caixa de doações. Tratar-se-ia, assim, de iniciativa inédita no mundo, em que valor relevante (um terço) de multas aplicadas por desrespeito aos direitos de performance pública seriam aplicados não só com finalidade de política pública, mas com objetivo não necessariamente relacionado às artes.

³⁴ ALBINSSON, Staffan. The Advent of Performing Rights in Europe. *Music & Politics* 6. Michigan (EUA), 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.3998/mp.9460447.0006.204>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

remunerar os artistas, mas os compositores, e Bourget era um dos principais à época, não estavam inclusos na conta.³⁵

Em Paris, graças aos esforços do precursor Beaumarchais, durante a primeira metade do século XIX, os criadores artísticos tinham direito a uma participação nas receitas das bilheterias. Ocorre que, no caso dos chamados *café-concerts*, a cobrança pela música era indireta, ao ser embutida nas comidas e bebidas.

O compositor ajuizou, então, em 1847 uma ação contra dois estabelecimentos específicos que utilizavam suas composições sem qualquer contrapartida. Bourget fez pedidos alternativos: que a execução de suas obras fosse interrompida ou os estabelecimentos pagassem dez francos por apresentação, valor baseado na tabela da SACD para apresentações em teatros. A defesa de ambos *café-concerts* admitiu a utilização das obras, mas pontuaram que não tinham controle sobre o repertório executado pelos artistas.

A Corte de Apelação de Paris, em 1847, condenou um dos estabelecimentos a indenizar o autor (em relação ao outro *café-concert*, entendeu-se que a ausência de notificação prévia pelo autor solicitando a interrupção da utilização de suas obras eximia a responsabilidade). No ano seguinte, alegando que os mesmos locais continuavam a utilizar suas obras sem pagar, Bourget ajuizou nova ação. Desta vez, ambos foram condenados.

A partir daí, em 18 de março de 1850, Ernest Bourget, Victor Parizot e Paul Henrion, auxiliados pela editora Jules Colombier, iniciaram uma sociedade de coleta mútua (*Agence Centrale pour la Perception des Droits des Auteurs et Compositeurs de Musique*), que no ano seguinte transformou-se na *Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique* (Sacem). A Sacem tem papel histórico fundamental e inicia a gestão coletiva específica para obras musicais.

O Estatuto da entidade previa que os associados estavam vedados de arrecadar direitos diretamente, sem o intermédio da sociedade. Por outro lado, expressamente evitava

³⁵ As informações sobre Bourgeot e a criação da Sacem constantes neste parágrafo e seguintes têm como referência o detalhado trabalho do historiador sueco Staffan Albinsson no artigo: ALBINSSON, Staffan. A Costly Glass of Water: The Bourget v. Morel Case in Parisian Courts 1847-1849. **Svensk Tidskrift För Musikforskning**: Swedish Journal of Music Research. Suécia, p. 59-70. 2014. Disponível em: <http://musikforskning.se/stm-sjm/sites/default/files/pdf/Albinsson_STM-SJM_2014_webb_1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

conflitos com a SACD, ao criar uma exceção para obras já administradas por esta,³⁶ de forma a prever a coexistência sem concorrência direta com a entidade precursora.

Ficava, também, estabelecida expressamente a participação dos editores, que teriam uma remuneração equiparada à dos compositores da música e autores do texto (um terço para cada), exceto nas obras teatrais, em que se pressupunha não haver editor (artigo 19). Originalmente foram 43 membros fundadores da sociedade, número que aumentou rapidamente. Em um ano a Sacem já tinha 350 membros e em 1858 a quantidade de associados era de 760.³⁷

O final da Guerra Franco-Prussiana em 10 de maio de 1871 marcou a unificação do Império Alemão. Compositores alemães e autores de obras dramáticas uniram-se logo depois, em 16 de maio, na *Deutsche Genossenschaft dramatischer Autoren und Komponisten* (Cooperativa Alemã de Autores e Compositores de Drama). Isto veio como um efeito da recente *Gesetz, Betreffend das Urheberrecht e Schriftwerken, Abbildungen, Musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken* (Lei sobre direitos de origem em literatura, figuras, composições musicais e obras de drama), aprovada pela Confederação do Norte da Alemanha em 11 de junho de 1870 e posteriormente válida em todo o Império Alemão.

³⁶ “Art. 18 - Il est interdit aux sociétaires de faire représenter, chanter ou exécuter aucune oeuvre lyrique, paroles ou musique, sur un théâtre ou dans un établissement quelconque, autrement que par l’entremise du syndicat ou de l’agent général dûment autorisé. Sont seuls exceptés de cette clause les ouvrages dramatiques (opéras, vaudevilles ou scènes comiques) représentés ou à représenter sur les théâtres, et dont la perception se fait ou se ferait plus tard spécialement par la Société des auteurs dramatiques; la présente Société des auteurs dramatiques, tels qu’ils subsistent aujourd’hui. Il est, en outre, interdit à tout membre de la Société de faire avec les théâtres, cafés chantants, concerts et établissements quelconques, aucun traité particulier” (SACEM. **Acte de Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique, Passé à Paris, devant M^e Halphen, notaire, et son collègue.** 31 jan. 1851. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/pdf/f_1851_1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017).

“Art. 18 - É proibido aos associados representar, cantar ou executar qualquer trabalho lírico, escrito ou musical, em qualquer teatro ou em qualquer outro estabelecimento similar que não seja através do sindicato ou do agente geral devidamente autorizado [sindicato e agente são instâncias/cargos da própria associação definidas no mesmo documento]. São excetuadas desta cláusula as obras dramáticas (óperas, *vaudevilles* ou cenas cômicas) representadas ou serem representadas nos teatros e cuja percepção é mantida ou mais tarde feita especialmente pela Sociedade de Autores Dramáticos; a atual Sociedade de Autores Dramáticos, tal como constituída hoje. Também é proibido a qualquer membro da Sociedade fazer qualquer negociação particular com os teatros, *cafés chantants*, concertos e estabelecimentos de qualquer tipo” (tradução nossa).

³⁷ ALBINSSON, Staffan. A Costly Glass of Water: The Bourget v. Morel Case in Parisian Courts 1847-1849. **Svensk Tidskrift För Musikkforskning**: Swedish Journal of Music Research. Suécia, p. 66. 2014. Disponível em: <http://musikforskning.se/stm-sjm/sites/default/files/pdf/Albinsson_STM-SJM_2014_webb_1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

A existência da legislação alemã não teve muitos efeitos práticos nas décadas seguintes. O número limitado de performances de ópera era mais fácil de controlar do que a grande quantidade de concertos públicos. Os custos de transação para a coleta de informações e cobrança eram altos, assim os editores geralmente exigiam que os compositores transferissem os direitos de execução para eles como parte do contrato de publicação.³⁸

Os movimentos descritos foram anteriores às duas grandes convenções internacionais sobre propriedade intelectual: a de Paris, em 1883,³⁹ e a de Berna, em 1886. A primeira trata de direito industrial e a segunda das obras literárias, artísticas e científicas. Não sem motivo, ambas foram impulsionadas por países europeus, que eram, à época, os grandes “exportadores de obras intelectuais”.⁴⁰

Assim, o crescente comércio internacional de bens e serviços artísticos foi acompanhado, pelo menos do ponto de vista francês, pela necessidade de harmonização internacional da legislação nacional e dos regulamentos internacionais transfronteiriços. A *Association Littéraire et Artistique Internationale*, fundada em Paris no ano de 1878,⁴¹ teve como objetivo criar uma convenção internacional para a proteção dos direitos dos escritores e artistas. Em 5 de setembro de 1887, dez nações (Bélgica, França, Alemanha, Haiti, Itália, Libéria, Espanha, Suíça, Tunísia e Reino Unido) ratificaram o tratado, que havia sido concluído um ano antes em Berna.

Como a iniciativa era francesa, a Convenção de Berna foi fortemente influenciada pelo direito de autor francês, com a inclusão do direito moral em detrimento da lógica anglo-saxã do *copyright*. O principal objetivo da convenção era internacionalizar a proteção e criar parâmetros recíprocos de proteção entre os signatários. Um efeito importante da Convenção de Berna foi a abertura dos escritórios da Sacem em outros

³⁸ ALBINSSON, Staffan. The Advent of Performing Rights in Europe. **Music & Politics** 6. Michigan (EUA), 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.3998/mp.9460447.0006.204>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

³⁹ A Convenção da União de Paris (CUP), de 1883, deu origem ao hoje denominado Sistema Internacional da Propriedade Industrial. Os trabalhos preparatórios dessa Convenção Internacional se iniciaram em Viena, no ano de 1873. A Convenção de Paris sofreu as seguintes revisões: Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) e Estocolmo (1967). Ela estabeleceu princípios fundamentais e parâmetros mínimos de proteção a serem regulados pelos países signatários.

⁴⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 639.

⁴¹ Nos Estados Unidos, o *Authors' Club of New York* (1882) e a *American Copyright League* (1883) foram associações inspiradas na *Association Littéraire et Artistique Internationale*.

países europeus. Eles monitoraram os interesses econômicos não só dos compositores franceses no exterior, mas também dos membros domésticos da Sacem nesses países.⁴²

Apesar da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas ter sido firmada em 1886, há mais de 130 anos, é até hoje o instrumento padrão para o Direito Autoral, tendo passado por revisões pontuais⁴³ (a mais recente foi justamente na própria França, há quase 50 anos, em 1971). À época da criação da Convenção de Berna, o fonógrafo (que utilizava cilindros de cera) já tinha sido inventado por Thomas Edison (em 1877), mas não o gramofone (com discos de goma-laca), que só foi inventado em 1888. Já a radiodifusão surgiu primeiramente nos Estados Unidos em 1920 e a atualização do suporte para os fonogramas, dos cilindros para os discos de vinil, ocorreu apenas na década de 1940.⁴⁴

Assim, a representação pública de obras musicais das quais tratava a Convenção de Berna regulava apenas daquelas feitas ao vivo, pois os fonogramas não eram previstos expressamente como obras autorais em razão de sua relativa novidade. Na verdade, o foco estava ainda na representação pública de obras dramáticas, inclusive naquelas com inserções musicais. Somente com a atualização da Convenção feita em Berlim no ano de 1908 houve a inclusão expressa da proteção à execução pública de obras musicais em geral.

A Alemanha passou a ter uma organização de gestão coletiva própria apenas em 1903, com a fundação do *Anstalt für musikalische Aufführungsrechte* (Instituto de Direitos de Interpretação de Música) ou AFMA. O Instituto foi sucedido após a Segunda Guerra Mundial pela presente *Gesellschaft für musikalische Aufführungs und mechanische Vervielfältigungsrechte* (Associação para Interpretação Musical e Direitos de Duplicação Mecânica) ou GEMA.⁴⁵

⁴² ALBINSSON, Staffan. The Advent of Performing Rights in Europe. **Music & Politics** 6. Michigan (EUA), 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.3998/mp.9460447.0006.204>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

⁴³ São elas: Paris, 1896; Berlim, 1908; Berna, 1914; Roma, 1928; Bruxelas, 1948; Estocolmo, 1967; Paris, 1971.

⁴⁴ SILVA, Guilherme Coutinho. **Acesso às Obras Fonográficas na Sociedade Informacional**. 2011. Dissertação (Mestrado). Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

⁴⁵ ALBINSSON, Staffan. The Advent of Performing Rights in Europe. **Music & Politics** 6. Michigan (EUA), 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.3998/mp.9460447.0006.204>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Na Grã-Bretanha do início do século XX, com o início da popularização do gramofone, compositores e editoras entenderam ser importante atualizar a legislação em relação à performance pública e criar uma agência para implementar as mudanças. Assim, a Lei de 1842 foi estendida e atualizada como o novo *Copyright Act* de 1911, que inclui a distribuição ou performance “mecânicas” como um direito exclusivo. Em março de 1914, mais de seis décadas depois do surgimento do modelo francês, foi criada a *Performing Right Society* (PRS).⁴⁶

Staffan Albinsson, professor sueco de história da economia, afirma que em seu país, após um movimento legislativo para restringir a proteção de direitos autorais sobre música, compositores organizaram a *Föreningen Svenska Tonsättare* (União Sueca de Compositores), ou FST, criada em 29 de novembro de 1918. No ano seguinte, a partir de pressão da FST, foi aprovada uma nova legislação sobre direitos autorais no país que garantia os direitos de execução pública. Porém, o debate foi acirrado e decidido por voto de minerva, já que parlamentares argumentavam que o interesse público não ficava resguardado no documento. A proteção dos direitos de performance pública passou a ser automática, já que antes havia a obrigação de incluir uma frase reservando os direitos na impressão das partituras. Cabe apontar que a FST teve o papel de organizar os compositores, mas não arrecadava direitos autorais.⁴⁷

Nesta época, a Sacem tinha sucursais na Holanda, Bélgica, Tchecoslováquia e Suíça. Em princípio, os compositores destes países também poderiam se tornar membros da sociedade francesa, que influenciou fortemente as agências de cobrança na Espanha e na Itália. O presidente da FST, Natanael Berg, foi enviado para uma conferência das agências de cobrança da Europa em Berlim, em 1922, para discutir questões de direitos autorais com outros compositores e ouviu fortes críticas sobre a atuação da Sacem fora da França. Acreditava-se que a sociedade francesa preteria os compositores estrangeiros em favor de seus nacionais. Berg recebeu informações substanciais sobre as práticas na Holanda e da Bélgica, que incluíam a pesquisa em jornais sobre os concertos musicais agendados. O resultado foi a criação da *Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå* (Associação e Escritório Internacional dos Compositores de Música), ou STIM em 22 de

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

março de 1923 na Suécia. Também foram firmados convênios com os órgãos equivalentes de outros países.⁴⁸

Como dito anteriormente, a Convenção de Berna buscava estabelecer um critério de reciprocidade entre os países signatários, que originalmente eram apenas dez. Para além da adoção do tratado e de questões legislativas domésticas, o modelo de gestão coletiva ainda estava em formação, o que trazia dificuldades práticas para operacionalizar a cobrança e distribuição de valores. A situação ficava ainda mais complicada quando envolvia obras de estrangeiros e a relação entre sociedades de países distintos. A partir da necessidade de que houvesse um avanço no diálogo entre os organismos de cada país, bem como o estabelecimento de parâmetros de gestão, foi iniciado um movimento de construção de uma confederação internacional que os reunisse.

Algumas disputas demonstravam como o tema era latente: houve uma ameaça de boicote a peças francesas por donos de teatros de Lisboa, após a Sociedade Portuguesa de Autores (SPA) aventar a possibilidade de representar autores franceses; a *Sociedad General de Autores y Editores* (SGAE) proibiu que a francesa SACD negociasse diretamente com seus associados. Em 1925, foi criado um comitê para discutir tais casos e, em 1926, criada a *Société Universelle du Théâtre*.⁴⁹ Tais iniciativas levaram à realização do primeiro Congresso Internacional de Sociedades de Autores em Paris, no qual 18 organizações reuniram-se e criaram a *Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs* (Cisac).

Dentre os objetivos estava centralizar uma base de dados, de maneira a dar eficiência à troca de informações entre as sociedades filiadas. Além disso, ao longo do tempo, a Cisac instrumentalizou o dever de reciprocidade com a construção de um modelo de acordo entre as sociedades a partir de 1936.

Na década de 1950, começou a se construir a figura dos direitos conexos, aqueles “vizinhos” ou próximos aos dos autores e a já consolidada popularização da música gravada, por meio dos fonogramas, assim como sua transmissão por meio das rádios, teve grande influência neste processo. Na Inglaterra, o *Copyright Act* de 1956 organizou os

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ GERVAIS, Daniel. **Collective Management of Copyrights and Related Rights**. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 4.

direitos dos autores relativamente às suas obras literárias, dramáticas, musicais e artísticas, na Parte I, e os direitos dos produtores de fonogramas, filmes e radiodifusão e às configurações tipográficas dos editores, na Parte II. Os primeiros eram os direitos dos autores sobre obras originais e os segundos, os direitos dos produtores relativamente a certos suportes das obras.⁵⁰

O grande passo para a internacionalização dos direitos autorais relativos aos fonogramas foi dado em 1961, ainda antes da criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que foi ocorrer apenas em 1967. Depois de uma conferência internacional na cidade de Roma, foi aprovada a Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, mais conhecida como “Convenção de Roma”, o primeiro grande marco jurídico internacional a tratar especificamente de fonogramas.

Foram 27 Estados signatários no total antes da entrada em vigor do documento (em 18 de maio de 1964, três meses após a data do depósito do sexto instrumento de ratificação ou adesão)⁵¹, sendo 19⁵² na data oficial da celebração (26 de outubro de 1961) e oito⁵³ ao longo do ano de 1962. Hoje em dia são 93 as partes contratantes, número que inclui a recente adoção pelo Catar, onde o instrumento entrou em vigor em setembro de 2017.

O preâmbulo da Convenção afirma: “Os Estados contratantes, animados do desejo de proteger os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, acordam no seguinte”. Foi, assim, um

⁵⁰ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direitos de Autor e Liberdade de Informação**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 68.

⁵¹ Vários dos países demoraram anos para internalizar a Convenção nos respectivos direitos pátrios, por isso o descompasso entre o número de signatários e de membros que ratificaram até 1964. A lista completa consta no site da OMPI: <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=17>.

⁵² Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Brasil, Camboja, Chile, Dinamarca, Espanha, França, Grã-Bretanha, Índia, Itália, Islândia, México, Santa Sé, Sérvia, Suécia.

⁵³ Congo, Equador, Finlândia, Irlanda, Israel, Líbano, Mônaco, Paraguai.

marco para a extensão dos direitos dos autores para outras figuras envolvidas no processo de criação e difusão de obras autorais, que incluiu empresas.⁵⁴ Neste sentido:

O termo “fonograma” é classificado como toda a fixação exclusivamente sonora dos sons de uma execução ou de outros sons, num suporte material. Observa-se que à época nem se imaginava a importância que ganharia o meio digital, já que em 1961 a música não havia sido sequer digitalizada. Assim, a existência de um fonograma estava ainda vinculada a um suporte físico determinado.

Faz parte da história dos fonogramas o papel do engenheiro de gravação, o técnico responsável por captar a música tocada e registrá-la da melhor forma. Para além do papel do engenheiro, estava a função do produtor, com um trabalho criativo maior, opinando sobre a composição das músicas e auxiliando os artistas no conceito dos álbuns. As crescentes possibilidades de gravação comentadas no primeiro capítulo (na qual destaca-se a utilização de um número cada vez maior de canais de gravação) aumentaram as atribuições do produtor musical. Os Beatles tiveram papel importante para o aumento de importância dada a estes profissionais, ao dividir o crédito de álbuns lançados já na década de 50 com George Martin, o que marcou inclusive o surgimento de um novo tipo de produtor musical popular [...]

No sentido de estender a proteção autoral a este profissional, que já podia se equiparar a um diretor de cinema, a Convenção de Roma conceituou o “produtor de fonogramas” como aquela pessoa física ou jurídica que, pela primeira vez, fixa os sons de uma execução ou outros sons. Porém, ao estender-se a figura do produtor também a uma pessoa jurídica (possivelmente uma gravadora), aumentou-se de sobremaneira o espectro de tutela. A partir daí não só a pessoa humana estaria protegida originariamente no que se trata de direito autoral. Além disso, o artigo 10 da Convenção ainda determina que “os produtores de fonogramas gozam do direito de autorizar ou proibir a reprodução direta ou indireta dos seus

⁵⁴ “Artigo 3º Para os fins da presente Convenção, entende-se por:

- a) “artistas intérpretes ou executantes”, os atores, cantores, músicos, dançarinos e outras pessoas que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem, por qualquer forma, obras literárias ou artísticas;
- b) “fonograma”, toda a fixação exclusivamente sonora dos sons de uma execução ou de outros sons, num suporte material;
- c) “produtor de fonogramas”, a pessoa física ou jurídica que, pela primeira vez, fixa os sons de uma execução ou outros sons;
- d) “publicação”, o fato de por à disposição do público exemplares de um fonograma, em quantidade suficiente;
- e) “reprodução”, a realização da cópia ou de várias cópias de uma fixação;
- f) “emissão de radiodifusão”, a difusão de sons ou de imagens e sons, por meio de ondas radioelétricas, destinadas à recepção pelo público;
- g) “retransmissão”, a emissão simultânea da emissão de um organismo de radiodifusão, efetuada por outro organismo de radiodifusão”.

fonogramas.” Assim a figura do produtor pode até se sobrepujar à do autor, visto que a vontade deste pode ser barrada por aquele.⁵⁵

O prazo de proteção é definido pelo artigo 14, em um patamar mínimo de vinte anos, menor do que o das outras convenções vigentes à época. O artigo 15 vai regular os limites à proteção, estabelecendo aos Estados a faculdade de autorizar a livre utilização das obras nos casos de: uso privado; curtos fragmentos em relatos de acontecimentos de atualidade; fixação efêmera realizada por um organismo de radiodifusão, pelos seus próprios meios e para as suas próprias emissões; utilização destinada exclusivamente ao ensino ou à investigação científica. Determina também que qualquer Estado contratante tem a faculdade de prever, na sua legislação nacional outras limitações da mesma natureza das que também são previstas na sua legislação nacional de proteção ao direito do autor sobre as obras literárias e artísticas, desde que não sejam licenças ou autorizações obrigatórias, senão na medida em que forem compatíveis com as disposições da Convenção:

Resta claro que quando se trata de proteção do direito autoral, são estabelecidos pelas Convenções padrões mínimos a serem seguidos pelos países. Porém, as regras relativas à livre utilização das obras estabelecem sempre a faculdade de serem adotadas ou não. Assim, não há limites para o estabelecimento de normas protetivas, visto que inclusive é autorizado aos países, pelo artigo 22, o estabelecimento de acordos bilaterais, desde que aumentem o grau protetivo estabelecido, nunca em contrário.⁵⁶

Assim como a Convenção de Berna, a de Roma foi (de forma resumida) reeditada pelo Acordo *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs) da Organização Mundial do Comércio (OMC), de forma que mantém sua validade até a presente data. Foi o último grande marco legal para consolidação dos órgãos de gestão coletiva antes do início do período digital, marcada pela invenção do *Compact Disc* (CD) e o avanço das técnicas de gravação e transmissão eletrônicas no início da década de 1980. Em que pese a Convenção não tratar expressamente das associações de autores, estabelece parâmetros para a arrecadação que seria feita por estes.

Compreendidas as origens da gestão coletiva na Europa, que influenciaram e foram influenciadas com a própria origem dos direitos autorais, cabe tratar de como se deu a

⁵⁵ SILVA, Guilherme Coutinho. **Acesso às Obras Fonográficas na Sociedade Informacional**. 2011. Dissertação (Mestrado). Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

⁵⁶ Ibidem.

construção dos organismos no outro lado do oceano Atlântico, tanto nos Estados Unidos como no Brasil, assunto dos próximos tópicos.

2.2 Estados Unidos

Na década de 1890, consolidou-se uma indústria musical nos Estados Unidos. A primeira música a vender milhões foi “*After the Ball*”, de Charles K. Harris, em 1893 e, certamente, não foi a última. Nas batalhas internacionais pela construção de uma maior proteção de direitos autorais, as editoras de música ainda não tinham papel relevante, até por não terem formado um *lobby* organizado. Dada a expansão e a consolidação do setor e os efeitos negativos da falta de regulamentação, a formação de uma entidade para representar seus interesses levou à formação da *Music Publishers Association* (Associação de Editores de Música) em 1895.⁵⁷

Um artigo do jornal *The New York Times* de 19 de fevereiro de 1896 aponta que na época havia nos Estados Unidos cerca de três mil teatros e óperas, que empregavam pelo menos 40 mil pessoas, mais cerca de cinco mil atores e atrizes. Existiam ainda mais de 300 trabalhos manuscritos escritos ou de propriedade dos cidadãos da União. O custo de produção dessas peças variava de dois mil a 25 mil dólares cada.⁵⁸

Assim, apenas 11 anos após a edição da Convenção de Berna, os Estados Unidos instituíram os direitos de performance pública. Em que pese a primeira legislação sobre direitos autorais (mais um direito de reprodução, na verdade) do país ser de 1790 e de terem havido tentativas legislativas neste meio tempo para introduzir a nova categoria, o êxito ocorreu apenas em 1897, mais de um século depois do estatuto precursor. Enquanto uma obra fosse apenas manuscrita e, portanto, propriedade privada, o autor manteria todos os direitos, inclusive o direito de performance pública. No entanto, a publicação faria da

⁵⁷ ROSEN, Zvi S. The Twilight of the Opera Pirates: A Prehistory of the Exclusive Right of Public Performance for Musical Compositions. *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*. v. 25, p. 48, 2006. Disponível em: <<http://cardozoaelj.com/wp-content/uploads/Journal%20Issues/Volume%2024/Issue%203/Rosen.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

⁵⁸ FOR THE PROTECTION OF PLAYS. A Large Delegation of Managers and Dramatists in Washington to Plead of their Rights. *The New York Times*. Washington, Feb. 1896. Disponível em: <<http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=9C05E0DE123EE333A2575AC1A9649C94679ED7CF>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

obra uma espécie de propriedade pública e só seriam garantidos direitos previstos expressamente pela legislação.⁵⁹

Na introdução a este capítulo foi referido que o surgimento de novas tecnologias não foi fator determinante para a construção dos direitos de performance pública. Obviamente, com o avanço dos fonogramas, tanto nos Estados Unidos como em outros locais, as inovações serviram de mote para justificar que a legislação fosse estendida de forma a abranger também a execução pública de obras fonográficas.

Em 1906, a *Appleton's Magazine* publicou o artigo mais célebre e cáustico do escritor, compositor e músico John Philip Sousa, muito famoso à época: “*The Menace of Mechanical Music*” (“A ameaça da música mecânica”, em tradução nossa) era uma espécie de manifesto contra os dispositivos mecânicos musicais que viriam para substituir a “habilidade humana, inteligência e alma”.⁶⁰ Sousa foi logo rebatido em outros textos que argumentavam justamente o contrário e demonstravam como as novas tecnologias na verdade favoreceriam tanto amadores como profissionais.

De qualquer forma, o manifesto do compositor foi marcante e é repercutido pelo professor Lawrence Lessig no livro “*Remix*”. A obra discute, em resumo, como uma cultura *read/write*, em que as pessoas eram incentivadas a tocar instrumentos e cantar para poder apreciar música em ambientes domésticos, poderia ser substituída por uma *read only*, em que as pessoas teriam uma postura mais passiva, em razão da possibilidade de apreciarem canções de forma automática, por meio de “máquinas infernais”, como eram chamadas por Sousa as inovações.⁶¹

Por mais extremista que fosse, Sousa ainda reconhecia que o bom senso impunha certos limites aos direitos autorais. Em testemunho ao congresso dos EUA em que defendia

⁵⁹ ROSEN, Zvi S. The Twilight of the Opera Pirates: A Prehistory of the Exclusive Right of Public Performance for Musical Compositions. *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*. v. 25, p. 14, 2006. Disponível em: <<http://cardozoaelj.com/wp-content/uploads/Journal%20Issues/Volume%2024/Issue%203/Rosen.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

⁶⁰ As novas tecnologias (em destaque os fonogramas e pianos que reproduziam automaticamente músicas) seriam tão perigosas que Sousa se sentiu compelido a estimular seu público a agir antes que a música fosse reduzida a um mero “sistema matemático de megafones, rodas, engrenagens, discos, cilindros e todo tipo de coisas giratórias” que faria desaparecer os músicos amadores (WARFIELD, Patrick. John Philip Sousa and “The Menace of Mechanical Music”. *Journal of the Society for American Music*, v. 3, n. 4, p. 431-463, 2009. Disponível em: <<http://proxyau.wrlc.org/login?url=https://search.proquest.com/docview/1570322?accountid=8285>>. Acesso em: 10 set. 2017).

⁶¹ LESSIG, Lawrence. *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*. Bloomsbury Academic: Londres, 2008. p. 24.

suas ideias, o compositor foi interrompido pelo deputado Frank Dunklee Currier. Depois que Sousa descreveu os “jovens juntos cantando as músicas atuais e antigas” como algo positivo, que poderia ser interrompido pelas novas tecnologias, Currier perguntou se os direitos de performance pública já existentes não vedariam tal prática, o que foi refutado por Sousa.⁶²

Em 1908, uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *White-Smith Music Publishing Company v. Apollo Company* definiu que não era devida remuneração aos compositores de músicas por parte dos fabricantes de rolos de música para pianolas. Foi entendido que não se tratavam de cópias de partituras, mas de parte da máquina que reproduzia a música.

Pois a mudança legislativa clamada por Sousa veio no ano seguinte. A revisão na lei de direitos autorais de 1909 instituiu a proteção à execução pública de obras fonográficas e incluiu também uma exceção para sua utilização sem fins lucrativos. A lei dos EUA, ao contrário de outros países, previu uma espécie de “licença compulsória” que permite a qualquer pessoa gravar uma composição musical, desde que esta já tenha sido lançada em fonograma, mediante pagamento de *royalties* fixos previstos na própria legislação. Assim, no caso das obras musicais, a necessidade de autorização prévia e expressa para reprodução fica limitada.

Uma curiosidade é que a lei de direitos autorais estabelece que não é devido pagamento pela execução pública por meio de *jukebox*, exceto quando for exigido pagamento de entrada no estabelecimento onde está o aparelho. O prazo de proteção das obras autorais era de 28 anos após a publicação, renováveis pelo mesmo período. A lei também definia multas pela performance não autorizada de obras musicais.

No entanto, o direito seria efetivamente exercido apenas com a formação da *American Society of Composers, Authors and Publishers* (Ascap) em 14 de fevereiro de 1914, por um grupo de compositores para assegurar que os criadores de música fossem justamente compensados pela performance pública de suas obras e que seus direitos fossem devidamente protegidos.⁶³ Um dos primeiros testes da nova organização ocorreu no

⁶² Ibidem, p. 32.

⁶³ ROSEN, Zvi S. The Twilight of the Opera Pirates: A Prehistory of the Exclusive Right of Public Performance for Musical Compositions. *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*. v. 25, p. 68, 2006. Disponível em: <<http://cardozoaelj.com/wp-content/uploads/Journal%20Issues/Volume%2024/Issue%203/Rosen.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

ano seguinte, justamente em defesa da obra de John Philip Sousa.

John Church, editor de Sousa, ajuizou ação contra a *Hilliard Hotel Company*, pela execução de uma composição do autor durante um jantar. Desde a edição da nova legislação, os direitos por performance pública eram devidos, desde que houvesse finalidade lucrativa. O debate centrou-se sobre este aspecto e, no primeiro grau de jurisdição, a ação foi julgada procedente. Porém, o Segundo Circuito considerou que as pessoas frequentavam a sala de jantar para “pagar o que ordenavam e não para a música”. O hotel, portanto, não teria utilizado a obra com fins lucrativos. Apenas a partir do triunfo do compositor Victor Herbert contra um restaurante da Broadway, que contava com apresentações de uma orquestra em *Herbert v. Shanley Co.* (1917), a interpretação deste tipo de caso passou a ser favorável aos autores.⁶⁴

Quando Sousa fez seu desabafo contra os avanços tecnológicos, a radiodifusão ainda não era uma realidade. O surgimento desta ocorreu apenas quando a execução pública já estava protegida legalmente. Ocorre que, em 1924, o senador Clarence Dill propôs uma legislação para isentar as rádios do pagamento previsto pela Lei de 1909. Victor Herbert e John Philip Sousa retornaram a Washington como representantes da Ascap para se oporem ao projeto de lei e tiveram êxito na primeira tentativa.

Porém, apenas dois anos depois, o debate ainda estava vivo e, em maio de 1926, a revista *Singing* publicou um artigo de W. E. Harkness, representante da *American Telegraph and Telephone Company*, em que este argumentou que a livre utilização de música protegida por direitos autorais era fundamental para a sobrevivência das rádios, especialmente porque a Ascap à época já havia obtido um monopólio sobre a música lançada recentemente, detendo 90% da música moderna dos EUA.⁶⁵

Justamente entre 1931 e 1939, a Ascap aproveitou seu monopólio e aumentou suas taxas em impressionantes 448%, o que ocasionou o surgimento da concorrente *Broadcast Music, Inc* (BMI), que ofereceu um repertório alternativo (e mais democrático, com uma gama maior de gêneros musicais) para as rádios, que rapidamente e em grande número pararam de utilizar o repertório da Ascap como uma forma de retaliação. Outra prática da

⁶⁴ WARFIELD, Patrick. John Philip Sousa and “The Menace of Mechanical Music”. **Journal of the Society for American Music**, v. 3, n. 4, p. 456, 2009. Disponível em: <<http://proxyau.wrlc.org/login?url=https://search.proquest.com/docview/1570322?accountid=8285>>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁶⁵ Ibidem.

nova associação de autores foi o fornecimento de pacotes gratuitos de músicas em domínio público aos seus assinantes.⁶⁶

Para incentivar novos compositores a unirem-se à BMI, a sociedade propôs também formas de remuneração vinculadas diretamente à utilização das músicas, ao contrário da Ascap que tinha um sistema que dividia os filiados em duas categorias e favorecia compositores famosos em detrimento daqueles menos reconhecidos. As questões relacionadas ao direito concorrencial e ao controle do Departamento de Justiça dos Estados Unidos das entidades serão tratadas no segundo capítulo deste trabalho.

Outra entidade tradicional nos Estados Unidos, em que pese historicamente ter um repertório mais limitado e, conseqüentemente, arrecadação bastante inferior à Ascap e BMI, é a Sesac (originalmente denominada como diminutivo para *Society of European Stage Authors & Composers*). Fundada no ano de 1930 pelo imigrante alemão Paul Heinecke, era um esforço para ajudar os editores europeus com a arrecadação nos EUA. Logo a entidade perdeu a conotação exclusivamente europeia e passou a contar em seu repertório com conteúdo de autores locais.⁶⁷ Cabe apontar que, em 2015, a Sesac comprou a *Harry Fox Agency* (HFA), a principal organização de direitos mecânicos dos EUA, o que aponta um maior protagonismo da sociedade, especialmente no mercado de streaming, que será objeto do terceiro capítulo deste trabalho.

Os Estados Unidos, assim como a Inglaterra e outros países de cultura anglo-saxã, tradicionalmente optaram por um caminho diverso da visão de direitos autorais centrada no autor (pelo menos no discurso) construída a partir da Revolução Francesa, narrada no tópico anterior. Esta diferença é simbolizada pela própria denominação dadas a estes direitos, já que há uma estratégica supressão da própria palavra autor na doutrina dos Estados Unidos e afins.⁶⁸ *Copyright*, na tradução literal, é um “mero” direito de cópia,

⁶⁶ LESSING, Lawrence. Laes that Choke Creativity. **TED**, mar. 2017. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/larry_lessig_says_the_law_is_strangling_creativity?utm_campaign=tedsprea&utm_medium=referral&utm_source=tedcomshare>. Acesso em: 20 ago. 2017.

⁶⁷ LUNNEY, Glynn. Copyright Collectives and Collecting Societies: The United States Experience. In: GERVAIS, Daniel. **Collective Management of Copyrights and Related Rights**. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 344.

⁶⁸ “The strategic suppression of the ‘author’ is also apparent in the terminology by which Anglo-American jurisprudence refers to literary and artistic property: ‘copyright.’ By contrast, Continental systems designate this domain as ‘authors’ rights.’ Continental law contains a number of features-including doctrines of ‘moral rights’ – that limit the alienability of literary and artistic property” (JASZI, Peter. Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of “Authorship”. **Duke Law Journal**, n. 2, p. 478, 1991).

enquanto *droit d'auteur* é direito de autor, o que centraliza a posição deste na própria nomenclatura da proteção.

Além disso, nos países de tradução Europeia continental são protegidos os direitos morais, como o de paternidade, que veda a alienação da autoria, até hoje bastante limitados nos Estados Unidos (aplicam-se apenas às artes visuais, a partir do *Visual Arts Rights Act* de 1990). Neste trabalho, em geral, a expressão “direitos autorais” é usada indiscriminadamente para os dois sistemas. As motivações para esta escolha serão esclarecidas ao longo do texto.

Mesmo o Reino Unido, berço do *copyright* com o Estatuto da Rainha Ana, adotou a Convenção de Berna desde o início, tendo estendido a proteção para suas colônias: África do Sul, Austrália, Canadá, Índia e Nova Zelândia. Os Estados Unidos só foram aderir ao tratado no final da década de 1980 e jamais assinaram a Convenção de Roma. Assim, a Convenção Universal tentou conciliar os sistemas:

A Convenção Universal sobre Direito de Autor foi aprovada em Genebra em 1952 sob administração da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) e padrões de proteção menos exigentes do que os da Convenção de Berna, que é administrada pela OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual). Seu intuito era o de “assegurar o respeito dos direitos da pessoa humana e a favorecer o desenvolvimento das letras, das ciências e das artes”, extrai-se também do preâmbulo do texto: “tal regime universal de proteção dos direitos de autor tornará mais fácil a difusão das obras do Espírito e contribuirá para a melhor compreensão internacional”. É de se destacar o intuito de respeito da pessoa humana, que vai além da figura do autor, e também o favorecimento a difusão das obras autorais. Seu caráter universal se deve ao fato de que, até então, a Convenção de Berna ainda tinha um caráter fortemente europeu. O principal mote era a integração dos Estados Unidos ao sistema internacional, já que o país relutou a adotar a Convenção de Berna, pois ao contrário desta, o seu sistema não inclui direitos morais e exigia formalidades para a proteção. Um ponto importante é a previsão destas formalidades estariam cumpridas com a inclusão da letra c dentro de uma circunferência (o símbolo ©, indicativo de copyright), assim como o nome do autor e a indicação do ano da publicação original. Outras características relevantes são que: a convenção baseia-se no princípio da equiparação, que prevê a extensão da tutela concedida aos nacionais (também) aos estrangeiros e o prazo mínimo de proteção (regra geral) é de 25 anos após a morte do autor. Assim como a Convenção de Berna, a Universal não cita expressamente os fonogramas, tratando da proteção às “obras musicais” em seu Artigo 1º. Não é o que ocorre com as obras de literatura, que possuem regras específicas relativas à tradução, previstas no Artigo 5º. É surpreendente a ausência de menção aos fonogramas, dado que na década de 1950 já era um tipo de obra disseminada e com grande importância cultural. Além disso, foram muito importantes para a evolução do direito autoral, já que

são obras em que, além dos autores, têm como parte importante também artistas intérpretes e produtores, que vieram a receber proteção jurídica, como veremos.⁶⁹

Depois de 1909, o *Copyright Act* somente voltou a ser revisado em 1976. O artigo 106 (4), que se refere ao direito de execução pública, baseia o regime de licenciamento operado pelas organizações de gestão coletiva, cujas responsabilidades incluem monitoramento de performances públicas em locais públicos, em rádio e televisão, coleta de taxas de licenciamento e pagamento de compositores. Fica previsto o direito exclusivo ao titular de direitos autorais de:

(4) no caso de obras literárias, musicais, dramáticas e coreográficas, pantomimas e filmes e outras obras audiovisuais, permitir a performance pública de obras protegidas por direitos autorais;

(5) no caso de obras literárias, musicais, dramáticas e coreográficas, pantomimas e obras pictóricas, gráficas ou esculturas, incluindo as imagens individuais de um filme ou outra obra audiovisual, para exibir publicamente o trabalho protegido por direitos autorais; e

(6) no caso de gravações de som, para executar publicamente a obra com direitos autorais por meio de uma transmissão de áudio digital.⁷⁰

Ao contrário da maioria dos países, a legislação de direitos autorais dos EUA não inclui um direito de execução pública sobre fonogramas, apenas sobre as composições musicais independentes de uma gravação. Portanto, nos Estados Unidos, os direitos são pagos apenas para os compositores e editores. Os direitos conexos de intérpretes e produtores fonográficos não é protegido. Como se denota da alínea 6 transcrita acima há uma curiosa exceção para as transmissões digitais, inserida pelo *Digital Audio Performance Right in Sound Recordings Act* de 1995. Tanto a isenção de pagamento às emissoras de radiodifusão tradicionais, como a inclusão da previsão para as transmissões

⁶⁹ SILVA, Guilherme Coutinho. **Acesso às Obras Fonográficas na Sociedade Informacional**. 2011. Dissertação (Mestrado). Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

⁷⁰ “Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

(1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;

(2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;

(3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;

(4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;

(5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and

(6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission”.

digitais é fruto de forte *lobby* de associações como a *National Association of Broadcasters*.⁷¹

Sobre o assunto, Lessig indica que constituiria uma pirataria das rádios, estas teriam “*a bit of something for nothing*”, ganhariam algo sem oferecer nada em troca.⁷² Os intérpretes nos Estados Unidos são privados de um direito reconhecido internacionalmente desde a década de 1960.

2.3 Brasil

No Brasil, a primeira Constituição, de 25 de março de 1824, protegia o inventor, mas não o autor. A primeira lei a tratar civilmente direitos de autor foi a que criou os cursos de ciências sociais e jurídicas de São Paulo e Olinda, editada em 1827, que é limitada a um assunto bem específico: os compêndios, ou resumos, redigidos em faculdades, sobre os quais os autores teriam privilégio exclusivo por dez anos.

O Código Criminal 1830 proibia no seu artigo 261 a reprodução de obras compostas ou traduzidas por cidadãos brasileiros durante a vida destes, e ainda 10 anos após a morte se deixassem herdeiros. Ou seja, considerando o escopo limitado da Lei de 1827, a regulação penal da matéria foi anterior à instauração de estatuto civil geral sobre direito autoral. O Código Penal de 1890 também tem previsões sobre o tema e inclui penalidade de multa para execução pública sem autorização.⁷³ Curiosamente, o afã protecionista acaba

⁷¹ LOREN, E. Mulraine. Fair Play Fair Pay: The Need for a Terrestrial Public Performance Right and General Copyright Reform, **3 Belmont L. Rev.** 71, n. 102, p. 76, 2016.

⁷² LESSIG, Lawrence. **Free Culture**: the nature and future of creativity. Nova Iorque: Penguin Books, 2005. p. 58-59.

⁷³ “Art. 348. Executar, ou fazer representar, em theatros ou espectaculos publicos, composição musical, tragedia, drama, comedia ou qualquer outra producção, seja qual for a sua denominação, sem consentimento, para cada vez, do dono ou autor:

Pena - de multa de 100\$ a 500\$ a favor do dono ou do autor” (grafia original).

por vedar até a reprodução de atos normativos, tradicionalmente não protegidos por direito autoral.⁷⁴

A Constituição de 1891, já na República, assegurou o direito exclusivo de reprodução de obras autorais,⁷⁵ marco que foi mantido nos textos constitucionais seguintes, à exceção da Carta de 1937. A partir da Constituição de 1967 o termo “reprodução” foi substituído por “utilização”, o que deu mais abrangência à proteção constitucional.⁷⁶

A primeira lei exclusiva de direitos autorais foi a Lei nº 496 de 1898, que garante o direito exclusivo de reprodução ou autorização para publicação, tradução, representação, execução ou de qualquer outro modo de utilização de qualquer obra literária, científica ou artística. A Lei garante estes direitos aos nacionais e aos estrangeiros residentes no Brasil, desde que mediante registro na Biblioteca Nacional.

O texto legal reconhecia o direito de execução pública, que dependia de consentimento do autor, antes mesmo da Convenção de Berna, que como dito anteriormente, só o contemplou na revisão de Berlim em 1908. Enquanto o prazo de vigência dos direitos de reprodução era de 50 anos a partir do início do ano da publicação, para a faculdade exclusiva de fazer ou autorizar traduções, representações ou execuções, o prazo era de dez anos, sendo nestas duas contado a partir da data da primeira performance.

A partir da primeira publicação de uma obra musical, era livre a sua utilização sem finalidade lucrativa; nos casos em que havia intuito comercial, era prevista não só a

⁷⁴ “Art. 342. Imprimir, ou publicar em colleções, as leis, decretos, resoluções, regulamentos, relatorios e quaesquer actos dos poderes legislativo e executivo da Nação e dos Estados:

Penas - de apprehensão e perda, para a Nação ou Estado, de todos os exemplares publicados ou postos á venda, e multa igual á importancia do seu valor.

Art. 343. São solidariamente responsaveis por esta infracção:

- a) - o dono da officina onde se fizer a impressão ou publicação;
- b) - o autor ou importador, si a publicação for feita no estrangeiro;
- c) - o vendedor” (grafia original).

⁷⁵ “Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 25 - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

§ 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

§ 27 - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica”.

⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. O Poder Legislativo e o Direito de Autor. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 101, p. 140, jan./mar. 1989.

possibilidade de apreensão da receita bruta, como o pagamento de indenização por perdas e danos em valor no mínimo correspondente a 50% da arrecadação. Não bastasse as sanções civis, a própria lei de direitos autorais previa a possibilidade de prisão pelo prazo de seis meses a um ano.⁷⁷

O capítulo VI do Código Civil de 1916 trata sobre direitos autorais em 24 artigos, vários divididos em parágrafos e incisos. O prazo de proteção é estendido de forma muito significativa e passa a vigor durante toda a vida do autor mais 60 anos, mas não há disposições significativas sobre execução pública.⁷⁸ Curiosamente, não só os direitos morais não são protegidos de forma ampla, quanto fica expressamente prevista a possibilidade de cessão da paternidade de uma obra.⁷⁹ Ao contrário da Lei de 1898, que restringia apenas a utilização de obras autorais com finalidade lucrativa, o Código Civil prevê um rol de situações que não constituem “ofensa aos direitos de autor”, no simbólico artigo 666, em modelo seguido em legislações de direitos autorais brasileiras posteriores como a atual.

O Brasil foi, de certa forma, contemporâneo à Inglaterra e sua primeira sociedade de autores, a Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (SBAT), surgiu em 1917. Foi

⁷⁷ “Art. 14. O direito de representação de uma obra litteraria é regulado conforme as disposições relativas ás obras musicaes.

Art. 15. Toda execução ou representação publica total ou parcial de uma obra musical não póde ter logar sem consentimento do autor, quer ella seja gratuita, quer tenha um fim de beneficencia ou exploração. Todavia, si ella for publicada e posta á venda, considera-se que o autor consente na sua execução em todo o logar onde não se exija retribuição alguma.

Art. 16. O direito de autor para as composições musicaes comprehende a faculdade exclusiva de fazer arranjos e variações sobre motivos da obra original. [...]

Art. 25. No caso de representação ou exhibição não autorisada de obras dramaticas ou musicaes, o autor ou concessionario poderá requerer a apprehensão das receitas brutas da representação ou exhibição e o empresario reconhecido culpado será punido com prisão cellual por seis mezes a um anno. Paragrapho unico. A importancia da indemnisação de perdas e damnos não será nesse caso inferior a 50% das receitas brutas” (grafia original).

⁷⁸ Seguem as disposições sobre o assunto: “Art. 655. O autor de composição musical, feita sobre texto poético, pode executá-la, publicá-la ou transmitir o seu direito, independente de autorização do escritor, indenizando, porém, a este que conservará direito a reprodução do texto sem a música. [...]

Art. 657. Publicada e exposta à venda uma obra teatral ou musical, entende-se anuir o autor a que se represente, ou execute, onde quer que a sua audição não for retribuída.

Art. 658. Aquele que, com autorização do compositor de uma obra musical, sobre os seus motivos escrever combinações, ou variações, tem, a respeito destas, os mesmos direitos, e com as mesmas garantias, que sobre aquela o seu autor”.

⁷⁹ “Art. 667. É suscetível de cessão o direito, que assiste ao autor, de ligar o nome a todos os seus produtos intellectuais.

§ 1º Dará lugar à indenização por perdas e danos a usurpação do nome do autor ou a sua substituição por outro, não havendo convenção que a legitime.

§ 2º O autor da usurpação, ou substituição, será, outrossim, obrigado a inserir na obra o nome do verdadeiro autor”.

formada por 22 autores, entre eles Chiquinha Gonzaga (a única mulher) e o Decreto nº 4.092/1920 a reconheceu como entidade de utilidade pública. Cabe lembrar que em 1922 ocorreu a Semana de Arte Moderna, que transformou a cultura no país.

O Decreto nº 4.790 de 1924 trata de direitos autorais de forma sucinta, em apenas nove artigos, e não traz maiores inovações legislativas, reiterando o direito de execução pública já existente. Curiosamente, há no texto legislativo de certa forma um regresso ao modelo da Lei de 1898, ao ignorar o rol de limitações ao direito autoral introduzido pelo Código de 1916 para os direitos de execução pública, visto que o artigo veda a apresentação ou representação não autorizada em teatros ou espetáculos públicos de obras apenas nos casos em que haja cobrança de ingresso, ficando irrestrita a utilização sem finalidade lucrativa ou mesmo com intuito comercial indireto.⁸⁰

Em 1928 houve a aprovação da chamada Lei Getúlio Vargas (Decreto nº 5.492/1928, do período em que o político ainda era congressista), que “regula a organização das empresas de diversões e a locação de serviços teatraes” (grafia original) e, por meio dela, transparece o intuito de proteger os trabalhadores da área da cultura, mais do que simplesmente os direitos autorais. Não é utilizada pela lei o termo “autor”, mas sim “artistas e auxiliares” das empresas teatrais, assim como “músicos”.

Cabe apontar uma curiosidade: o artigo 2º estabelece: “Nas relações dos empregados com os artistas e auxiliares das empresas, as prescrições desta lei serão supridas, na sua falta ou deficiência, pelas disposições do Código Civil, sobre locação de serviços” (grafia original). A menção à locação de serviços, há quase 90 anos, chama a atenção. Nos tempos recentes, as empresas de *streaming* (e de tecnologia da informação em geral) têm substituído o modelo outrora convencional de licenciamento com pagamento único, por mensalidades em que os serviços de armazenamento, manutenção e atualização (entre outros) ganham preponderância, no que se convencionou chamar de SaaS (*Software as a Service*). Esta mudança de paradigma será discutida no terceiro capítulo deste trabalho.

O Decreto nº 18.527, de 10 de dezembro de 1928, aprova o regulamento da organização das empresas de diversões e da locação de serviços teatrais, cinco meses após

⁸⁰ “Art. 2º Nenhuma composição musical, tragédia, drama, comédia ou qualquer outra produção, seja qual for a sua denominação, poderá ser executada ou representada em theatros ou espectáculos publicos, para os quaes se pague entrada, sem autorização, para cada vez, do seu autor, representante, ou pessoa legitimamente subrogada nos direitos daquelle” (grafia original).

a edição da Lei Getúlio Vargas.⁸¹ O capítulo V trata “da fiscalização dos direitos de autor” e regula de forma ampla a atividade empresarial dos donos de teatros e casas de espetáculo, de forma a possibilitar efetividade prática aos direitos de artistas e autores. As apresentações ficam condicionadas à aprovação de órgão governamental local, a chamada “Censura das Casas de Diversões”, que incluía a apresentação de contrato, programa da apresentação e outras informações previstas no decreto.⁸² Percebe-se que a proteção extensiva dos direitos autorais pelo estado acabou por andar de mãos dadas com a censura.

No que tange à execução pública de direitos autorais, há uma importante inovação, com a extensão da proteção às composições musicais e peças de teatro executadas, representadas ou transmitidas pela “radio-telephonia”, com intuito de lucro (que seriam

⁸¹ À época, ainda vigorava o período histórico chamado de “República Velha” e Getúlio Vargas assumiria como presidente em 1930.

⁸² “Art. 42. Para os effeitos da fiscalizaçã dos direitos autoraes (art. 29 do citado decreto legislativo n. 5.492 de 1928), o empresario apresentará para registro, á Censura das Casas de Diversões no Districto Federal, e á repartição competente, nos Estados e Territorio do Acre, o contracto celebrado com o autor para a representação da obra theatral, sem o que não será a mesma autorizada.

Paragrapho unico. No livro de registro dos contractos de autores se inscreverão os nomes do autor e do empresario, o titulo da obra, o local da representação, o valor dos direitos autoraes e a forma de pagamento, e o minimo das récitas ajustadas.

Art. 43. A realização de espectáculo, em que se representem peças theatraes de qualquer especie ou executem numeros de canto, musica, bailado, declamação ou pantomina, depende da aprovação do respectivo programma pela Censura das Casas de Diversões no Districto Federal, e repartição de funcção equivalente nos Estados e no Territorio do Acre.

§ 1º Para este fim, o empresario apresentará o programma, impresso ou dactylographado, em tres vias, acompanhado da autorização do autor ou autores dos numeros que o constituirem e da prova do registro do contracto a que se refere o artigo anterior.

§ 2º A aprovação dos programmas será feita no Districto Federal pelo censor geral dos theatros e nos Estados e Territorio do Acre pelo funcionario ou autoridade a quem competir o serviço de Censura Theatral.

§ 3º Um dos exemplares do programma aprovado será devolvido ao empresario, o outro archivado na Censura e o terceiro remetido ao 2º delegado auxiliar para os fins convenientes.

Art. 44. Do programma dos espectaculos de peças theatraes devem constar:

I - Titulo da peça; II - Nome do autor ou dos autores; III - Titulo original quando a obra fôr estrangeira; IV - Nome do traductor; V - Local, dia e hora da representação; VI - Nome do responsavel pela representação (empresario ou director da Companhia ou conjuncto artistico); VII - Numero de actos; VIII - Data e numero do registro do contracto de autor; IX - Genero; X - Nome do autor da parte musical, si se tratar de obra musicada; XI - Nomes dos artistas e auxiliares que tomarem parte no espectáculo; XII - Classificação do espectáculo, nos termos dos regulamentos policiaes vigentes;

Art. 45. O programma dos espectaculos de variedade deve conter: I - Titulos dos numeros; II - Nomes dos autores; III - Nomes dos artistas e auxiliares que tomarem parte no espectáculo; IV - Titulos originaes dos numero estrangeiros; V - Nomes dos traductores; VI - Local, dia e hora do espectáculo; VII - Nome do responsavel (N. VI do artigo anterior).

Art. 46. Ficam obrigados á apresentação de programmas os proprietarios, emprezarios, directores ou quaesquer outros responsaveis pelas representações, exhibições ou irradiações que se realizarem em theatros, cinematographos, dancings cabarets, sociedades radio-telephonicas ou outros quaesquer estabelecimentos de diversões publicas” (grafia original).

aquelas em que os músicos sejam remunerados), em reuniões públicas.⁸³ O Decreto ainda trata das sociedades constituídas para a defesa dos direitos autorais, tanto nacionais como estrangeiras, consideradas mandatárias de seus associados adiante simples filiação, salvo disposição em contrário.⁸⁴ Para as sociedades estrangeiras são exigidas formalidades específicas, que incluem o registro dos nomeados autores estrangeiros representados perante o órgão de Censura do Distrito Federal.⁸⁵

Em que pese ser uma sociedade com foco no teatro, a partir de 1930 a SBAT aproveitou o novo marco legal para arrecadar pela execução pública de música. Em 1933, aumentou-se em mais de cinco vezes o valor mensal pago pelas empresas de rádio que, lideradas por Roquete Pinto, chegaram a interromper a transmissão em protesto, até que houvesse um acordo entre as partes para um meio-termo.⁸⁶

A partir de 1937, deflagrou-se nova revolta contra a SBAT, desta vez dos compositores musicais, que se sentiam desfavorecidos em relação aos autores teatrais e

⁸³ “Art. 47. As disposições do art. 2º e seguintes do decreto legislativo n. 4.790, de 2 de janeiro de 1924, applicam-se a todas as composições musicaes e peças de theatro, executadas, representadas ou transmittidas pela radio-telephonia, com intuito de lucro, em reuniões publicas.

Paragrapho unico. Consideram-se realizadas com intuito de lucro quaesquer audições musicaes, representações artisticas ou diffusões radio-telephonicas em que os musicos, executantes ou transmittentes tenham retribuição pelo trabalho” (grafia original).

⁸⁴ “Art. 53. As sociedades nacionais ou estrangeiras, legalmente constituídas para a defesa dos direitos autorais, reputar-se-hão mandatárias de seus associados, para todos os fins de direito, pelo simples acto de filiação às mesmas, salvo clausula expressa em contrario” (grafia original).

⁸⁵ “Art. 54. Os representantes legais das sociedades estrangeiras constituídas para a defesa de direitos autorais devem requerer à Censura do Districto Federal, ou repartição de função equivalente dos Estados e no Territorio do Acre, o registro dos nomes dos autores estrangeiros que representarem e dos titulos das respectivas obras.

§ 1º Esse requerimento deve ser acompanhado da procuração e demais provas de qualidade e habilitação do representante, regularmente traduzidas para o vernaculo e que ficarão archivadas na repartição.

§ 2º O registro deve conter o nome do representante, o titulo da sociedade representada, os nomes dos autores filiados à mesma e os titulos, generos e numeros de actos das obras de cada um desses autores.

§ 3º Feito o registro, em livro competente, será fornecido ao interessado um certificado de todos os seus termos.

§ 4º Sem a apresentação das provas e cumprimento da exigencias consignadas neste artigo, necessarias à fiscalização dos direitos autorais nos termos do art. 29 do mencionado decreto legislativo n. 5.492, não será aceita autorização para a representação de peça theatral ou execução de numero de canto, musica, bailado, declamação ou pantomima originaes de autor estrangeiro.

§ 5º Quando se tratar de obra de autor estrangeiro, o contracto a que se refere o art. 42 será feito com o representante legal da sociedade a que o autor estiver filiado ou pessoa em seus direitos directamente subrogada, si o mesmo não pertencer a nenhuma associação.

§ 6º O representante de sociedade estrangeira não poderá requerer nenhuma providencia judiciaria ou policial para defesa de direitos de autor, sem a exhibição do certificado a que se refere o § 3º” (grafia original).

⁸⁶ CABRAL, Sérgio. **Ataulfo Alves**: vida e obra. São Paulo: Editora Lazuli, 2016.

apontavam irregularidades. Assim, em 1938, foi fundada a Associação Brasileira de Compositores e Autores (ABCA), dedicada apenas à música, mas não sem reação contrária da SBAT, que ofereceu adiantamentos a compositores para atraí-los à sociedade, além de boicotar a regularização da nova associação.⁸⁷ Os editores foram figura importante e fundadores da nova associação: “Embora a sigla não os mencionasse, o estatuto aceitava os editores como sócios, fato que a princípio foi impugnado pela Censura Teatral, repartição então incumbida de fiscalizar os direitos de autor”.⁸⁸

Com o passar do tempo houve uma aproximação e em 1941, as entidades firmaram um convênio para que a ABCA fosse a única a arrecadar no carnaval, precursor de outros equivalentes. Com a aproximação, foi criada por participantes de ambas as entidades a União Brasileira de Compositores (UBC), em 1942, cujo presidente era Ary Barroso (que permaneceu até 14 de maio de 1943), que foi o primeiro passo para o início de uma cobrança conjunta pelas sociedades. Em 1945, os valores arrecadados a título de direitos dos compositores já eram o dobro daqueles dos autores teatrais, e foi assinado um acordo que extinguiu a ABCA e dividiu compartimentou a cobrança: a UBC ficou encarregada pelas obras musicais e a SBAT, pelas dramáticas.⁸⁹

Não tardou para que a UBC contasse com a filiação oficial não só de compositores, mas também de empresas titulares de direitos autorais, especialmente das editoras musicais, encarregadas pela distribuição das obras. A partir de 1946 foi formalizada a categoria de sócios editores, em que pese editoras como a Magione e Vitale já fazerem parte da UBC desde a fundação. No mesmo ano é criada a dissidente Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Editores (posteriormente Escritores) de Música (SBACEM).

Peer-to-peer (ponto a ponto, popularizado pela sigla P2P) foi a arquitetura utilizada pelo Napster (plataforma lançada em 1999), em que todos os usuários da rede são clientes e servidores, para o compartilhamento de arquivos, especialmente para o formato MPEG-1/2 *Audio Layer 3* (MP3), sem a necessidade de um servidor central que armazenasse

⁸⁷ VALENTE, Mariana Giorgetti. A História do Sistema Brasileiro de Gestão Coletiva. In: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti. **Da rádio ao streaming**: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 29.

⁸⁸ ALMENDRA, Vanisa Santiago Gayoso e. **Estudos Técnicos sobre a Gestão Coletiva de Direitos Autorais**. Brasília: Unesco, 2014. p. 14.

⁸⁹ VALENTE, Mariana Giorgetti. A História do Sistema Brasileiro de Gestão Coletiva. In: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti. **Da rádio ao streaming**: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 29.

conteúdo. A popularização deste tipo de tecnologia subverteu a forma como a indústria controlava a distribuição de música. Coincidentemente, mais de 50 anos antes, Peer foi um nome fundamental na história da gestão coletiva:

Ralph Peer, um engenheiro de som e produtor fonográfico que, nos anos 1930, recém-saído da RCA Victor, expandia sua Peer International Corporation na Inglaterra, África do Sul, América Latina e Canadá, com a prática de adquirir contratualmente direitos autorais sobre grandes repertórios, para exploração comercial internacional. Peer era também acionista majoritário na American Performing Rights Association, uma empresa que detinha direitos sobre grandes repertórios na América Latina. Peer foi um dos pioneiros no movimento agressivo de pesquisa e mercantilização de músicas sulistas, nos Estados Unidos, e, depois, de músicas de regiões “exóticas” do globo.⁹⁰

Oswaldo Santiago era um compositor, gravado por artistas como Dorival Caymmi e Carmem Miranda e foi um dos fundadores tanto da SBAT como da UBC. Nesta, era o sócio número um e foi seu tesoureiro até 1948. Acabou por dedicar-se profundamente à questão dos direitos autorais e publicou três livros sobre o assunto: “Aquarela do direito autoral” (1946), “Três acórdãos do supremo” (1950) e “Proteção ao direito do autor no Brasil” (1956), assim como representou a UBC no exterior. Obviamente, Santiago escrevia na posição de uma pessoa altamente envolvida com o tema e demonstrou bastante preocupação em seu primeiro livro com a influência de Peer, a quem reputava ser o criador da SBACEM, definida pelo autor como “um simples rótulo e não de uma autêntica sociedade de autores”⁹¹ e uma “sociedade-fantoches”⁹² que influenciaria a criação de outras similares em outros países da América Latina.

Sergio Cabral, na biografia sobre Ataulfo Alves, indica algumas questões que de certa forma diluem a impressão de Santiago sobre a nova sociedade concorrente. Um indicativo de que os editores não exerciam o poder de forma ilimitada em reação aos autores é que o famoso compositor Ary Barroso (autor da música “Aquarela do Brasil”, entre outras), cerca de três anos após deixar a presidência da UBC, foi eleito o primeiro presidente da SBACEM. Por outro lado, a tesouraria, ficou a cargo de Emílio Vitale e Stevan Mangione, proprietários das duas maiores editoras musicais do Brasil. Havia muitas críticas de compositores à gestão da UBC e Cabral cita frases marcantes de Nestor de

⁹⁰ VALENTE, Mariana Giorgetti. A História do Sistema Brasileiro de Gestão Coletiva. In: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti. **Da Rádio ao Streaming**: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 31.

⁹¹ SANTIAGO, Oswaldo. **Aquarela do Direito Autoral**. Rio de Janeiro: UBC, 1985. p. 98.

⁹² Ibidem, p. 107.

Holanda, que definiu a nova sociedade como: “um grupo cansado de ser explorado por *trust-men* e sabotares do samba, nauseabundos sonegadores do produto nacional brasileiro, parasitas do autor nacional”. Mais diretamente sobre a UBC, Holanda afirmou:

A SBACEM não constrói patrimônio com os direitos de seus autores. Não tem livros escondidos em arquivos fechados a sete chaves. Não tem dependências onde é proibida a entrada de associados. Não tem recibos duvidosos, proibindo a reclamação de qualquer um dos prejudicados. Os diretores não sorriem dos associados.⁹³

A disputa entre as editoras acirrou-se e não sobrou nem para Osvaldo Santiago que, em 1947, junto com os demais diretores da UBC, foi acusado de desvios em queixa-crime feita por sócios da SBACEM. O compositor e jornalista Davi Nasser tornou pública a acusação e foi processado por calúnia e injúria pelos acusados, tendo sido absolvido. Em que pese a queixa-crime ter sido arquivada por falta de provas, a absolvição de Nasser foi tida como um sinal de vitória pelos membros da SBACEM.⁹⁴

Não tardou para que a peculiar condição da sociedade que pretendia unir autores e editoras, mas mantinha estas no comando e com a maior fatia da arrecadação, começasse a gerar ruídos. Em 1955 a assembleia da entidade acabou por eleger, pela primeira vez, uma diretoria sem editores e, em represália, estes se retiraram da SBACEM. As disputas internas da sociedade certamente foram influenciadas por um movimento legislativo. Dois anos antes, em 1953 foi apresentado o Projeto de Lei (PL) nº 3.783, que tinha apenas dois artigos⁹⁵ e tratava de garantir exclusividade para exercer os direitos de execução pública ao próprio autor ou à sociedade a que este tenha se filiado o direito. Resultou na Lei nº 2.415 de 9 de fevereiro de 1955, que foi um tiro certo nas editoras, como esclarece bem a justificativa do PL.

Em seu primeiro ponto, o documento afirma que a liberdade de associação garantida pela Constituição ocasionou uma multiplicidade de sociedades de autores,

⁹³ CABRAL, Sérgio. **Ataulfo Alves**: vida e obra. São Paulo: Editora Lazuli, 2016.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ “Art. 1º A outorga, no território nacional, da licença autoral para a realização de representações, execuções públicas e tele-transmissões pelo rádio ou televisão, de que tratam os arts. 42 e 43, § 1º, do Decreto número 18.527, de 10 de dezembro de 1928, e 88 do Decreto nº 20.493, de 24 de janeiro de 1946, compete exclusivamente ao próprio autor ou à sociedade legalmente constituída para defesa de direitos autorais, à qual o autor fôr filiado e que o tenha registrado na forma do art. 105, § 1º, do Decreto nº 20.493, de 24 de janeiro de 1946.

Art. 2º Revogam-se as disposições em contrário”.

compositores e demais titulares de direitos autorais, o que criou um problema prático para as autoridades incumbidas da fiscalização do direito de autor nas diversões e funções públicas e para os próprios cidadãos que por lei, são obrigados a conseguir dos autores as autorizações que a lei exige.

Cabe apontar que menos de uma década antes do PL, em 1946, foi publicado o Decreto nº 20.493, que aprova o regulamento do Serviço de Censura de Diversões Públicas do Departamento Federal de Segurança Pública. Toda a apresentação ou exibição pública de obras artísticas (inclusive transmissões de rádio) era condicionada à censura prévia. Em mais uma demonstração de que censura e proteção e direitos autorais podem andar abertamente de mãos dadas, o mesmo decreto que prescreve de forma detalhada como se dará o controle do estado sobre a expressão cultural, acaba também por ter um capítulo específico sobre direito de autor, que prevê mandato ilimitado às associações mediante simples filiação dos autores, necessidade de registro dos associados no serviço de censura, impossibilidade de um autor estar filiado a mais de uma associação e apoio irrestrito do órgão de censura à atuação das sociedades.⁹⁶

O segundo ponto da justificativa do Projeto de Lei refere-se justamente ao Decreto analisado acima, e indica que a obrigação das sociedades de registrar seus membros é ineficiente para o controle da titularidade das obras, já que “existem inúmeros casos de alienação do direito de execução pública feita pelo autor a editor, obra por obra. Autores há que vendem uma obra a um editor, outra a outro, outra a uma fábrica gravadora de discos e assim por diante”. Nesses casos, quem passa a controlar o direito, e pode autorizar as execuções, é o titular do direito (geralmente uma editora), que pode estar filiado a uma sociedade distinta em relação àquela do autor.

⁹⁶ “Art. 105 - As sociedades nacionais ou estrangeiras, legalmente constituídas para a defesa de direitos autorais, reputar-se-ão mandatárias de seus associados para todos os fins de direito, pelo simples ato de filiação às mesmas.

§ 1º - As sociedades a que se refere o presente artigo promoverão o registro de seus associados no S.C.D.P.

§ 2º - À transferência de associados de uma sociedade para outra deverá preceder prova de desligamento, com a necessária audiência da entidade pela qual o autor se registrará.

Art. 106 - O S.C.D.P. prestará às referidas sociedades todo o apoio que lhe seja requerido em defesa do direito de autor, na conformidade do Decreto-lei nº 5.492, de 16 de julho de 1928, do Decreto nº 18.527, de 10 de dezembro de 1928 e de outros dispositivos legais referentes ao assunto”.

Na sequência, o terceiro aspecto que justifica a nova proposta legislativa é o fato de que a consequência da situação descrita anteriormente é que as autoridades não têm como saber a quem de fato pertencem as obras autorais, muito menos aqueles interessados em fazer usos delas. Além desse, outro reflexo é que “uma Sociedade que controla determinadas obras por ser seu sócio o editor proprietário, não sendo sócios os autores, a estes não poderá prestar contas nem liquidar os direitos que lhes pertencem”. O resultado, indica o quarto ponto, são disputas constantes, inclusive judiciais.

O quinto ponto da justificativa traz outra problemática: o fato de que na prática nos contratos de cessão geralmente os editores ficam com um terço dos direitos de execução e os autores com dois terços, assim deveria caber a estes a preferência nas deliberações administrativas. Assim, o ponto conclusivo indica que: “Outorgando à Sociedade a que pertença o autor a administração do direito autoral de execução, no qual o autor tem maior quinhão e interesse maior, o Projeto resolve e simplifica os inúmeros problemas que hoje afligem o público, as Autoridades e a Justiça, permitindo aos autores um controle mais direto, na organização que escolheram, do seu patrimônio”. Desde a gênese do sistema, a arrecadação e a distribuição de valores não guardavam correlação direta:

Predominava ali, também, o valor da produtividade, em lugar da concreta execução musical. Ou seja, aquele que compusesse de forma mais prolífica era recompensado, independentemente de suas músicas serem executadas. Isso pode ser atribuído às então rudimentares formas de se aferir a execução de fato. [...]

Os informativos da Sbacem, na época, mostram que a distribuição a cada autor era sujeita a deliberações internas com base nos já distribuídos números de votos, em vez de em cálculos aritméticos [...]

A arrecadação da Sbacem já podia, nos anos 1950, ser considerada defasada: preferencialmente cobrava-se dos executores de música ao vivo, enquanto as execuções de música gravada já assumiam grande importância no país. Os critérios de distribuição aprovados em 1950 estabeleciam que os valores relativos às obras societárias, ou seja, dos sócios da entidade, eram distribuídos de acordo com critérios determinados internamente, enquanto os programas obtidos com chefes de orquestras em todo o território nacional eram o critério de distribuição somente para obras estrangeiras administradas ou autores brasileiros não filiados, sobre os quais se exercia algum controle via editores associados.

O sistema de pontos no qual se baseava a Sbacem para a distribuição dava vantagens a alguns gêneros, entendidos como portadores de valores artísticos diferenciados (e não coincidentemente aqueles aos quais os autores da Sbacem se dedicavam): assim, em primeiro lugar, “maracatus, choros, balaceios [baião] e sambas”; em segundo, “boleros, tangos, rumbas, fox, congas, marchas”; os gêneros menos valorizados no sistema de pontos eram “músicas de carnaval como tal classificadas, inclusive

frevos”. Diferenciavam-se também os pontos em função de serem as obras mais ou menos recentes, com maior pontuação para obras criadas a partir da fundação da Sbacem, em 1946.⁹⁷

O descompasso entre a arrecadação e a distribuição de valores pelas sociedades era justificado oficialmente como consequência da dificuldade de apuração das obras efetivamente executadas, mas parecia muito mais uma decisão deliberada, que acabava por favorecer determinado grupo de autores (e editores), geralmente os mesmos que ocupavam cargos de diretoria, nos quais se perpetuavam. O termo sociedade aqui se aplica melhor do que associação, visto que a parte significativa da verba distribuída mais se assemelhava a uma divisão de lucros entre sócios majoritários do que a uma contraprestação a associados de acordo com o montante arrecadado em razão das obras destes. Neste sentido:

De fato, os dirigentes autorais pioneiros atribuíam às sociedades um papel econômico muito mais importante do que aquele que era óbvio: agiam e falavam como se as sociedades não fossem simples intermediárias entre os autores e os usuários para a arrecadação e a distribuição de direitos legalmente estabelecidos, mas as próprias fontes originárias desses direitos, aos quais os sócios teriam acesso somente nessa condição de sócios e não na condição de autores de músicas que estavam sendo economicamente utilizadas. [...]

Isto significa que o “sistema de pontos” era concebido como uma forma de premiar os associados, outorgados-lhes [sic] direitos novos e originários não da execução da obra mas do ato de filiação à sociedade, valendo, digamos assim, os frios dados do mercado somente para os de fora.⁹⁸

As complexas regras de distribuição são analisadas de forma pormenorizada por Morelli, com bases em históricos documentos oficiais das sociedades, que utiliza adjetivos como “anacronia”, “arbitrariedade” e “maleabilidade”.⁹⁹ Havia diferenciação por critérios como: data da obra, fato de estar ou não editada, estilo musical e outros. Além disso, os sócios eram divididos entre fundadores e administrados, sendo que estes não tinham poder de voto, além de receberem valores menores.

⁹⁷ VALENTE, Mariana Giorgetti. A História do Sistema Brasileiro de Gestão Coletiva. In: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti. **Da Rádio ao Streaming**: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 41.

⁹⁸ MORELLI, Rita de Cássia Lahoz. **Arrogantes, Anônimos, Subversivos**: interpretando o acordo e a discórdia na tradição autoral brasileira. 1998. Tese (Doutorado). Departamento de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 1998. p. 41.

⁹⁹ Ibidem, p. 11-13.

Os critérios podiam ser alterados pela diretoria mesmo durante a vigência de regras aprovadas anteriormente e eram feitos de forma a se retroalimentar: quem tinha mais votos ganhava mais e assim obtia mais votos, com base em faturamento e número de obras. Era comum que obras sem nenhuma execução verificada gerassem pagamento de direitos autorais.

Em 1956, a SBACEM desenvolveu uma minuta de contrato padrão obrigatória para os contratos entre autores filiados à entidade e editoras. Neste momento, não só os editores haviam sido esvaziados da própria entidade que criaram, como também viram a mesma voltar-se totalmente contra eles. Assim, fundaram em 1956 uma entidade própria, a Sadembra (Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical do Brasil), que ainda não possuía estrutura para arrecadar. Em que pesem as modificações legislativas, continuou muito difícil o controle de repertórios variados em uma profusão de sociedades:

Isso resultou na Coligação Sbacem-Sadembra-Sbat, em 1959 – enquanto a UBC continuaria funcionando paralelamente. A Sbacem passou por algumas transformações importantes nos anos seguintes. Uma reforma nos seus estatutos, em 1959, fechou a entidade para novos associados, permitindo somente a entrada de “novos aderentes” (não sócios). A entrada de novos sócios significava a divisão do bolo de arrecadação, o que não necessariamente era verdade para os editores, que, trazendo sócios com contratos de edição consigo, aumentavam suas próprias fatias. Assim, historicamente, foi desejada pelos editores e vista com cautela pelos autores. A reforma também fortalecia o Conselho Deliberativo sobre a Diretoria, e criava a categoria de Conselheiros Vitalícios (todos os sócios que já houvesse ocupado cargos de direção até aquele momento). Assim, criava uma estabilidade em relação aos antigos membros, e dificultava a participação dos novos.¹⁰⁰

As alterações estruturais na Associação de Autores Brasileiros e Escritores de Música (Sabem) aprofundaram o distanciamento entre a arrecadação dos autores e a efetiva execução de suas obras, ao destacar a relevância da participação no patrimônio social da sociedade como critério:

[...] esse conjunto de medidas revelava o caráter atribuído ao empreendimento autoral pioneiro mais claramente do que nunca: tratava-se da defesa dos interesses econômicos de um grupo determinado autores, quais sejam, os autores associados, diferenciados ainda mais internamente em dirigentes e não-dirigentes, e não dos autores brasileiros de música popular em modo geral.¹⁰¹

¹⁰⁰ Ibidem, p. 34-35.

¹⁰¹ Ibidem, p. 29.

Em razão de tudo este contexto, que uniu o desprestígio dos autores mais recentes perante as associações tradicionais de gestão coletiva com a reforma do estatuto pela Sabem em 1959, que tornou a entidade mais fechada a novos autores, em 1960 é fundada em São Paulo por compositores carnavalescos (liderados por Alberto Roy) a Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (Sicam), a primeira surgida fora do Rio de Janeiro. Posteriormente, passou a ter destaque também pelo ingresso de representantes da chamada música jovem que ganhavam destaque nos festivais de TV e já no final da década de 1960 contava também com nomes importantes da Música Popular Brasileira (MPB) como Caetano Veloso, Gilberto Gil, Tom Zé e Toquinho.¹⁰²

No mesmo ano de criação da Sicam, Jânio Quadros é eleito presidente para suceder Juscelino Kubitschek, o que ocorre em janeiro de 1961. Em que pese seu mandato ter sido curto, devido à sua histórica renúncia em agosto do mesmo ano, o presidente teve uma atuação significativa para a gestão coletiva no Brasil. O Decreto nº 50.929, de 8 de julho de 1961, regula a contratação de artistas estrangeiros pelas emissoras de rádio e televisão, teatros e casas de show, entre outras medidas, com base na alegada concorrência prejudicial que causariam para os autores brasileiros. Além de formalidades e custos impostos para apresentações de artistas internacionais, fica criada também uma cota de lançamentos nacionais para as gravadoras.¹⁰³ É criada ainda a obrigação de utilização de conteúdo nacional no horário nobre das transmissões televisivas. Para além do Decreto:

A ambiguidade esteve presente em uma outra providência tomada por Jânio Quadros em relação ao campo autoral, mas serviu aí ao interesse dos autores: decidido a intervir formalmente nesse campo pra criar o que foi chamado na época de um *bureau* para unificar a arrecadação dos

¹⁰² VALENTE, Mariana Giorgetti. A História do Sistema Brasileiro de Gestão Coletiva. In: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti. **Da Rádio ao Streaming**: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 53.

¹⁰³ “Art. 5º As Empresas gravadoras ficam obrigadas, ao organizarem as suas listas de lançamentos de músicas popular, a obedecer ao critério proporcional de um disco nacional de qualquer tipo ou rotação, com gravação ou gravações de músicas brasileiras, para cada disco estrangeiro de tipo ou rotação correspondente, constante dos seus suplentes de novidades.

§ 1º Ficam as empresas gravadoras obrigadas a lançar, em cada ano, pelo menos um disco, de qualquer tipo ou rotação, contendo peça ou peças de autor erudito brasileiro.

§ 2º O Ministério da Educação e Cultura, bem assim o Conselho Nacional de Cultura, através de sua Comissão de Música, estimulação, por meio de medidas práticas, efetivas e permanentes, gravações nacionais de músicas eruditas de autor brasileiro, para edições próprias ou de gravadoras particulares.

§ 3º Compreende-se música brasileira, popular ou erudita, a composta por autores brasileiros natos ou naturalizados.

§ 4º Para o efeito do estabelecido no presente artigo não serão aceitas versões, arranjos ou adaptações de músicas alienígenas” (grafia original).

direitos autorais musicais, Jânio tomou a iniciativa de nomear um grupo de trabalho que em 45 dias deveria apresentar sugestões nesse sentido, mas escolheu para integrá-lo os próprios dirigentes do campo autoral em que pretendia intervir, muito embora tenha se dado a liberdade de eleger dentre eles alguns nomes de sua provável simpatia ou confiança pessoal.¹⁰⁴

Foram nomeados para o grupo um representante do Ministério do Trabalho, um do Sindicato dos Compositores Musicais e um representante de cada sociedade de autores. Neste sentido, percebe-se que, em que pese o movimento ter sido iniciado pelo governo, a organização do grupo de trabalho privilegiou as associações em detrimento de um eventual protagonismo estatal. Ocorre que, ao final dos trabalhos, a Sicam acabou fora do acordo.

A coligação Sbacem-Sadembra-Sbat não havia resolvido a problemática da dificuldade de gestão de repertórios, já que uma mesma obra podia ter coautores ou editoras em sociedades diversas, o que causava dificuldades tanto para as próprias associações quanto para os usuários de música. Sob forte pressão do órgão de censura federal e também pela influência prévia dos debates ocorridos no âmbito do grupo de trabalho anos antes, é criada uma nova organização:

Em 1966, após vários anos de lutas e em pleno regime militar, a UBC e a Coligação, que até então competiam pelo domínio da mesma área no mercado brasileiro, centralizaram a cobrança dos direitos de execução pública musical em uma organização de cobrança (somente para arrecadar em conjunto), antecipando-se à solução que viria alguns anos mais tarde, por via de lei. Essa organização foi denominada SDDA – Serviço de Defesa do Direito Autoral – Bureau de Cobrança [...]

Com a regulamentação da lei 4.944 de 1966, a SOCINPRO – a primeira sociedade de direitos conexos a atuar no Brasil, também se aliou ao SDDA, dando início à cobrança desses direitos entre nós.

Até 1977 o SDDA se manteve ativo e, apesar dos problemas enfrentados, como o da expansão ao âmbito nacional de uma pequena sociedade criada em São Paulo, a SICAM e o da transferência, pelo Decreto 980 de 20 de outubro de 1969, da arrecadação dos direitos das músicas incluídas em filmes para o INC – Instituto Nacional de Cinema, avançou em vários aspectos, não só pelo notável incremento da arrecadação, mas também pela saudável iniciativa de promover a primeira distribuição conjunta dos valores arrecadados, que foi denominada “carneval unificado” e realizada pela primeira vez em 1972.

Com a unificação da cobrança pelo SDDA, animou-se a SICAM, que funcionava somente em São Paulo sob a proteção do então Chefe de

¹⁰⁴ MORELLI, Rita de Cássia Lahoz. **Arrogantes, Anônimos, Subversivos**: interpretando o acordo e a discórdia na tradição autoral brasileira. 1998. Tese (Doutorado). Departamento de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 1998. p. 137-138.

Censura local, a entrar no mercado nacional, que já se acostumara à dualidade de cobrança anteriormente praticada pela UBC e pela Coligação. Mesmo sem contar com um repertório significativo, além de intensificar suas atividades cobradoras, a SICAM sempre se recusou a aderir ao SDDA e várias questões foram levadas aos tribunais do país, com repercussão desabonadora para todas as entidades.¹⁰⁵

A recusa da Sicam em aderir ao Serviço de Defesa do Direito Autoral (SDDA) remonta à formação do grupo de trabalho. O intuito foi realmente de centralizar a arrecadação, mas apesar de a nova estrutura poder possibilitar uma maior organização de base de dados e menores custos de operação, estas vantagens não foram aproveitadas para uma verdadeira reestruturação dos critérios de distribuição de direitos autorais. O *bureau* preservaria os privilégios já estabelecidos, de maneira que novas associações e autores manteriam a dificuldade em ganhar protagonismo dentro do sistema. Segundo aponta o próprio Alberto Roy, presidente da Sicam, foi oferecida para a entidade, dentro da nova estrutura, a condição de “administrada”, de forma que ficasse subordinada às decisões das entidades mais tradicionais.¹⁰⁶

Como uma grande família, a relação entre as entidades era ora de união, ora bélica, a depender se em determinada situação havia interesses comuns ou díspares. A Socinpro (Sociedade de Intérpretes e Produtores Fonográficos), fundada em 1962, simbolizava a introdução de representantes dos direitos conexos no sistema, que ganham relevância a partir da Convenção de Roma de 1961, promulgada no Brasil em 1965, já no período da Ditadura Militar, iniciada no ano anterior. Nesta esteira surge a Lei nº 4.944/1966, que dispõe sobre a proteção a artistas, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão e dá outras providências. O instrumento estende os parâmetros mínimos de proteção garantidos em Roma.

A incorporação dos direitos conexos faz com que a figura do autor fique em certas situações sob a sombra dos produtores fonográficos, como exemplifica o artigo 4º da nova legislação: “Cabe, exclusivamente, ao produtor de fonogramas autorizar ou proibir-lhes a reprodução, direta ou indireta, a transmissão, a retransmissão pelos organismos de radiodifusão e execução pública por qualquer meio”. No mesmo sentido:

¹⁰⁵ ALMENDRA, Vanisa Santiago Gayoso e. **Estudos Técnicos sobre a Gestão Coletiva de Direitos Autorais**. Brasília: Unesco, 2014. p. 15.

¹⁰⁶ MORELLI, Rita de Cássia Lahoz. **Arrogantes, Anônimos, Subversivos**: interpretando o acordo e a discórdia na tradição autoral brasileira. 1998. Tese (Doutorado). Departamento de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 1998. p. 139; 166.

Art. 6º O artista e o produtor fonográfico têm direito à percepção de proventos pecuniários por motivo da utilização de seus fonogramas pelos organismos de radiodifusão, bares, sociedades recreativas e beneficentes, boates, casas de diversões e quaisquer estabelecimentos que obtenham benefício direto ou indireto pela sua execução pública.

§ 1º **Cabe ao produtor fonográfico, mandatário tácito do artista, perceber do usuário os proventos pecuniários resultantes da execução pública dos fonogramas e repartí-los com o artista** na forma estabelecida nos §§ 2º e 3º seguintes.

§ 2º A falta de convenção entre as partes, a metade do produto arrecadado, deduzidas as despesas, caberá ao artista que haja participado da fixação do fonograma e a outra metade ao produtor fonográfico (grifo nosso).

O prazo de proteção dos fonogramas ficava estabelecido como de 60 anos, contados a partir do final do ano da fixação ou da realização do espetáculo, quando não fixadas. Cabe retomar que o prazo mínimo garantido pela Convenção de Roma era três vezes menor, de apenas 20 anos. Da mesma forma como hoje ocorrem apenas com as obras fotográficas e audiovisuais, a contagem não se dava a partir da morte dos autores.

A partir deste momento histórico começa a se desenhar a construção de um monopólio para arrecadar em nome das diversas sociedades, tanto por influência do governo militar, como por autores da nova geração, insatisfeitos pelo modo como eram organizadas as sociedades tradicionais:

No Brasil dos anos 70 alguns “jovens” titulares, particularmente os novos “grandes nomes” da música popular brasileira, rejeitaram em bloco todas as entidades existentes e reivindicaram, por intermédio da “Sombrás”, a estatização da arrecadação e da distribuição de direitos autorais no país, o que evidenciou uma cisão radical em relação aos “velhos” dirigentes.¹⁰⁷

A socióloga Rita Morelli, em aprofundado assunto sobre o assunto, divide as sociedades autorais brasileiras em duas gerações, a primeira, dos pioneiros, era composta por aquelas dominadas não só os compositores, mas os editores musicais de obras que foram sucesso nas décadas de 1920 e 1930. Fariam parte a UBC, a Sabem e a Sadembra. A Sicam estaria neste primeiro grupo, em que pese ser mais recente e ter nascido já a partir de uma disputa com o modelo até então vigente. A Sociedade Musical Brasileira (Sombrás) é criada na década de 1970 e, a partir dela, outras como a Associação de Intérpretes e Músicos (Assim) e a Associação de Músicos Arranjadores e Regentes (AMAR) surgiriam, em contraponto aos precursores. Interessante observar que parte dos

¹⁰⁷ Ibidem, p. 4.

autores que criaram a Sombrás eram símbolos do combate à Ditadura, mas a insatisfação com o modo como se estruturava a gestão coletiva era tão grande, que fez com que eles fossem escolhidos como interlocutores para a construção de um novo sistema em que o Estado tivesse uma maior interferência.¹⁰⁸

Em maio de 1967, por ordem do presidente militar Costa e Silva (que chegou a receber pessoalmente membros do SDDA), o ministro da Justiça Gama e Silva incumbiu Antonio Chaves, Cândido Mota Filho e Milton Sebastião Barbosa a tarefa de elaborar um Código do Direito de Autor e Conexos, que fosse além de meramente compilar a legislação vigente, de forma a ter um instrumento jurídico atual. Os juristas não chegaram em um consenso e foram apresentados dois anteprojetos (um de Cândido Filho e um dos outros dois). No ano seguinte, antes da conclusão dos trabalhos, foi instaurada uma CPI para investigar as práticas das sociedades, que contou com a participação de autores como Nelson Motta, que criticou o fato de nem todos os compositores filiados terem direito a voto e a participação de editores nas diretorias.¹⁰⁹

A CPI não se concluiu, muito em razão da instabilidade resultante do Ato Institucional nº 5 (AI-5) que data de 13 de dezembro de 1968 (o histórico “ano que não terminou”, como marcou o livro de Zuenir Ventura). Já no governo de Emílio Garrastazu Médici, o procurador-geral da República, José Carlos de Moreira Alves, é encarregado de elaborar um projeto de lei que, após rápida tramitação no Congresso, resulta na Lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973, que:

[...] centralizou a arrecadação e a distribuição no Ecad, interferiu nas modalidades societárias internas de distribuição do dinheiro e poder e criou o CNDA como órgão normatizador da atividade autoral do Brasil. De tal maneira contrariava as práticas e as concepções pioneiras do campo autoral que chegou a contar com o apoio dos novos “grandes nomes” da música popular brasileira ao ser regulamentada dois anos depois, já nos tempos de abertura política “geiseliana”. Foi, entretanto, uma lei autoritária: muitas das emendas apresentadas por parlamentares não puderam ser apreciadas em razão da tramitação acelerada do projeto, e emendas propostas diretamente pelas entidades arrecadoras parecem ter inexistido. Por outro lado, a própria modernização, louvada nos tempos de “abertura” pelos “jovens” titulares, não deixou de dar-se originariamente em prejuízo deles mesmos: uma das emendas que o Congresso lograra aprovar, de autoria do deputado Franco Montoro, do PMDB, obrigava as gravadoras à numeração dos discos, o que implicava

¹⁰⁸ Ibidem, p. 5-7.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 168-169.

controle sobre o pagamento dos direitos fonomecânicos, mas foi vetada pelo presidente, que preferiu atender antes os apelos da indústria fonográfica encaminhadas pela ABPD.¹¹⁰

A nova legislação foi um marco que trouxe novidades significativas. A previsão da criação tanto do ECAD como do CNDA são inovações que mudaram a história da gestão coletiva no país.

O ECAD seria uma forma de simplificar principalmente a arrecadação de direitos autorais, visto que os empresários e usuários do sistema não mais teriam que negociar com uma multiplicidade de associações. Por outro lado, a multiplicidade de associações continuou a ser uma característica peculiar do país, já que o novo Escritório Central não as substituiu, pelo contrário, estava subordinado a elas.

O CNDA foi definido no artigo 116 como o “órgão de fiscalização, consulta e assistência, no que diz respeito a direitos do autor e direitos que lhes são conexos”. A regulação estatal, que anteriormente atuava mais sobre os usuários, de maneira a favorecer a arrecadação, passa a focar também nas próprias atividades das sociedades, de forma a garantir maior transparência e eficiência. A bem da verdade, o CNDA não era um órgão propriamente estatal, mas sim uma instância de governança em que múltiplas partes interessadas viriam a ser representadas.

Chama a atenção o fato de que, em que pese o período ditatorial, o Estado brasileiro optou por regular as estruturas de forma a que não fossem autarquias, assim como foi mantido o protagonismo das associações já formadas. Não houve uma ruptura com o modelo construído historicamente, mas a criação de novas estruturas que embarcaram as sociedades, que passavam a estar subordinadas à autorização prévia e posterior fiscalização

¹¹⁰ Ibidem, p. 173.

do CNDA.¹¹¹ Além disso, a nova lei disciplinava de forma pormenorizada o funcionamento das associações, incluindo regras sobre realização de assembleias e constituição de diretoria. Da mesma forma, o estatuto do ECAD deveria ser aprovado pelo Conselho, que também analisaria bimestralmente os relatórios das atividades e balancetes do escritório.¹¹²

Entre as funções do CNDA estava a de fixar normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais, tema sempre bastante controverso, assim como manter um Centro Brasileiro de informações sobre Direitos Autorais, o que sugeria uma possibilidade de criação de um banco de dados qualificado, algo fundamental para uma gestão coletiva mais transparente. Os órgãos de censura, que continuariam responsáveis pelo controle de apresentações e transmissões de rádio e televisão, ficavam agora obrigados a encaminhar as informações para o CNDA.

Além disso, cabia ao Conselho gerir o recém-criado Fundo de Direito Autoral, que tinha o intuito de: fomentar a criação de obras, inclusive mediante instituição de prêmios e de bolsas de estudo e de pesquisa; auxiliar órgãos de assistência social das associações e sindicatos de autores, intérpretes ou executantes; publicar obras de autores novos mediante

¹¹¹ “Art. 105. Para funcionarem no País as associações de que trata este título necessitam de autorização prévia do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Art. 113. A escrituração das associações obedecerá às normas da contabilidade comercial, autenticados seus livros pelo Conselho Nacional de Direito Autoral.

Art. 114. As associações estão obrigadas, em relação ao Conselho Nacional de Direito Autoral, a:

I - informá-lo, de imediato, de qualquer alteração no estatuto, na direção e nos órgãos de representação e fiscalização, bem como na relação de associados ou representados, e suas obras;

II - Encaminhar-lhe cópia dos convênios celebrados com associações estrangeiras, informando-o das alterações realizadas;

III - Apresentar-lhe, até trinta de março de cada ano, com relação ao ano anterior:

a) relatório de suas atividades;

b) cópia autêntica do balanço;

c) relação das quantias distribuídas a seus associados ou representantes, e das despesas efetuadas;

IV - prestar-lhe as informações que solicitar, bem como exhibir-lhe seus livros e documentos”.

¹¹² “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”.

convênio com órgãos públicos ou editora privada; custear as despesas do CNDA e custear o funcionamento do Museu do Conselho Nacional do Direito Autoral.

O Fundo seria viabilizado por meio: do produto da autorização para a utilização de obras pertencentes ao domínio público,¹¹³ das doações de pessoas físicas ou jurídicas nacionais ou estrangeiras; do produto das multas impostas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral; das quantias que, distribuídas pelo ECAD às associações, não fossem reclamadas por seus associados, decorrido o prazo de cinco anos; além de recursos oriundos de outras fontes. A obrigação de que as associações remetessem o valor não reclamado ao CNDA poderia ser uma interessante medida de pressão para que houvesse um maior esforço para identificação e distribuição dos valores arrecadados. O artigo 73 mantinha a previsão de que eram livres as representações e as execuções públicas quando não houvesse lucro direto ou indireto.

Na década de 1970, menos de uma década após as inovações trazidas a partir da Convenção de Roma, ficam sedimentadas as bases do sistema de gestão coletiva no Brasil, especialmente com a criação do ECAD, que permanecesse até hoje. A grande inovação legislativa posterior, a Lei nº 9.610/1998, silenciou em relação à regulação das sociedades e formalizou a extinção do CNDA. Posteriormente, em 2013, houve uma retomada com uma grande atualização das regras concernentes à gestão coletiva. O período mais recente será objeto dos próximos capítulos deste trabalho.

¹¹³ A Lei previa que a utilização das obras em domínio público em com finalidade lucrativa era condicionada ao pagamento de contraprestação ao CNDA:

“Art. 93. A utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral (Revogado pela Lei nº 7.123, de 1983).

Parágrafo único. Se a utilização visar a lucro, deverá ser recolhida ao Conselho Nacional de Direito Autoral importância correspondente a cinquenta por cento da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a dez por cento”.

3. DILEMAS DA GESTÃO COLETIVA

A gestão coletiva de direitos autorais, como demonstrado no primeiro capítulo, foi construída especialmente para cuidar da remuneração, os chamados direitos patrimoniais de titulares de direito autoral. Entre possibilitar o pagamento pelos usuários e o recebimento por quem seria de direito, o modelo gera muitas controvérsias pelo caminho.

Em resumo, de um lado mais positivo estaria a dificuldade de exercício dos direitos de execução pública pelos próprios interessados, assim como uma possível diminuição dos custos de transação por parte dos usuários, que não teriam que negociar com agentes pulverizados. Do outro lado, mais negativo, o modelo de gestão coletiva construído historicamente enfrenta desafios que questionam se a prática das associações e os meios de arrecadação e distribuição de direitos autorais efetivamente funcionam de forma adequada, tanto em relação aos titulares de direitos autorais, mas também ao público em geral.

A digitalização, o avanço da internet e a intensa relação destas com a utilização de obras autorais parecem ter modificado, ou até subvertido, o arcabouço baseado na Convenção de Berna, o que será tema do próximo capítulo deste trabalho. Ocorre que, à parte das profundas implicações relacionadas aos novos meios de comunicação, mesmo antes da denominada revolução informacional, já podiam ser verificadas diversas facetas bastante questionáveis sobre as bases e métodos das entidades de gestão coletiva.

Primeiramente, a liberdade de associação é um ponto que merece detida análise, já que é garantia constitucional em diversos países, mas muitas vezes o titular de direitos autorais se vê obrigado a associar-se para que possa ser remunerado, em razão de não existir necessariamente a imposição aos órgãos arrecadadores de limitarem suas atividades fiscalizadoras ao catálogo que tenham efetivo e prévio mandato. Assim, o direito de livre associação seria violado sob a alegação de poder inviabilizar a arrecadação como um todo. Inclusive há um debate recente no Brasil acerca de entidades privadas que, supostamente, estariam substituindo os organismos de gestão coletiva oficiais, o que guarda relação direta com a questão da liberdade associativa e será tratado em tópico específico.

Além disso, a construção do direito da concorrência, ou antitruste, coloca em xeque a possibilidade de convivência entre livre mercado e a própria existência dos monopólios

criados pela proteção dos direitos intelectuais. Afora os direitos de exclusivo intrínsecos mencionados, há ainda a construção dos monopólios ou oligopólios das entidades de gestão coletiva centralizadas. Mesmo quando composta por diversas associações, nem sempre a pulverização resulta em uma verdadeira competição.

Finalmente, a gestão coletiva tem duas etapas principais: arrecadação e distribuição dos direitos autorais patrimoniais (esta será tratada no próximo capítulo). A primeira etapa costuma ser genérica e compulsória, sem qualquer tipo de filtro. Assim, é comum que o pagamento ocorra sem que sequer seja solicitado ou verificado o repertório utilizado. A contrapartida do pagamento é a concessão de licenças para os usuários. Uma consequência importante da sistemática descrita é que o direito exclusivo dos titulares de autorizar a utilização de suas obras é mitigado, pois fica garantido apenas o direito de receber remuneração em razão da utilização. Além disso, em razão do modelo adotado como regra, de licenças globais, sem que seja um pressuposto o controle preciso da efetiva utilização das obras, os critérios de cobrança são variados e controversos, como será demonstrado ao longo deste capítulo.

3.1 Liberdade de associação

O artigo 9 da Convenção de Berna, endossada pelo TRIPs, prevê que: “1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja”. Esta premissa de exclusividade não é absoluta, pois é excetuada pelas limitações ou usos livres das obras autorais, previstos logo a seguir no texto da Convenção.¹¹⁴ Os artigos 11 e 11 bis da Convenção de Berna vão estender expressamente a lógica da exclusividade para a representação, execução e transmissão públicas das obras dramáticas, dramático-musicais e musicais, assim como a radiodifusão e comunicação públicas das mesmas. Ora, obviamente não é razoável (especialmente no período analógico, mas ainda hoje) esperar que o autor de uma obra possa explorá-la comercialmente de forma totalmente pessoal, sem intermediários. Isto posto, desde a origem com as obras literárias,

¹¹⁴ 2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

o licenciamento ou cessão de direitos a empresas é algo comum e as editoras eram responsáveis por colocar as obras à disposição do público.

No caso das obras musicais, a dificuldade de controle da utilização das obras por parte dos autores ganha novos contornos. Como já referido neste trabalho, devido à dificuldade para que os próprios titulares dos direitos autorais sejam também os responsáveis pela arrecadação e controle do uso econômico de suas obras, foram criadas as entidades de gestão coletiva, com mandato para exercer certas funções. Como afirma Ascensão:

Se o autor quer dar a obra à exploração comercial, particularmente se o quiser fazer pela radiodifusão ou pelo audiovisual, o autor terá quase fatalmente de recorrer a outrem para o seu exercício. Não pode controlar todas as emissões, nem sequer é viável, na grande maioria dos casos, criar uma empresa para esse efeito. Tem de recorrer a entidade gestora que mandata para o efeito.

Intervêm então as entidades de gestão coletiva. Neste caso, exercem a gestão coletiva que chamamos forçosa. **O autor ou outros titulares não estão obrigados a recorrer a elas, mas na prática não têm outro remédio. A adesão ou contratação com entidade de gestão coletiva supõe-se livre, mas eles fatalmente o terão de fazer para a eficácia da exploração dos direitos.** O fundamento da gestão coletiva está assim no serviço prestado aos titulares dos direitos. É esta aliás a justificação sempre apresentada.

Mas o recurso a esta gestão ultrapassa muito os casos de gestão coletiva forçosa. Pode não haver este constrangimento e o titular, voluntariamente, entregar a obra ou prestação ao cuidado de uma entidade de gestão.

Este panorama será transtornado por uma figura anómala: a **gestão coletiva forçada ou obrigatória**. Pode a lei, atribuindo direitos sobre bens intelectuais, determinar que estes só podem ser exercidos por uma entidade de gestão coletiva. Então, todos os titulares de direitos daquela natureza ficam automaticamente sujeitos a uma entidade de gestão coletiva, se porventura quiserem explorar as suas obras ou prestações (grifos nossos).¹¹⁵

Muitas vezes por obrigação legal, certos direitos só serão exercidos por meio de gestão coletiva, assim, aos autores e demais titulares de direitos não resta outra opção que não seja aderir a uma sociedade arrecadadora. Ascensão cita exemplos da legislação de

¹¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e Legitimidade das Entidades de Gestão Coletiva de Direitos Autorais. In: GUEDES, Armando Marques et al. (org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. Lebre de Freitas**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 151.

Portugal, como o direito de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo,¹¹⁶ na qual os acordos entre as empresas de televisão por assinatura e as entidades de gestão coletiva são obrigatórios e aplicáveis até para aqueles não filiados. Tal previsão da legislação portuguesa é resultado da Diretiva nº 93/83/CEE relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo, que foi internalizada pela ampla maioria dos estados-membros e prevê:

Artigo 3º 2. Os Estados-membros podem prever que um **acordo colectivo** celebrado entre uma entidade de gestão e um organismo de radiodifusão em relação a uma determinada categoria de obras seja tornado **extensivo aos titulares de direitos da mesma categoria não representados pela entidade de gestão**, desde que:

- a comunicação ao público por satélite se verifique em simultâneo com uma emissão terrestre pelo mesmo radiodifusor e
- o titular de direitos não representado tenha, em qualquer momento, a possibilidade de excluir a extensão de um acordo colectivo às suas obras e de exercer os seus direitos individual ou colectivamente.

Artigo 9º 1. Os Estados-membros garantirão que o direito dos titulares de direitos de autor e de direitos conexos de autorizar ou proibir a um operador por cabo uma retransmissão por cabo **apenas possa ser exercido através de entidades de gestão.**

2. Sempre que o titular de direitos não tiver transferido a gestão dos seus direitos para uma entidade de gestão, considera-se que a entidade que gere direitos da mesma categoria se encontra mandatada para gerir os seus direitos. Sempre que os direitos dessa categoria forem geridos por mais do que uma entidade de gestão, o titular

¹¹⁶ “Decreto-Lei nº 333/1997 (Portugal):

Artigo 6.º - Autorização do autor

1 - A autorização de comunicar ao público por satélite constitui direito exclusivo do autor, a qual pode obter-se por contrato individual ou acordo colectivo.

2 - **Os acordos colectivos tendo por objecto a comunicação por satélite, celebrados entre uma entidade de gestão do direito de autor e um organismo de televisão, relativa a obras musicais, com ou sem palavras, são extensivos aos titulares de direitos sobre essas obras não representados por essa entidade**, desde que a comunicação se verifique em simultâneo com uma emissão terrestre pelo mesmo radiodifusor e esses titulares possam excluir a extensão do acordo às suas obras e exercer os seus direitos, individual ou colectivamente.

3 - O disposto no n.º 2 não se aplica às obras cinematográficas ou produzidas por um processo semelhante ao destas.

Artigo 7.º - Retransmissão por cabo

1 - **O direito de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo só pode ser exercido através de uma entidade de gestão colectiva do direito de autor, que se considera mandatada para gerir os direitos de todos os titulares, incluindo os que nela não estejam inscritos**, sem prejuízo do disposto no artigo 8.º quanto às emissões próprias dos organismos de radiodifusão.

2 - Os titulares de direitos referidos na parte final do n.º 1 terão os mesmos direitos e obrigações resultantes do contrato celebrado entre o operador por cabo e a entidade de gestão aplicáveis aos membros desta, podendo reivindicá-los no prazo de três anos a contar da data da retransmissão por cabo do programa que inclui a sua obra.

3 - Na falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, o litígio resolver-se-á por via arbitral, nos termos da lei” (grifos nossos).

dos direitos de autor poderá decidir qual dessas entidades deve gerir os seus direitos. O titular dos direitos referido no presente número terá os mesmos direitos e obrigações, resultantes do contrato entre o operador por cabo e a entidade de gestão que se considera mandatada para gerir os seus direitos, que os titulares dos direitos que mandataram essa entidade de gestão e pode reivindicá-los dentro de um prazo, a fixar pelo Estado-membro interessado, que não deve ser inferior a três anos a contar da data da retransmissão por cabo que inclui a sua obra ou outra prestação protegida.

3. Um Estado-membro pode estabelecer que, quando um titular de direitos autorizar no seu território a emissão primária de uma obra ou de outra prestação protegida, se considera que esse titular de direitos aceita não exercer os seus direitos de retransmissão por cabo numa base individual mas nos termos do disposto na presente directiva (grifos nossos).

Na Europa em geral também é comum a chamada remuneração compensatória ou equitativa¹¹⁷ pela reprodução de obras autorais para uso privado, que é controlada obrigatoriamente por meio de gestão coletiva:

Assim, o direito de autor degrada-se praticamente a um mero direito de remuneração por meio da gestão que é confiada a um terceiro, sendo duvidoso se o titular dos direitos pode reservar a não atribuição de certos poderes jurídicos à entidade de gestão coletiva.¹¹⁸

Verifica-se que, na Europa, há uma indicação clara de que certos direitos só podem ser exercidos por meio de gestão coletiva. Ocorre que o autor acaba por ficar refém de uma estrutura que, geralmente, é monopolística. Assim, não só há a obrigação de se filiar, mas sequer o autor costuma poder optar por determinada entidade que prefira, já que geralmente só há uma opção.

A liberdade de associação é uma garantia fundamental na maioria dos países democráticos, mas muitas vezes o titular de direitos autorais se vê obrigado a associar-se para que possa ser remunerado, em razão de não existir necessariamente a imposição aos órgãos arrecadadores de limitarem suas atividades fiscalizadoras ao catálogo que tenham efetivo e prévio mandato. Assim, o direito de livre associação seria violado sob a alegação de poder inviabilizar a arrecadação como um todo:

¹¹⁷ Código de Direitos Autorais de Portugal:

“Artigo 178º *(Poder de autorizar ou proibir):

2) A gestão da remuneração equitativa única será exercida através de acordo colectivo celebrado entre os utilizadores e a entidade de gestão colectiva representativa da respectiva categoria, que se considera mandatada para gerir os direitos de todos os titulares dessa categoria, incluindo os que nela não se encontrem inscritos”.

¹¹⁸ MARQUES, João Paulo Remédio. Propriedade intelectual - tendências globais. In: CASTRO, Ana Célia; POSSAS, Cristina de Albuquerque; GODINHO, Manuel Mira. **Propriedade Intelectual nos Países de Língua Portuguesa: Temas e Perspectivas**. Rio de Janeiro: E-papers, 2011. p. 41.

A gestão coletiva forçada pode em certos casos ser justificada pela natureza da relação em causa, quando não se vislumbra maneira de um regime ser aplicável aos que forem membros de uma entidade de gestão coletiva e não o ser aos que o não forem. Mas há que ter em conta que é um instrumento muito perigoso, que só se poderá aceitar em última análise. Subverte o princípio da liberdade de associação. E a entidade de gestão coletiva beneficiária perde todo o estímulo para defender os interesses dos titulares. Se eles estão amarrados de toda a maneira às suas decisões, só os interesses próprios dessas entidades passam a ser determinantes. Por isso, a gestão coletiva forçada é o El Dorado dos entes de gestão, que não precisam de agradar e atrair os titulares não associados porque, de toda a maneira, os têm nas mãos.¹¹⁹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, prescreve de forma direta em seu artigo 20: “1. Toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas. 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação”. A liberdade de associação é também reiterada no artigo 11 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950.

Há uma flagrante contraposição entre a Diretiva da União Europeia que prevê a gestão coletiva obrigatória expressamente e a garantia de base humanista da liberdade de associação. Esta contradição, historicamente, nunca foi muito debatida, até pelo papel de pressão dos organismos de gestão sobre os legisladores. Neste sentido, também para os usuários, especialmente aqueles grupos empresariais que precisam de licenças de direitos autorais para desenvolver suas atividades, a situação apresenta uma certa dicotomia: de um lado monopólios podem tentar impor preços e dificultar livre concorrência, mas, por outro, simplificam a operação, já que evitam a possibilidade de ter que negociar com diversos agentes difusos. Estes, justamente por serem difusos e não estarem organizados, não costumam ter poder de influência sobre mudanças legislativas.

É possível ponderar que a adesão obrigatória e a consequente exclusão de outros modos de exploração que essa implica, aumentaria eficiência econômica e os benefícios práticos que justificam a administração coletiva em primeira instância, como a emissão de licenças gerais e a redução dos custos de transação. No entanto, a participação obrigatória em determinada entidade também suscita sérias preocupações para os autores, pois impede (ou ao menos dificulta, a depender do caso) que possam conceder licenças individuais para

¹¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e Legitimidade das Entidades de Gestão Coletiva de Direitos Autorais. In: GUEDES, Armando Marques et al. (org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. Lebre de Freitas**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 152.

suas próprias obras e obriga a participação em uma organização cujas políticas podem estar em desacordo com interesses pessoais, sem muitas possibilidades de modificação, além de exigir afiliação com outros titulares de direitos com quem eles podem não querer se associar.¹²⁰

Os incentivos econômicos deveriam ser o bastante para que grande maioria dos autores participassem de forma voluntária da gestão coletiva, o que diminuiria o efeito da minoria que entendesse melhor administrá-los de forma individual.¹²¹ A possibilidade de opção também geraria um incentivo para uma melhor administração por parte da gestão coletiva, que de certa forma se encontra numa posição confortável, pois não atua em um regime concorrencial de mercado e pode arrecadar mesmo em nome daqueles que não são filiados. Mesmo quando a legislação nacional não vincula o exercício de determinados direitos à gestão coletiva, os monopólios de fato (não impostos por lei), mas por questões históricas e econômicas, como as analisadas no primeiro capítulo, acabam também por vincular os titulares de direitos autorais às entidades que atuam de forma exclusiva. Até no Brasil, a estrutura atípica com associações diversas para o exercício de direitos de execução coletiva poderia sugerir algo próximo de uma disputa comercial entre as entidades. Porém, é preciso apontar que desde o surgimento do ECAD e até mesmo antes deste, com os acordos entre sociedades, estas não atuavam em um regime propriamente de concorrência, que resultou inclusive em condenação do órgão de defesa da concorrência a ser analisada em tópico específico.

A Resolução nº 7/1976 do Conselho Nacional de Direito Autoral fixava normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais arrecadados pelo ECAD e previa uma situação bem particular:

Art. 20 - Os direitos autorais serão distribuídos, depois de deduzidos da arrecadação bruta os percentuais fixados pelo CNDA para a manutenção e atividades operacionais do ECAD e para as associações de titulares de direitos do autor e dos que lhes são conexos.

§ 1º - Os direitos arrecadados, deduzidos os percentuais mencionados neste artigo, serão distribuídos integralmente aos titulares de direitos autorais através das associações a que estejam filiados, ressalvadas as deduções expressamente previstas em Lei.

¹²⁰ **Collective Management of Copyrights and Human Rights**. Nashville: Daniel J. Gervais ed., 2010. p. 93. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2311>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹²¹ *Ibidem*, p. 94.

§ 2º - O ECAD fará a distribuição direta aos titulares de direitos autorais que não sejam filiados às associações de que trata este artigo (grifo nosso).

A norma ao mesmo tempo permitia que os autores e demais titulares de direito fossem remunerados mesmo sem filiação à qualquer associação, garantida liberdade não só de escolher entre entidades, mas de efetivamente sequer precisar participar das mesmas. Tal previsão de certa forma também, pelo menos em tese, acabaria por refletir em toda a sistemática de arrecadação e distribuição do ECAD. Na medida em que o ECAD é obrigado a distribuir diretamente para não filiados, é preciso ter um controle efetivo sobre o repertório que gerou a arrecadação, o que inibe distribuição indireta. Cabe apontar que a partir da Lei nº 9.610/1998 o CNDA foi oficialmente desativado e suas resoluções perderam efeito, sem que tenha sido criada regra similar.

Este tipo de disposição ganhava maior importância na medida em que associações como UBC e Socinpro (especialmente a primeira) detinham maior poder econômico e, conseqüentemente, decisório dentro da estrutura, de forma que por um longo período estabeleceram uma preponderância nas decisões, que eram tomadas com base na proporcionalidade da arrecadação de cada associação. Conseqüentemente, a possibilidade de um autor de escolher se filiar entre cerca de uma dezena de associações não resultava em uma verdadeira liberdade de escolha, já que as decisões sobre a gestão eram tomadas em assembleias decididas de forma centralizada.

Tal influência passou a ser minimizada, mas não superada, com as modificações inseridas a partir da Lei nº 12.853/2013, que instituiu o voto unitário de cada associação que integra o ECAD.¹²² Esta mesma lei, ao modificar de forma ampla o sistema de gestão coletiva no Brasil, manteve a previsão já constante na Lei nº 9.610/1998 de que os titulares de direitos autorais poderão praticar pessoalmente os direitos de cobrança e incluiu até a possibilidade de definição do preço para utilização dos seus repertórios “mediante comunicação à associação a que estiverem filiados, com até 48 (quarenta e oito) horas de

¹²² “Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.

§ 1º O ente arrecadador organizado na forma prevista no caput não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado por meio do voto unitário de cada associação que o integra”.

antecedência da sua prática”.¹²³ Ao mesmo tempo que a norma permite a gestão individual dos direitos, pressupõe a filiação a uma das associações como necessária, já que a comunicação para tanto sequer se dá diretamente com o ECAD, mas com uma das entidades que o compõem. Por via transversa, a legislação brasileira parece indicar a filiação como obrigatória, o que violaria a própria Constituição de 1988, na qual a liberdade está garantida pelo artigo 5º: “XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”. O texto constitucional garante expressamente a possibilidade de associação para gestão coletiva: “XXVIII - b) 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”.

Assim como na Declaração Universal, no Brasil fica garantida não só uma liberdade positiva, que permite aos cidadãos se associarem livremente, como também uma liberdade negativa, que veda a imposição de filiação. Este tema foi debatido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, que questionava justamente o monopólio legal concedido ao ECAD, que não estaria de acordo com a liberdade de associação. O relator, ministro Ilmar Galvão, afirmou em seu voto:

A lei prevista no inciso XXVIII do artigo 5.º da Carta, destinada a assegurar essa atividade, de fiscalizar e de realizar o aproveitamento econômico das obras que criarem, não pode impor a associação compulsória dos autores, com ofensa ao sistema de liberdade, positiva e negativa, estabelecido pela Constituição, havendo de limitar-se a garantir-lhes meios eficazes ao exercício desses direitos patrimoniais, seja diretamente, seja por via das associações que eventualmente, na medida de sua conveniência, os representem.¹²⁴

¹²³ Texto da Lei nº 9.610/1998, revogado: “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.

Parágrafo único. Os titulares de direitos autorais poderão praticar, pessoalmente, os atos referidos neste artigo, mediante comunicação prévia à associação a que estiverem filiados.

Redação dada pela Lei n. 12.853/2013:

Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 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 o exercício da atividade de cobrança desses direitos.

§ 3º Caberá às associações, no interesse dos seus associados, estabelecer os preços pela utilização de seus repertórios, considerando a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras.

§ 15. Os titulares de direitos autorais poderão praticar pessoalmente os atos referidos no caput e no § 3º deste artigo, mediante comunicação à associação a que estiverem filiados, com até 48 (quarenta e oito) horas de antecedência da sua prática”.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.054-4/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Acórdãos, 02 abril 2003. p. 113.

O voto do relator, pela procedência da ação, teria efeitos históricos e acabaria com o monopólio do ECAD, mas foi seguido apenas pelo ministro Marco Aurélio, os outros votantes acompanharam a dissidência do ministro Sepúlveda Pertence.¹²⁵ No caso, a discussão se deu sobre o artigo 99 e seu parágrafo primeiro da Lei nº 9.610/1998 (posteriormente alterados pela Lei nº 12.853/2013):

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.

A discussão centrou-se na existência de um escritório central (monopolístico), e foi decidido pela maioria, em resumo, que esta era não só benéfica, mas fundamental para os autores e não violava a livre associação destes, que poderiam vincular-se a sociedades variadas. Além disso, foi mencionado que não era vedada a criação de novas associações, mesmo que essas não integrassem o sistema central, em que pese o fato de que estas não poderiam de fato atuar arrecadando em nome dos autores. A já mencionada previsão legal de que os autores podem praticar pessoalmente a arrecadação de seus direitos, inclusive, foi um dos argumentos utilizados para demonstrar que a liberdade de associação era protegida pela Lei nº 9.610/1998, como consta no voto vencedor do ministro Sepúlveda Pertence:

Já se observou, com os artigos 97, caput, e 98, §1º, que a LDA, com relação aos próprios titulares de direitos autorais e conexos, nem lhes impõe associar-se nem os priva de sua faculdade de defesa individual, judicial ou extrajudicial, dos próprios direitos.

A liberdade de associação ferida seria, pois, não a dos titulares de direitos autorais, mas, sim, as de suas associações.

Percebe-se que a defesa do sistema em que as associações de autores se organizam por meio de um escritório central foi justificada justamente pela saída garantida pela lei aos autores de exercerem individualmente seus direitos. Ocorre que, na própria legislação, jurisprudência e, conseqüentemente, na prática, o exercício desta faculdade não encontra respaldo.

¹²⁵ Participaram também os ministros: Moreira Alves, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Sydney Sanches e Celso de Mello.

Na legislação, como já se demonstrou, há a previsão de que o exercício individual deve ser informado às associações das quais o interessado faça parte, o que sugere uma obrigação de filiação, além de não haver qualquer dispositivo que preveja como se dará este exercício. Na jurisprudência, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro de que é desnecessária a identificação das músicas e de seus respectivos autores para que haja a cobrança de direitos autorais pelo ECAD.¹²⁶ Na prática, se percebe que muitas vezes os autores não filiados não têm meios para exercer individualmente seus direitos e, mesmo que o fizessem, isto não impede que o ECAD continue arrecadando em nome deles, já que, mesmo quando entra com ações judiciais para recolher valores não pagos, o poder judiciário não requer demonstração de que o repertório utilizado pela parte ré seja de titularidade de filiados do escritório.

3.2 Gestão por meio de terceiros

Em uma discussão recente que diz respeito a empresas que disponibilizam repertórios de artistas para sonorização de ambientes, os autores e intérpretes das músicas abrem mão da arrecadação de seus direitos de execução pública pelo ECAD em locais específicos e recebem valores negociados diretamente com cada empresa, que por sua vez cobra dos estabelecimentos comerciais interessados valores pelo licenciamento e por serviços de formulação de *playlists*, assim como outros relacionados. As empresas

¹²⁶ "Direitos autorais. Legitimidade do ECAD para fixar os valores. Desnecessidade de indicação das músicas e dos autores. Já assentou a Corte não ser 'necessário que seja feita identificação das músicas e dos respectivos autores para a cobrança dos direitos autorais devidos, sob pena de ser inviabilizado o sistema causando evidente prejuízo aos titulares'" (REsp nº 526.540/RS, de 9/12/03; REsp nº 255.387/SP de 4/12/2000).

"Não é necessário que seja feita identificação das músicas e dos respectivos autores para a cobrança dos direitos autorais devidos, sob pena de ser inviabilizado o sistema causando evidente prejuízo aos titulares" (526.540/RS de 09/12/2003).

"O ECAD é parte legítima para cobrar direitos autorais de autores nacionais, independentemente da prova de filiação. Entendimento que se mantém diante da Lei n. 9.610/98. O art. 97, § 3º, da Lei n. 9.610/98 manteve a exigência, devidamente atendida no caso, de que 'As associações com sede no exterior far-se-ão representar, no País, por associações nacionais constituídas na forma prevista nesta Lei'" (REsp 439.881/RJ de 12/11/2007).

"Ademais, não é necessário que seja feita identificação das músicas e dos respectivos autores para a cobrança dos direitos autorais devidos. [...] é pacífico o entendimento do STJ de que é desnecessária a identificação das músicas e de seus respectivos autores/compositores para que haja a cobrança de direitos autorais pelo ECAD, visto que referida exigência inviabilizaria o devido cumprimento dos ditames da Lei n. 9.610/1998, de modo que, também no ponto, o acórdão impugnado vai de encontro aos precedentes desta Corte" (REsp: 1405344 SP 2013/0177596-7 de 21/06/2017).

obtinham mandato em nome dos artistas e informavam ao ECAD os repertórios e os estabelecimentos contratantes, de forma que o órgão evitasse a dupla cobrança.

Assim, os titulares de direito autoral podiam continuar vinculados ao sistema, que arrecadaria em seus nomes em outras situações, e ao mesmo tempo exerceriam seus direitos por meio de mandato a uma empresa especializada. O ECAD chancelou tal modelo e fez acordo por escrito (Memorando de Entendimento) com algumas das empresas, que vigorou por alguns anos na década de 2010, além de emitir documento denominado “Dispensa de Cobrança”, destinado aos estabelecimentos comerciais que contratavam os serviços.

Em abril do 2016, o Departamento de Direitos Intelectuais (DDI) do Ministério da Cultura (MinC) emite nota explicativa sobre o assunto com intuito a subsidiar a análise da Comissão Permanente para o Aperfeiçoamento da Gestão Coletiva (CPAGC) sobre “exercício da gestão individual de que dispõe o art. 98, §15, da LDA e limites e parâmetros da gestão coletiva e gestão conjunta”. É informado naquele documento (ao qual o autor deste trabalho teve acesso como membro da CPAGC e não está disponível de forma pública) que tramitavam à época no DDI quatro processos administrativos para apuração e correção de irregularidades, instaurados mediante representações protocoladas pelo ECAD.

Nos termos do artigo 16 da Instrução Normativa nº 3, de 07 de julho de 2015,¹²⁷ o ECAD solicita apuração de alegada gestão coletiva ilegal de direitos de execução pública musical, praticada por empresas que prestam serviço de sonorização ambiental, por meio de licença onerosa que permite estabelecimentos comerciais executarem publicamente determinados repertórios musicais. A atividade exercida violaria a legislação autoral brasileira em razão do art. 98-A da Lei nº 9.610/1998 estabelecer que o exercício da atividade de cobrança dependerá de habilitação prévia em órgão da Administração Pública

¹²⁷ Art. 16. O processo administrativo para apuração e correção de irregularidades será instaurado pela Diretoria de Direitos Intelectuais, por requerimento fundamentado de qualquer interessado ou de ofício, e terá o seguinte procedimento:

I - recomendação técnica de ofício da Diretoria de Direitos Intelectuais ou representação fundamentada protocolada no Ministério da Cultura;

II - notificação da associação, do usuário ou do Escritório Central, para que se manifeste, no prazo de dez dias, e apresente esclarecimentos e provas sobre os fatos alegados;

III - emissão de parecer pela Diretoria de Direitos Intelectuais;

IV - advertência, quando o parecer concluir pela ocorrência de irregularidades, em que serão determinadas as exigências necessárias e o prazo para sua correção, que não poderá exceder trinta dias;

V - conversão da advertência em auto de infração, quando não cumpridas as exigências necessárias, ou quando cumpridas de forma parcial ou insatisfatória;

Parágrafo único. Será arquivada a representação que não contiver indícios e fundamentos suficientes de infrações a serem apuradas.

Federal, além disso, o artigo 99 prevê que a arrecadação e a distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais, literomusicais e de fonogramas devem ser unificadas em um único escritório central.

Mesmo antes de o Ministério da Cultura emitir qualquer parecer, o ECAD passou a notificar as empresas sobre a suposta ilegalidade das práticas, que até então eram entendidas pelo órgão como lícitas. Cabe apontar que as novas regras sobre habilitação prévia para exercício de cobrança já estavam vigentes desde a entrada em vigor da Lei nº 12.853 em dezembro de 2013, 120 dias após a publicação da norma. Então, mesmo que a mudança legislativa pudesse ser considerada como um fator para a mudança de entendimento, o que não nos parece, houve um lapso significativo na mudança de comportamento do ECAD.

A partir daí começaram a surgir ações judiciais sobre o assunto, tanto com o ECAD no polo ativo, como passivo. Em uma delas, a Azul *Music* obteve decisão cautelar para que o ECAD interrompesse as medidas contra a empresa. Até o presente momento a decisão de primeiro grau foi mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme este se manifestou em 28 de agosto de 2017:

Trata-se de pedido de reconsideração da decisão proferida por esta Relatoria à fls. 317/322 que, nos autos de ação de compromisso arbitral ajuizada por Azul Music Multimídia Eireli em face de Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, manteve a decisão proferida pela julgadora quo, a qual determinou que a requerida-agravante “cesse a emissão de comunicados, notificações, boletos e toda e qualquer ação de cobrança, intimidação ou assédio aos clientes da autora-agravada Azul em virtude da utilização do repertório do acervo Music Delivery até que sejam instauradas mediação e arbitragem, decidindo em definitivo o mérito da questão.” [...] Em que pesem os argumentos expendidos pela recorrente, não vislumbro motivos para modificar o posicionamento por mim externado à fls. 317/322 dos autos, na medida em que, ao menos em sede de cognição sumária, não se encontram presentes os requisitos constantes do artigo 995, parágrafo único do CPC, notadamente o *periculum in mora*, podendo, perfeitamente, em sede própria e momento oportuno, ser revertida eventual decisão contrária à recorrente.¹²⁸

Surpreendentemente, nos acordos promovidos pelo ECAD, quando os serviços da sonorização ambiental surgiram, houve previsão de foro arbitral para discussão, cabendo ao Poder Judiciário julgar apenas pedidos cautelares e urgentes, de modo que importantes

¹²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento. Processo nº 2122733-41.2017.8.26.0000. Relator(a): Clara Maria Araújo Xavier. Agravante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Agravada: Azul Music Multimídia Eireli. Comarca: São Paulo.

decisões sobre o tema poderão ser definidas de maneira sigilosa, em âmbito privado. O ECAD tentou discutir o assunto perante o Poder Judiciário e afastar a aplicação da cláusula arbitral, mas esta foi mantida, em outra ação perante a justiça estadual de São Paulo em que o ECAD requereu que a ré Azul *Music* fosse condenada a se abster de exercer a gestão coletiva de direitos e a não fazer menção sobre o ECAD em seu site.¹²⁹

Já no Rio de Janeiro, em ação inibitória, o ECAD conseguiu reverter uma decisão desfavorável de primeiro grau. O escritório solicitou, a título de tutela de urgência, a interrupção das atividades da empresa *ListenX*. O juízo de primeira instância apontou que a concessão da medida representava “perigo irreversível à própria sobrevivência do modelo empresarial adotado”. Porém, em agravo de instrumento datado de 21 de março de 2017, ficou definido que:

O novo modelo de negócio realizado pela ListenX se faz através de licenciamento direto. E se há dúvida em definir o que seja licenciamento direto, dúvida não há da legalidade da cobrança realizada pelo ECAD, na forma do disposto nos artigos 97 e 98 da Lei dos Direitos Autorais, da qual se destaca o § 1º do artigo 98: “§1º. O exercício de atividade de cobrança citada no caput somente será lícito para as associações que obtiverem habilitação em órgão da Administração Pública Federal”. Assim é que somente esse argumento, considerando que no momento só se aprecia o efeito suspensivo da decisão, já é suficiente para afirmar a probabilidade do direito está muito mais forte para alegação do ECAD,

¹²⁹ Ação nº 1001449-74.2017.8.26.0100 da 35ª Vara Cível - Foro Central Cível, decisão de 16 de maio de 2017: “A despeito dos argumentos da autora, a preliminar de existência de cláusula compromissória merece acolhimento. A fim de regulamentar a gestão pessoal que seria feita pela ré para a prestação do serviço de sonorização ambiental a terceiros denominado “MusicDelivery”, as partes celebraram contrato em que dispuseram sobre os respectivos termos, condições e objetivos. Deliberaram, assim, sobre a isenção de direitos autorais ao ECAD, o procedimento de análise de liberação das músicas, os deveres da ré Azul *Music*, o direito do Ecad fiscalizar os clientes da ré e a validade e resolução do contrato (fls. 79/83). Estipularam, ao final, que: “Nos termos da Lei 9.307/96, as partes elegerão a mediação e a arbitragem, concordando especial e expressamente com os termos desta ‘cláusula compromissória’ para dirimir quaisquer disputas, controvérsias ou demandas decorrentes ou relativas a este Memorando ou à sua infração, extinção ou invalidade, e não sendo possível um acordo por meio da Mediação, serão definitivamente resolvidas por Arbitragem, constituindo-se sentença prolatada por árbitro ou árbitros escolhidos pelas partes; (Cláusula 6.2). Na inicial, a autora sustenta que, após minuciosa análise dos documentos apresentados pela ré, descobriu que não estavam de acordo com os termos do memorando, pois a ré não seria titular das obras obtidas por derivação, mas mera licenciada, fator que lhe impediria de exercer a gestão pessoal e, por conseguinte, prestar o serviço MusicDelivery. Trata-se, à evidência, de questão afeta aos termos do contrato (memorando), o que faz incidir a cláusula 6.2, que remete às partes à arbitragem. Ao contrário do que alega a autora, pouco importa que o contrato não esteja mais em vigor - fato que também é controvertido na demanda - haja vista que o que determina a incidência da cláusula compromissória é a existência de controvérsia sobre fatos ocorridos durante a sua execução. Por isso, todas as disputas ocorridas durante a sua execução devem ser submetidas à Arbitragem, conforme expressa vontade das partes, e não ao Judiciário. Ainda que assim não fosse, colhe-se da cláusula 6.2 que as partes deliberaram, ainda, que a própria validade e extinção do memorando, fatos também controvertidos na presente demanda, seriam submetidas à Arbitragem. Assim, seja em razão dos fatos ocorridos durante a sua vigência, seja em razão da validade ou extinção do contrato (autor diz que está extinto e ré que foi prorrogado automaticamente), de rigor a extinção do feito na forma do art. 485, VII, do CPC. [...]”

órgão regularmente habilitado ao exercício da atividade de cobrança, do que para a da agravada, que opera um novo modelo de negócio, do qual ainda paira dúvida quanto à legalidade. Há ainda sério risco, caso se comprove não estar devidamente regularizada a atividade da agravada, daqueles serem demandados por cobrança retroativa devida ao ECAD. Esse sim, o risco de grave dano de difícil reparação. Risco que se agrava em razão do caráter alimentar da arrecadação, que se destina a remunerar os titulares representados pelo ECAD. Desta forma, defiro, por ora, o pedido de efeito suspensivo, por vislumbrar, em sede de cognição sumária, a presença dos requisitos previstos no parágrafo único do artigo 995 do Código de Processo Civil.¹³⁰

Cabe apontar a Diretoria de Direitos Intelectuais do Ministério da Cultura, quando solicitou a opinião da CPAGC para formar sua decisão sobre as representações do ECAD, não forneceu a integralidade dos processos administrativos e fez perguntas em abstrato sobre o possível novo tipo de gestão de direitos. A DDI deferiu os pedidos das representações, por meio da Nota Técnica nº 07/2017, nos seguintes termos:

Diante o exposto, opina-se pelo deferimento da Representação para reconhecer a ilegalidade da atividade de sonorização ambiental desenvolvida pela Representada, por afronta aos artigos 98, § 15, e 99, da Lei de Direitos Autorais. Contudo, entende-se que, não obstante a ilegalidade declarada, reconhecem-se como legítimos os negócios jurídicos entabulados entre as partes até a prolação da presente decisão, em observância aos princípios da boa-fé e segurança jurídica. Com isso, entendem-se que eventuais dispensas de pagamento de direitos autorais concedidas pelo ente central arrecadador, que ainda estejam no prazo de validade, devem ser consideradas inválidas a partir da presente decisão.

Em 23 de outubro de 2017, a empresa *Azul Music* protocolou recurso administrativo sobre a decisão, sob a alegação de que a decisão veda a atividade de sonorização ambiental, quando a discussão era sobre a utilização e licenciamento direto de repertório de terceiros sem participação do ECAD. A empresa afirmou, ainda, que administra direitos próprios, o que foi desconsiderado. Requereu, assim:

- a) concessão efeito suspensivo imediato;
- b) concessão de medida acautelatória para determinar que o ECAD se abstenha de utilizar esta decisão ora Recorrida perante quaisquer terceiros, em especial em processos administra vos e/ou judiciais, e para cobrar e assediar os clientes da requerente;
- c) Ao final, que seja dado deferimento ao presente recurso para anular a referida decisão, por estar eivada de vícios, mandando a DDI reexaminar os fatos e documentos e proferir nova decisão, ou se assim entender Vossa Excelência, reformar a mesma, indeferindo o pleito do ECAD por completo, ou alternativamente, recorrendo apenas sobre a parte do

¹³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. Agravo de Instrumento. Processo nº 0011505-90.2017.8.19.0000. Ação Originária nº 017822-04.2017.8.19.0001.

repertório utilizado pela Recorrida que representa direitos de terceiros, dando à mesmo prazo para sua regularização, se for o caso.

A DDI reconheceu que o debate restringe-se à gestão de obras que compõem o repertório de terceiros e concedeu efeito suspensivo à decisão proferida através da Nota Técnica nº 07/2017, até a decisão do recurso administrativo final, ratificando de resto o posicionamento anterior. Neste sentido, com uma construção jurídica que defende a gestão individual dos direitos, de maneira a relativizar o monopólio do ECAD, de que maneira esta pode ser exercido por meio de mandato a terceiros, especialmente empresas dedicadas para tanto?

O modelo preconizado pela Lei nº 12.853/2013 de certa forma resgata aquele construído pela Lei nº 5.988/1973, pois retomou uma maior regulação do Estado sobre a gestão coletiva e de certa forma também privilegia o sistema de organização formado por um escritório central composto por associações de autores sem finalidade lucrativa. Na medida em que as associações passaram a novamente a ter que prestar contas ao governo, pareceu razoável fechar as portas para empresas que pudessem burlar as regras de controle, que incluem a redução dos percentuais recolhidos pelas associações para custeio de suas despesas administrativas.

Alguns pontos merecem ser discutidos neste contexto. Primeiro, em que medida pode-se viabilizar a gestão individual sem algum tipo de intermediário e em que grau eventual intermediação pode ser considerada a prática de gestão coletiva não autorizada. Nos parece que a gestão coletiva reservada para as associações habilitadas perante o MinC, reunidas pelo ECAD, tem como intuito garantir, entre outros aspectos, um menor custo de transação para usuários, que sabem poder contar com um escritório de vasto repertório, de maneira que não precisem negociar com diversos fornecedores.

Ocorre que o novo modelo proposto tem características que não parecem colocar em risco o sistema como um todo, nem ao menos caracterizar gestão coletiva para os fins legais. Além disso, as empresas prestam serviços que vão além do mero licenciamento concedido tradicionalmente. A decisão do TJ-RJ citada anteriormente afirma que o ECAD é “órgão regularmente habilitado ao exercício da atividade de cobrança”, enquanto a *ListenX* “opera um novo modelo de negócio, do qual ainda paira dúvida quanto à legalidade”. As empresas têm como primeiro ponto o licenciamento, assim como o ECAD, com arrecadação de valores sobre os usuários.

Porém, enquanto o ECAD tem prerrogativa de cobrar de toda a sociedade, inclusive por obras que não façam parte de seu repertório, como é pacificado no STJ, os agregadores têm atuação bastante limitada, com os autores que expressamente fazem contratos de um lado e com os estabelecimentos comerciais de outro. Nos parece que a gestão coletiva, para fins legais, deva ser aquela que se construiu com um caráter de quase compulsoriedade, pois arrecada de toda a população (inclusive quando não há finalidade lucrativa), com repertório (praticamente) ilimitado, nos moldes construídos historicamente.

Caso contrário, como é comum na história da aplicação dos direitos autorais a situações inovadoras, será aplicado um modelo antigo e analógico para situações completamente novas, digitais e interativas. Então, primeiramente, as empresas que atuam neste novo mercado não podem ser entendidas como sociedades de gestão coletiva meramente por gerirem repertórios de terceiros. Para recapitular, cabe selecionar algumas disposições da Lei de Direitos Autorais:

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. [...]

§ 2º É vedado pertencer, simultaneamente, a mais de uma associação para a gestão coletiva de direitos da mesma natureza.

Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 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 o exercício da atividade de cobrança desses direitos.

Art. 98-A. O exercício da atividade de cobrança de que trata o art. 98 dependerá de habilitação prévia em órgão da Administração Pública Federal, conforme disposto em regulamento [...].

Ora, depende de habilitação prévia perante o governo a cobrança prevista pelo artigo 98, não qualquer cobrança. Pois o artigo 98 trata da filiação à associação em que esta passa a ter mandato ilimitado para defesa e cobrança dos direitos. Há uma faculdade aos autores no artigo 97 de se associarem sem intuito de lucro, desde que não participem, simultaneamente, a mais de uma associação, conforme parágrafo segundo.

Bom, a contratação por um autor de uma empresa especializada para fazer a gestão em seu nome (ou, ao contrário, a contratação do autor pela empresa) não parece guardar relação com a atividade prescrita em lei. Pois o princípio da legalidade é uma garantia constitucional que prescreve “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, II).

Tratando-se de um novo modelo de negócio, não se está falando de uma associação de autores, em que estes comungam de um espírito comum, assim como não há qualquer

interesse dos autores de conceder às novas empresas mandato ilimitado, pelo contrário. Além disso, como a lei veda a participação em mais de uma associação de forma simultânea, caso qualquer administrador de direitos de terceiros for considerado um novo tipo de órgão de gestão coletiva, isto significaria inviabilizar completamente a concessão de mandatos a qualquer um por parte dos filiados que queiram retirar apenas parte de seus repertórios da gestão coletiva “tradicional”.

Finalmente, o termo “pessoalmente” utilizado pela legislação pode induzir a erro, mas certamente não é equivalente a algo como “por meio de pessoa física”, até porque os titulares de direitos autorais podem ser pessoas jurídicas. Da mesma maneira, em obras com cotitularidade podem haver diversas pessoas físicas e jurídicas detentoras de parte dos direitos.

A situação remete a outro questionamento: será que reservar o mercado para associações sem finalidade lucrativa não é uma forma de prejudicar a concorrência e a própria construção de novos modelos de negócio que possam gerar receitas, principalmente para aqueles autores que atualmente recebem pouca ou nenhuma remuneração do sistema tradicional?

Historicamente, as sociedades chegaram a ter um papel que remete ao associativismo, de cuidado com a vida de seus filiados de forma mais ampla e, em alguns casos até, de defesa dos direitos morais. Porém, já faz muito tempo que a preocupação passou a ser majoritariamente econômica e não é casualidade o ECAD ser denominado Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. O próprio nome já demonstra o caráter exclusivamente patrimonial do órgão que reúne as sociedades.

Como demonstrado no primeiro capítulo, o surgimento das sociedades de autores é decorrente de uma demanda crescente por música, que passou a gerar um mercado, no que convencionou-se denominar por muito tempo de indústria cultural e, mais recentemente economia criativa.¹³¹ Não parece que as sociedades tradicionais de direitos autorais sejam capazes de atender a todo este pulsante mercado, especialmente em um modelo que não

¹³¹ "A tendência atual de re-significação do consumo e, por conseguinte, da sociedade de consumo parece vir acompanhada de uma outra tendência que pode ser expressa no surgimento de um novo termo: economia criativa. Ao que tudo indica, trata-se de uma nova denominação que vem se afirmando no discurso dos profissionais envolvidos com a área cultural no Brasil – administradores públicos, produtores, gestores, entre outros – em substituição àquilo que se convencionou chamar de indústria cultural" (MACHADO, Rosi Marques. Da indústria cultural à economia criativa. **Alceu**. v. 9, n.18, p. 83, jan./jun. 2009. Disponível em: <[http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/Alceu%2018_artigo%206%20\(pp83%20a%2095.pdf](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/Alceu%2018_artigo%206%20(pp83%20a%2095.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2017).

favorece a competição. Esta situação se torna ainda mais anacrônica na medida em que a Instrução Normativa (IN) nº 2/2016 do MinC estabelece que a cobrança “sobre a utilização de obras, interpretações ou execuções e fonogramas na Internet” pode ser feita pelos próprios titulares de direitos autorais, que poderão praticar pessoalmente os atos, e por meio de gestão coletiva, leia-se, ECAD.¹³²

A IN não esclarece como se dará a gestão pessoal ou individual. Como se demonstrou no início do tópico anterior, na União Europeia optou-se permitir, em alguns casos, que um acordo coletivo celebrado entre uma entidade de gestão e um organismo de radiodifusão seja tornado extensivo aos titulares de direitos da mesma categoria não representados pela entidade de gestão. É uma escolha dúbia: ao mesmo tempo que suprime a liberdade de associação, garante alguma segurança jurídica para os usuários, que não precisam negociar individualmente ou correr o risco de utilizar obras sobre as quais não têm licença. No Brasil, a questão fica obscura, pois parece evidente que na prática se dará o mesmo que na Europa, mas sem uma regulamentação para tanto.

Muitas vezes, parece que o legislador opta por prever a gestão pessoal mais como uma certa obrigação, para preservar uma suposta liberdade de associação, mas não cria ferramentas, ou ao menos parâmetros, para que esta seja exercida. A própria regulação sobre a gestão coletiva é feita de maneira a, na prática, suprimir esta pretensa liberdade.

As sociedades arrecadoras são construídas em cima da ideia de execução pública de direitos autorais, um tipo de direito que surgiu bem posteriormente ao direito clássico de reprodução, por exemplo. A IN nº 2/2016 do MinC cria um novo cenário, com a extensão das prerrogativas das associações no Brasil para situações como “utilização”, termo bastante genérico, e outros mais técnicos como “reprodução” e “distribuição”. Nos parece que uma instrução normativa, instrumento que deveria ter caráter administrativo meramente complementar ao da legislação, não deveria extrapolar totalmente o conceito criado pelo legislador. Perdeu-se uma chance de criar um paradigma para o ambiente

¹³² “Art. 2º A cobrança sobre a utilização de obras, interpretações ou execuções e fonogramas na internet pode ser feita:

I - pelos próprios titulares de direitos autorais, que poderão praticar pessoalmente os atos referentes à atividade de cobrança na internet;

II - por meio de gestão coletiva, nos termos desta Instrução Normativa.

Parágrafo Único. No caso dos titulares de direitos autorais representados por entidades de gestão coletiva que pretenderem praticar o ato de cobrança pessoalmente, observar-se-á o disposto no §15 do art. 98 da Lei nº 9.610 de 1998 e art. 13 do Decreto nº 8.469, de 22 de junho de 2015”.

digital, que poderia contar com gestão coletiva específica, e regras mais claras para o exercício individual de direitos.

Isto posto, além da discussão sobre os limites da gestão individual e da gestão coletiva, no que tange especificamente os novos modelos de negócio de licenciamento de repertórios para execução pública, é fácil perceber que as empresas ocupam um espaço deixado pela gestão coletiva tradicional e vão além do papel desta. A música ambiente oferecida tem um nicho específico de mercado, como lojas e restaurantes. São espaços em que a música tem um papel secundário, ao contrário de casas de show, rádios musicais e outros, mas, ainda assim, geram no total uma arrecadação relevante. Isso ocorre porque a arrecadação pode se dar de forma bastante difusa, desde sobre pequenos consultórios médicos e salões de beleza, até grandes shoppings e lojas.

Se a arrecadação do ECAD não costuma ser bem recebida de forma geral, nesses espaços a situação é ainda pior, porque muitas vezes a utilização que dá azo à cobrança é a mera utilização de uma TV ou rádio em um canal ou estação aleatório. O fato de que por muito tempo o ECAD cobra de comerciantes de forma intensa, sem margem para negociações, acaba por gerar um efeito negativo que facilita a abordagem de novos serviços.

Neste ponto, mais do que preço mais baixo, são oferecidos novos serviços, que os diferencia do sistema tradicional, caracterizado pela organização de programações musicais, oferecimento de repertório na nuvem dividido em categorias, possibilidade de inserções com avisos e outras funcionalidades. O sistema ECAD acostumou-se a oferecer apenas um tipo de licença global, modelo *blanket license*. Assim, um bar de samba, por exemplo, paga um valor para ter acesso a uma gama de canções, incluído repertório internacional, que jamais utilizará. Além disso, o ECAD não fornece arquivos com os fonogramas aos licenciados, apenas os direitos de execução pública. Desta forma, os usuários precisam ainda obtê-los por meios próprios, ao contrário do serviço prestado pelas empresas do ramo.

Com a IN nº 2/2016, ainda de certa forma recente, abrem-se novas possibilidades para a gestão coletiva no Brasil, que poderia buscar inspiração nos serviços prestados pelos agentes privados para, em vez de questionar a legalidade dos mesmos, tentar incorporar algumas das suas práticas, de forma a fazer com que os usuários se sintam incentivados a pagar pelas licenças, que viriam agregadas a serviços, modelo largamente utilizado hoje

em dia por empresas de tecnologia. Esse assunto será aprofundado no terceiro capítulo deste trabalho.

Mais do que manifestações em casos concretos, motivadas por reclamações do ECAD, nos parece que seja a hora de estabelecer meios para que a gestão individual possa ser exercida de forma plena. Certamente, não se pode crer que está se dará com o próprio autor batendo na porta de estabelecimentos para cobrar seu direito. A utilização de intermediários parece ainda de certa forma, mesmo com os avanços tecnológicos, não inevitável, mas bastante provável. Estes intermediários podem ter finalidade lucrativa ou não, mas dificilmente se organizarão na forma de associações de autores, no modelo prescrito na legislação brasileira. Não faz sentido que sejam interpretados como ilegais.

3.3 Direito da concorrência

O conceito de propriedade intelectual, como uma propriedade intangível, de titularidade privada, que requer profunda intervenção estatal para sua existência e será comercializada com base em um mercado de monopólios, tem na contradição a sua essência. São direitos de exclusivo protegidos pelo Estado para atores que muitas vezes os interpretam como se equivalentes à posse de um objeto, que passa a ter papel central dentro de uma economia do conhecimento. Para que o sistema funcione minimamente, é necessária a imposição de limitações ou exceções.¹³³ Em que pese a expressão “propriedade intelectual” ser mais comumente utilizada nos tratados internacionais e nas legislações nacionais sobre o assunto, boa parte da doutrina econômica utiliza o termo “monopólio”, já que o titular tem a exclusividade legal de uma oportunidade comercial, mas “não – como no monopólio autêntico – uma exclusividade de mercado”:

Seguramente isso acontece porque o estatuto da propriedade tende a ser um dos conjuntos mais estáveis de normas de um sistema legal, permitindo a formulação da política de longo prazo, aumentando a segurança dos investimentos e direcionando a evolução tecnológica para os objetivos que a comunidade elegeu como seus.¹³⁴

Ora, o titular de um fonograma detém a exclusividade de exploração econômica,

¹³³ PICCIOTTO, Sol; CAMPBELL, David. Whose molecule is it anyway? Private and social perspectives On intellectual property. In: HUDSON, Alistair. **New perspectives on property law, obligations and Restitution**. London: Routledge-Cavendish, 2003. p. 279-303.

¹³⁴ BARBOSA, Denis Borges. **O Conceito de Propriedade Intelectual**. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/110.doc>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

respeitadas as limitações intrínsecas das próprias legislações específicas e outras (muitas vezes constitucionais ou garantidas por tratados internacionais), mas não a exclusividade do mercado musical, por exemplo. A discussão se a denominação propriedade ou monopólio é mais adequada para os direitos intelectuais não é foco deste trabalho, mas este viés é fundamental para a discussão dos direitos de concorrência, especialmente quando se trata de gestão coletiva.

Tanto nos países em que há apenas um ente arrecadador, quanto naqueles em que há alguns, percebe-se uma concentração que leva a monopólios ou oligopólios, respectivamente. São estruturas monopolísticas que gerem a utilização econômica de obras autorais, que são em essência monopólios garantidos pela legislação. Assim, a questão concorrencial pode ser analisada em duas instâncias dentro do sistema de gestão coletiva.

Afirma Ascensão:

Como dissemos, os direitos autorais consubstanciam-se normalmente em exclusivos. Os exclusivos, atuados na vida de negócios, constituem monopólios. O facto de as entidades de gestão coletiva gerirem monopólios bastaria já para tornar indispensável uma supervisão, para assegurar que as regras mínimas da concorrência sejam respeitadas. Mas isto é ainda agravado pela circunstância de em cada país as entidades de gestão coletiva serem elas próprias únicas no seu domínio. Têm um monopólio de direito, se a lei impõe que haja apenas uma entidade do seu tipo – é o caso da AGE COP em Portugal ou do ECAD no Brasil; ou têm um monopólio de facto, quando as vicissitudes históricas levaram a que num setor só uma entidade de gestão coletiva se criasse ou só uma entidade subsistisse. Em qualquer caso, mas mais agudamente quando elas próprias são monopolistas, têm de estar sujeitas às regras da concorrência (17).

(17) Se uma entidade única detém direitos musicais para efeitos de radiodifusão, por exemplo, essa entidade poderia impor as tarifas que quisesse, nas condições que determinasse, sem qualquer correlação com o valor relativo dos bens intelectuais em presença.¹³⁵

A concorrência não é juridicamente tutelada como um fim em si, mas sim um meio para se criar uma economia eficiente e se preservar o bem-estar econômico da sociedade. Este pode ser alcançado tanto por meio de estruturas concentradas quanto desconcentradas de mercado, a depender das características específicas do setor da economia em questão. O viés pode ser tanto de regular o mercado justamente para protegê-lo, como também de assegurar os direitos de consumidores e do próprio Estado.

¹³⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e Legitimidade das Entidades de Gestão Coletiva de Direitos Autorais. In: Guedes, Armando Marques et al. (org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. Lebre de Freitas**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 173.

O poder de mercado é a possibilidade de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços ou, ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros.

Evidentemente, há alguma contraposição entre direitos de propriedade intelectual e a proteção à concorrência. Interessante é observar que o *Sherman Antitrust Act* (1890), legislação dos EUA considerada como marco legal da matéria, é contemporâneo às Convenções de Paris (1883) e de Berna (1886). Em que pese esta coincidência histórica, à época o alvo da proteção a um mercado menos centralizado não era diretamente os detentores de direitos de propriedade intelectual, mas especialmente as empresas que exploravam o ramo petrolífero.

Ocorre que a crescente importância das indústrias baseadas em direitos intelectuais, assim como a relevância que estes passaram a ter para todos os setores produtivos, resultou em um direcionamento do alvo das legislações e órgãos de defesa da concorrência para negociações comerciais de bens intelectuais. Novamente os Estados Unidos tiveram um papel precursor no assunto, tratado no próximo tópico.

3.3.1 Estados Unidos

A pesquisadora Robin Feldman afirma que a compreensão da intersecção do sistema de patentes com o direito antitruste e a legislação contratual é complicada, a princípio em razão da complexidade própria de cada uma das áreas, mas totalmente necessária. A análise deste triângulo que, se não é amoroso, pode ser bastante pernicioso para o interesse público,¹³⁶ leva inicialmente ao *patent misuse*, o uso indevido de patentes, que resultaria em abuso de direito. Em um primeiro momento, as Cortes de Justiça dos EUA atuavam apenas em casos originados por disposições contratuais, mas não naqueles em que a violação à concorrência decorresse da legislação patentária, o que a tornou em um meio “lícito” de contornar a proteção antitruste. Apenas a partir das décadas de 1930 e 1940 a Suprema Corte dos EUA articulou o que seriam as bases da reconciliação das legislações de concorrência e patentária, primeiramente nos casos em que eram excedidos os direitos

¹³⁶ A ironia aqui é do autor desta tese, não do doutrinador dos EUA.

garantidos por patente (tanto no tempo como no escopo). Posteriormente, alguns julgamentos incluíram na análise a necessidade de que o excesso resultasse em efeitos anticompetitivos, o que aproximou ainda mais o sistema de patentes e antitruste.¹³⁷ Não tardou para a aplicação dos direitos de concorrência ocorrer nos EUA também para os direitos autorais, especialmente a gestão coletiva destes. Ora, como exposto os próprios exclusivos inerentes aos direitos intelectuais já se contrapõem a um ideal de livre mercado. No caso da gestão coletiva, a construção de monopólios, ou oligopólios, para gestão da execução pública de obras autorais acaba por levar a situação a outro nível, em que os privilégios em relação aos usuários, aqueles agentes que pretendem obter licenças de utilização, aumentam de forma exponencial. A pesquisadora portuguesa Tânia Faria afirma:

A gestão coletiva assenta na aglutinação de direitos de autor, numa situação de concentração no mercado e de proximidade de operadores que podem ser caracterizados como concorrentes, sendo que situações deste tipo podem ter um impacto anticoncorrencial, encerrando os mercados e facilitando a fixação de preços.

Podem também conduzir a preços excessivos através de estratégias de licenciamento conjunto (*blanket licensing*), o que faz com que os clientes tenham de pagar pelo acesso ao pacote completo (toda a música), apesar de apenas estarem interessados num segmento (por exemplo, música sinfónica).¹³⁸

Nos Estados Unidos são três as associações mais tradicionais de autores (Ascap, BMI e Sesac)¹³⁹ e suas atividades, especialmente das duas primeiras, são fiscalizadas pelo *Department of Justice* (DOJ), órgão que tem entre suas atribuições a defesa do antitruste. Pois justamente a ASCAP e a BMI, dominantes do mercado, atuam sob *consent decrees* (comparáveis a termos de ajuste de conduta) intermediados pelo DOJ desde 1941. Dentre as condutas que originaram a investigação do DOJ, ainda na década de 1930, estavam: a prática da ASCAP de oferecer apenas um tipo de licença (a genérica *blanket license*), o que

¹³⁷ FELDMAN, Robin. **Rethinking Patent Law**. Massachusetts: Harvard Uni Press, 2012.

¹³⁸ FARIA, Tânia Luísa F. e. Gestão Coletiva de Direitos de Autor e Direito da Concorrência: o Ótimo é Inimigo do Bom ou Vice-Versa - Reflexões a Propósito do Caso CISAC. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, v. 2, n. 11, 2013. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/04/2013_11_00000_Capa.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹³⁹ Em 2013 foi criada a *Global Music Rights*, que faz parte do *Azoff MSG Entertainment*, uma *joint venture* criada no ano passado com o *Madison Square Garden Company* que conta desde sua fundação com associados importantes como Eagles, Bruno Mars, John Lennon e Megadeth (SISARIO, Ben. New Venture Seeks Higher Royalties for Songwriters. **The New York Times**. Media. Washington, 29 out. 2014. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2014/10/30/business/media/new-venture-seeks-higher-royalties-for-songwriters.html?_r=0>. Acesso em: 20 ago. 2017).

restringiria o mercado de forma ilícita; e a cobrança de preços arbitrários.¹⁴⁰ Os documentos foram atualizados algumas vezes, sendo as mais recentes nos anos de 1994 (BMI) e 2001 (Ascap), de forma a promover a competição entre as associações. Um dos efeitos é o combate à imposição unilateral de preços, com possibilidade de intervenção de Corte Arbitral no caso de discordância. Outras medidas são: maior transparência e oferecimento de opções aos contratantes; regulação da relação com os associados; possibilidade de troca de entidade sem penalização; maior simplificação e eficiência nos procedimentos de pagamento de taxas de licença; entre outras. Cabe salientar que para construção dos *consent decrees* é permitida a participação de terceiros interessados, o que também colabora para a proteção do interesse público.¹⁴¹

Em 2014, depois que Ascap e BMI solicitaram que o DOJ modificasse os *consent decrees* em vários aspectos, incluindo que as grandes editoras de músicas sejam autorizadas a retirar parcialmente suas músicas da gestão coletiva para fins de licenciamento para serviços de *streaming*, de forma a terem maior liberdade de negociação. Um dos motivos da insatisfação é que os valores pagos pelos direitos sobre os fonogramas (conexos) é muito maior do que aquele pago para os titulares dos direitos sobre as composições musicais. Isto ocorreria, em parte, porque os *consent decrees* limitam a atuação das entidades, especialmente aumentos significativos nos valores cobrados.

A conclusão do Departamento de Justiça, em junho de 2016, foi de que não seria necessária modificação nos termos, visto que, em que pese as enormes mudanças na indústria musical, os direitos daqueles que utilizam as licenças ainda estariam preservados e os compositores continuam adequadamente compensados. Além disso, o DOJ, sem modificar textualmente os decretos, expressou sua interpretação de que o licenciamento fracionado em geral não atende aos interesses dos usuários, não só quanto à questão dos meios digitais, mas, em geral, especialmente pela dificuldade de controle sobre titularidade dos repertórios. O licenciamento integral aplica-se à músicas em que a titularidade é dividida, especialmente entre titulares de diferentes entidades de gestão coletiva. O DOJ entendeu que um usuário, como uma estação de rádio, só precisa obter da licença de um

¹⁴⁰ GRAVELLE, J. G. **Money for Something: Music Licensing in the 21st Century**. Washington, DC: Congressional Research Service, 2016. Disponível em: <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key_workplace/1493>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁴¹ TORRI, Veronica. **Gestão coletiva de direitos autorais e a defesa da concorrência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 81-85.

dos proprietários de direitos para poder utilizar a obra, ao contrário de posicionamento cobrado pelas editoras.

Ocorre que a interpretação foi inovadora e acabou por modificar as bases da gestão coletiva, tanto é que o próprio DOJ concedeu o prazo de um ano para que Ascap e BMI adotassem medidas para atender o novo entendimento. A BMI ajuizou ação para contestar a medida e em setembro de 2016 conseguiu uma decisão de primeiro grau favorável que suspende os efeitos do novo entendimento. O DOJ recorreu e a questão ainda está em análise. No Brasil, como veremos no próximo tópico, a discussão da relação entre defesa da concorrência e gestão coletiva é mais recente.

3.3.2 Brasil

O mesmo tipo de debate, sobre direito concorrencial e gestão coletiva, tomou corpo oficialmente no Brasil apenas em 2010, com representação apresentada pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA) contra o ECAD e mais seis das associações que compunham o órgão época: UBC, Socinpro, Associação Brasileira de Música e Artes (Abramus), AMAR, SBACEM e Sicam (as associações “efetivas”, as outras não tinham direito de voto, são as chamadas “administradas”).¹⁴² As alegações são de que as associações de direitos autorais associadas abusariam da proteção legal garantida pela Lei nº 9.610/1998 por fixarem, em comum acordo feito entre supostos concorrentes, valores abusivos a serem cobrados das operadoras de televisão por assinatura. Haveria ainda uma impossibilidade prática na criação de novas associações e uso de critérios abusivos para fixação de preços. Os requisitos essenciais para a configuração da prática de cartel estariam presentes: alto grau de concentração, dentre as nove associações, seis eram efetivas (com plenos direitos) e apenas duas representam a maior parcela arrecadada; elevadas barreiras à entrada; estabilidade das condições da demanda, pois os usuários de música são obrigados a remunerar o ECAD, sem possibilidades de significativa negociação.

¹⁴² Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83. Data de Registro: 09/04/2010. Com a exclusão de duas associações administradas, Abrac e Sadembra, hoje o ECAD é composto por: Abramus, Amar, Assim, Sbacem, Sicam, Socinpro e UBC, sendo que a Assim não foi representada perante o CADE pois à época da representação ainda era uma sociedade “administrada”, ou seja, sem direito à voto.

Os principais pontos alegados pelas Representadas como defesa foram: incompetência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para apreciar condutas envolvendo os direitos autorais; violação à Constituição (especialmente proteção da liberdade de associação (inciso XVIII do art. 5º) e tutela dos direitos autorais (incisos XXVII e XXVIII, letra b, do art. 5º); impossibilidade de imputação de cartel; inaplicabilidade da Lei nº 8.884/1994 ao caso; e incompatibilidade da prática investigada com a prerrogativa do titular de direitos autorais de autorizar a utilização de sua obra.

Como resultado, em março de 2013 foi decidido que as representadas incorreram em infração à ordem econômica, ao fixarem conjuntamente os valores cobrados, funcionando o ECAD como uma instância de coordenação de preços. Concluiu-se, também, que o Escritório incorreu, também, em infração à ordem econômica ao impor critérios abusivos e indiscriminados para o ingresso de novas associações no sistema de gestão coletiva instituído pela Lei de Direitos Autorais, em prejuízo a livre concorrência, aos agentes do setor e a toda coletividade.

Foi aplicada multa ao ECAD corresponde a mais de seis milhões de reais (R\$ 6.416.460,00) e de mais de cinco milhões (R\$ 5.347.050,00) para cada uma das associações, em um total de praticamente 38,5 milhões de reais. Decidiu-se ainda por obrigações como:

- I. Que todas as Representadas condenadas efetuem o pagamento das multas impostas no prazo de 30 dias a contar da publicação deste voto.
- II. Que o valor a ser pago pela determinação "I" seja oriundo das taxas de administração das Associações e não repassado aos seus associados.
- III. Que as Representadas cessem a prática de fixação conjunta e unificada dos valores devidos pela execução pública das obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, devendo, a formação de preços e a decisão sobre estes, ocorrer nas associações, visto que a negociação sobre preços e produto (licença sobre repertório) cabe a cada associação.
- IV. Que as Representadas passem a ofertar outras licenças que não só a blanket license.
- V. Que os dirigentes das Representadas sejam proibidos de participar de outras direções que possuam os mesmos objetivos das Associações que estes participavam;
- VI. A proibição de se discutir preços em Assembleia Geral, bem como a proibição de promulgação de Tabela de Preços por parte do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD);
- VII. Que o ECAD e as Associações Efetivas reformulem, no prazo de 6 meses, o sistema de Gestão de Coletiva, de modo a respeitar a presente decisão Administrativa.
- VIII. Que o ECAD retire os critérios atualmente adotados para a admissão e manutenção de Associações, constantes no art. 80, "c" e art. 90, "b" do seu Estatuto, e que estabeleça requisitos objetivos e razoáveis para a

admissão e manutenção de associações, apresentando ao CADE no prazo de 6 meses.¹⁴³

Cabe apontar que o fato de o monopólio do ECAD ser estabelecido legalmente, para os fins de direito da concorrência, não afasta a apreciação de seus atos pelo órgão de defesa da concorrência, conforme a legislação antitruste nº 12.529/2011.¹⁴⁴

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

O Art. 99-B da Lei de Direitos Autorais brasileira, incluído pela Lei nº 12.853/2013, alteração em parte motivada pelo próprio procedimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) aqui tratado, consolidou de forma esta posição em relação ao sistema ECAD: “As associações referidas neste Título estão sujeitas às regras concorrenciais definidas em legislação específica que trate da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.”

Ademais, a legislação nunca constituiu um monopólio irrestrito para o ECAD, em que este tivesse liberdade irrestrita de atuação, inclusive para fixação de preços. O intuito seria principalmente de centralizar arrecadação, caso contrário não faria sentido a manutenção de associações diversas. Veja-se a evolução das previsões legais sobre o órgão:

Lei n. 5.988/1973: 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.

Versão original da Lei n. 9.610/1998: Art. 99. As associações manterão

¹⁴³ Consta também do dispositivo do parecer do Relator Elvino de Carvalho Mendonça:

“465. Sugiro também:

Em consonância com o Parecer da SDE e ProCADE que se advogue ante a necessidade de instituição de uma tutela estatal sobre as atividades do ECAD, com vistas a: (i) fiscalizar a sua atuação, como forma de garantir a proteção dos direitos autorais e (ii) a aumentar a eficiência do funcionamento deste setor como um todo, em benefício dos titulares dos direitos autorais e seus usuários.

II. Que o Ministério da Cultura (MINC) atue como regulador do Sistema de Direito Autoral;

III. Que uma cópia dessa decisão seja remetida ao Ministério Público do Rio de Janeiro, à Secretaria de Direitos Autorais do Ministério da Cultura, Ministério Público Federal do São João de Meriti;

IV. Que uma cópia dessa decisão seja remetida aos Senadores Randolfe Rodrigues; Ciro Nogueira e Lindbergh Farias, bem como para aqueles que solicitarem” (Processo Administrativo n. 08012.003745/2010-83).

¹⁴⁴ A lei atual substitui a Lei nº 8.884/1994, que, em seu artigo 15, já dispunha no mesmo sentido, com exatamente o mesmo texto legal.

um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e literomusicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

Lei n. 12.853/2013: Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.

Ocorre que a Lei nº 12.853/2013, ao dispor especificamente sobre gestão coletiva, ao passo que instituiu uma maior governança e critérios, assim como confirmou a sujeição das associações às regras de concorrência, também instituiu formalmente a legalidade na cobrança de valor unificado no próprio artigo 99: "§ 8º Sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 98, as associações devem estabelecer e unificar o preço de seus repertórios junto ao ente arrecadador para a sua cobrança, atuando este como mandatário das associações que o integram". Assim, em tese, fica esvaziada a discussão no país sobre a possibilidade de diferenciação de preços entre as sociedades, desde que estes sigam os parâmetros legais.¹⁴⁵

Este foi um ponto debate na decisão do CADE, já que votos divergentes apontaram que questões práticas como os “repertórios cruzados” inviabilizariam uma concorrência de fato entre as associações, que atuariam mais de forma cooperativa. Isto se dá porque, em razão da liberdade de associação, coautores, intérpretes e demais titulares de uma mesma obra podem estar espalhados em mais de uma associação. As associações reúnem associados, não repertórios. Assim, seria inviável a competição de valores.

¹⁴⁵ “Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 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 o exercício da atividade de cobrança desses direitos. § 1º O exercício da atividade de cobrança citada no caput somente será lícito para as associações que obtiverem habilitação em órgão da Administração Pública Federal, nos termos do art. 98-A.

§ 2º As associações deverão adotar os princípios da isonomia, eficiência e transparência na cobrança pela utilização de qualquer obra ou fonograma.

§ 3º Caberá às associações, no interesse dos seus associados, estabelecer os preços pela utilização de seus repertórios, considerando a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras.

§ 4º A cobrança será sempre proporcional ao grau de utilização das obras e fonogramas pelos usuários, considerando a importância da execução pública no exercício de suas atividades, e as particularidades de cada segmento, conforme disposto no regulamento desta Lei.

§ 5º As associações deverão tratar seus associados de forma equitativa, sendo vedado o tratamento desigual”.

Por outro lado, os votos derrotados apontam que a abusividade da fixação de preços está na imposição de um modelo único de licença, sem negociação com os interessados e que não respeitava as peculiaridades de cada um. O ECAD sim, como órgão central que arrecada em nome de todas as associações, poderia criar repertórios variados que atendessem necessidades específicas, mas prefere impor o modelo *one size fits all*, em que licencia o catálogo completo de obras, que acaba por incluir até composições não cadastradas, em domínio público etc. Poderia haver pacotes mais baratos divididos por estilo, nacionalidade ou outros critérios, que facilitariam a própria identificação das obras utilizadas e consequente distribuição. Da mesma forma, o escritório acostumou-se a impor valores que não levavam em consideração o perfil dos usuários no que tange ao nível de importância do repertório musical para suas atividades. Assim, um canal televisivo de notícias pagaria o mesmo valor do que um canal especializado em música (2,55% do faturamento bruto).

O ECAD e associações condenadas ajuizaram ações contra o CADE perante a Justiça Federal de Brasília¹⁴⁶ questionando as penalidades aplicadas. Já em apreciação de antecipação de tutela foi suspensa a exigibilidade das penalidades após o depósito em juízo dos valores das multas. A sentença de primeiro grau foi deferida em poucos meses, em 23 de setembro de 2013 e foi altamente influenciada pelo novo marco jurídico recém-publicado: a Lei nº 12.853 de 14 de agosto de 2013, que só entrou em vigor após 120 dias da publicação.

Foi reconhecido judicialmente que, em que pese a possibilidade de análise *ex officio* por parte de CADE, inclusive de matérias não abordadas em representação, na medida em que a discussão foi delimitada para assunto específico, a condenação por outras condutas violaria os princípios do contraditório e ampla defesa. Assim, em que pese a decisão judicial confirmar a violação das normas concorrenciais, como a condenação administrativa teria ido além da questão das empresas de TV por assinatura, de forma a abordar a arrecadação de forma geral, foi reduzido o valor das multas em 92,06%, para corresponder à parcela da arrecadação correspondente (que à época era de 7,98%). Sobre este tópico, entendeu-se que a mudança legislativa que previu a unificação dos preços não teria efeitos retroativos.

¹⁴⁶ Processo nº 0032508-62.2013.4.01.3400.

As penalidades não pecuniárias também foram afastadas, sobre parte delas foi justificado que não poderiam subsistir em razão da legislação superveniente. Em relação a uma delas (“IV. Que as Representadas passem a ofertar outras licenças que não só a *blanket license*”) nos parece que não há uma vedação pela nova legislação, pelo contrário. Unificar preços entre as sociedades significa admitir que não haja uma cobrança distinta dos usuários em razão da origem do repertório ser de uma sociedade específica, até porque como já dito os direitos sobre o repertório não estão confinados dentro dos limites das associações.

Por outro lado, não significa que as associações em acordos entre elas não possam criar modalidades de licenciamento distintas a partir do repertório integral. Por exemplo: negociação de partes do catálogo, divididos por gênero, por exemplo. Não há nada na legislação que obrigue a utilização de *blanket licenses* como única forma de licenciamento, mas sim que eventuais outras modalidades sejam definidas e unificadas, de forma que o ECAD arrecade de forma geral e indistinta. Como já demonstrado, foi justamente a imposição deste modelo único pela Ascap, na década de 1940 nos Estados Unidos, uma das motivações para a regulação pelo Departamento de Justiça daquele país sobre o tema, o que faz com que tenha sido possibilitado o modelo *per program license* no país. Neste sentido, a própria Lei nº 12.853/2013 estabelece:

Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 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 o exercício da atividade de cobrança desses direitos. [...]

§ 3º Caberá às associações, no interesse dos seus associados, estabelecer os preços pela utilização de seus repertórios, considerando a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras.

§ 4º A cobrança será sempre proporcional ao grau de utilização das obras e fonogramas pelos usuários, considerando a importância da execução pública no exercício de suas atividades, e as particularidades de cada segmento, conforme disposto no regulamento desta Lei.

Assim, nos parece que a condenação do CADE para que outras modalidades de licenciamento sejam utilizadas, além de *blanket licenses*, na verdade já antecipa os critérios formalizados pela nova lei, que devem atender a proporcionalidade da utilização por parte dos usuários, de forma também a ser possibilitada alguma negociação. Caso contrário, os valores acabam por ser impostos de forma unilateral e, muitas vezes, arbitrária. Além disso, a utilização de formas de licenciamento variadas permitiria aos titulares de direitos

autorais a oportunidade de escolher em quais situações gostariam de permitir autorização de suas obras, o que hoje de certa forma não é possível.

Cabe salientar que houve apelação em relação ao processo perante o Tribunal Regional Federal por parte da União Federal, em nome do CADE, que já está concluso para voto desde 11 de fevereiro de 2014. Por mais que no Brasil e nos Estados Unidos casos recentes relacionados ao controle estejam ainda por ser analisados por tribunais de segunda instância, é inegável que as interfaces entre gestão coletiva e direito concorrencial são reconhecidas nos dois países.

No Brasil, de forma mais recente, a sentença mesmo ao reformar a condenação administrativa, ainda mantém a imposição de multa ao ECAD e às associações, que, aliviadas pela significativa redução dos valores, optaram por não recorrer. Esta ausência de recurso acaba por, mesmo que implicitamente, confirmar a aplicação das regras de defesa da concorrência à gestão coletiva, o que foi muito questionado nas manifestações, tanto perante o processo quanto em comunicados para a imprensa e associados por parte das sociedades e do escritório central. Finalmente, cabe analisar a situação na Europa, em que há contornos bem singulares.

3.3.3 Europa

Desde a criação da União Europeia, com o Tratado de Roma de 1957, a questão concorrencial é vista como central para a construção de um mercado comum. Todos os países da UE contam com organismos específicos sobre o assunto com poderes equivalentes aos da Comissão Europeia para aplicação do direito europeu da concorrência. Os artigos 101 e seguintes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (antigos 81 e seguintes do Tratado que institui a Comunidade Europeia) tratam das regras de concorrência e estabelece:

Artigo 101. (ex-artigo 81. TCE) 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
 - d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
 - e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.
2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.
3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:
- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
 - a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
 - a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:
- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
 - b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.¹⁴⁷

Em razão do princípio da territorialidade, cada país e, consequentemente, cada associação de gestão coletiva têm legitimidade para regulação e arrecadação de direitos autorais, respectivamente, circunscrita aos seus limites fronteiriços, em que pese a circulação das obras historicamente, e especialmente atualmente, não respeitarem barreiras nacionais:

Não obstante todos os movimentos de harmonização/uniformização dos direitos intelectuais, estes continuam a ter como ponto de partida a territorialidade. Cada país é competente para regular estes direitos no seu próprio território: não se admite que entidades exteriores pretendam estender a sua disciplina a estas matérias. Por isso se harmoniza e se estabelecem mínimos internacionais, mas não se arreda a competência interna de cada Estado. Por mais densas que sejam (e são realmente) as vinculações internacionais.

¹⁴⁷ Destaca-se ainda:

Artigo 102. (ex-artigo 82. TCE) É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Isto arrasta consequentemente a territorialidade das entidades de gestão coletiva. Elas emergem de determinado país e consequentemente têm por limite as fronteiras desse país. Não podem pretender licenciar obras ou prestações com eficácia em países estrangeiros. Por isso dissemos já que quando se querem estabelecer esquemas com eficácia extra-fronteiras as entidades de gestão coletiva procedem por acordos de representação recíproca. O princípio da territorialidade do direito autoral fica assim salvaguardado.¹⁴⁸

Assim, dentro do contexto europeu de mercado comum, a questão concorrencial ganha novos contornos em relação a países como Estados Unidos e Brasil, analisados acima. Em 2001, as sociedades de gestão de direitos de autor *Bureau voor Muziek-Auteursrechten* (BUMA), GEMA, PRS e Sacem notificaram à Comissão Europeia sobre uma série de acordos bilaterais recíprocos que tinham concluído entre si (o chamado Acordo de Santiago), bem como com outras sociedades. Após a notificação todas as outras sociedades do Espaço Económico Europeu (EEE), exceto pela portuguesa SPA, aderiram. O Acordo determinava que a sociedade habilitada a conceder licenças multirrepertório on-line é a sociedade do país em que o usuário está estabelecido e exerce atividade económica.

A decisão de 2005 conclui que, uma vez que existe uma sociedade de gestão coletiva única e monopolística em cada país da União Europeia e que quase todas as sociedades de gestão coletiva firmaram tais acordos bilaterais, isto significa que cada associação terá exclusividade absoluta em relação ao seu território nacional, no que diz respeito à possibilidade de concessão de licenças multiterritoriais/multirrepertório. Além disso, o Acordo contém uma cláusula da nação mais favorecida que reforça a exclusividade referida, o que conduz a uma normalização das condições de concessão de licenças, o que impediria o mercado de evoluir em direções diferentes e cristalizaria a exclusividade de que beneficia cada uma das sociedades participantes.¹⁴⁹

Os monopólios de fato, quando não há imposição legal para tanto, criariam barreiras para que novas formas de organização fossem criadas e novas associações pudessem entrar no mercado. A BUMA e a *Société d'Auteurs Belge – Belgische Auteurs Maatschappij* (Sabam) decidiram não defender as cláusulas do Acordo de Santiago e apresentaram à Comissão compromissos de não participar em qualquer acordo de licenciamento de

¹⁴⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e Legitimidade das Entidades de Gestão Coletiva de Direitos Autorais. In: Guedes, Armando Marques et al. (org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. Lebre de Freitas**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p.175.

¹⁴⁹ 17.8.2005 – COMP/C2/39152 - BUMA e COMP/C2/39151 – Sabam (Acordo de Santiago – COMP/C2/38126).

direitos de execução pública on-line com qualquer outra sociedade de gestão de direitos de autor que incluía uma cláusula de residência econômica similar à incluída no Acordo de Santiago e considerada restritiva na comunicação de objeções.

O duo de música eletrônica Daft Punk, por meio de seus integrantes, fez uma reclamação na Comissão Europeia em 2002 (no Caso nº C2/37.219) contra a Sacem, que se recusava a aceitá-los como associados. As regras da entidade criavam óbice para a gestão individual de partes dos direitos, que era a intenção dos autores, sendo que parte dos direitos já eram administrados pela PRS. A gestão individual fortaleceria o aspecto moral dos direitos autorais, na medida em que permite aos autores controlar com precisão os diferentes usos previstos pelos usuários, garantindo assim que os titulares de direitos possam usar suas obras de forma compatível com o propósito artístico e dignidade das obras originais.

Na decisão do caso é trazido o argumento de que (já naquela época na Europa) ao contrário da situação na França, a maioria das associações já aceitava um modelo híbrido, em que os titulares reservam certos direitos para exercer individualmente, o que inclusive é facilitado pela evolução tecnológica. Argumentos contrários, que sugeriam uma diluição da gestão coletiva como resultado deste novo modelo, acabaram por não serem confirmados pela prática, visto que os autores permanecem em sua quase totalidade anexada à gestão coletiva. Também é tratado que a capacidade de gerenciamento individual, mesmo que não seja usada, constitui um incentivo competitivo para as empresas estarem atentas na satisfação de seus membros.

Durante o andamento do processo, a SBACEM modificou seu Estatuto de forma a permitir a gestão individual em certas situações, o que de certa forma esvaziou o caso. A Comissão chegou à conclusão de que a alteração aos estatutos constitui uma solução que encerrou a infração.

Em 18 de maio de 2005 é formulada a Recomendação nº 2005/737/CE relativa à gestão transfronteiriça coletiva do direito de autor e dos direitos conexos no domínio dos

serviços musicais em linha¹⁵⁰ legais. O documento é um marco em relação à construção de um novo viés para concessão de licenças multiterritoriais pelos órgãos de gestão coletiva:

A liberdade de prestação transfronteiriça de serviços de gestão colectiva implica que os titulares dos direitos possam escolher livremente o gestor colectivo de direitos que irá gerir os direitos necessários para prestar serviços musicais em linha legais em toda a Comunidade.

Especificamente sobre questões concorrenciais, afirma a Recomendação:

O incentivo de estruturas eficazes de gestão transfronteiriça de direitos deve igualmente garantir que os gestores colectivos de direitos atinjam um nível mais elevado de racionalização e transparência, no que diz respeito à conformidade com as regras da concorrência, especialmente à luz das exigências ditadas pelo ambiente digital.

O documento trata ainda da adoção pelos estados-membros de medidas para promover a prestação de serviços musicais on-line; prescreve medidas sobre a relação entre titulares dos direitos, órgãos de gestão e usuários; recomenda políticas para distribuição de valores, especialmente em relação ao tratamento igualitário que deve seriado pelas sociedades aos titulares de direito autoral, o que se torna ainda mais importante na medida em que é promovida a possibilidade de associação por estrangeiros e não residentes às sociedades nacionais.

Cabe apontar que, para exercerem as competências da União Europeia, conforme seu Tratado de Funcionamento, as instituições adotam os seguintes instrumentos jurídicos: regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. O regulamento tem caráter geral, é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável a todos os estados-membros. A diretiva vincula o destinatário quanto ao resultado a alcançar, mas deixa às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos e quando designa destinatários, só é obrigatória para estes. As recomendações e os pareceres não são vinculativos.

Assim, a Recomendação sobre gestão coletiva não vincula, mas indica caminhos que relacionam-se com as decisões dos casos narrados acima, além de outro caso paradigmático sobre o assunto: a decisão da Comissão Europeia no Processo COMP/C-2/38.698 – Cisac em 2008, a partir de denúncias da RTL (*Radio Télévision Luxembourg* –

¹⁵⁰ A expressão “em linha” é utilizada em Portugal (e consequentemente nas versões em português dos documentos oficiais da UE) para designar o anglicismo *on-line*, utilizado no Brasil.

É interessante a inclusão do termo “legais” ou legítimos (*legitimate* na versão em inglês) no título da recomendação. Obviamente, a legislação não regula gestão coletiva sobre os usos ilícitos das obras autorais, mas a discussão sobre pirataria neste contexto é tão frequente, que parece razoável este tipo de “esclarecimento”.

rede de rádio e TV) e *Music Choice Europe* (transmissões pela internet), que não obtiveram êxito em tentativas de obter licenças multiterritoriais. Como dito no primeiro capítulo deste trabalho, a Cisac é uma Confederação internacional que reúne sociedades de diversos países e que desde a década de 1930 institui um contrato modelo (não obrigatório) para regular as relações entre estas.

Justamente em razão do princípio da territorialidade, as associações fazem contratos de reciprocidade para que possam arrecadar mesmo sobre as obras de autores estrangeiros em seus países, de forma a depois encaminhareм as receitas. Consequentemente, cada uma das sociedades pode oferecer um catálogo global aos usuários, cuja utilização é limitada ao seu território nacional. Assim, para a transmissão de uma programação para todos os países da União Europeia, seria necessário obter autorizações em cada um dos países.

A decisão foi dirigida para as 24 associações vinculadas à Cisac, que representavam praticamente todos os estados-membros da UE¹⁵¹ e não contesta a existência de acordos de reciprocidade como um todo, apenas determinado tipo de cláusulas, que violariam as regras de defesa de concorrência. Três foram questionadas: adesão, exclusividade e delimitação territorial.

A primeira limita a possibilidade de um autor se tornar membro de uma sociedade de gestão à sua escolha, ou de ser simultaneamente membro de diversas sociedades de gestão para gestão dos seus direitos em diferentes territórios. Nenhuma das sociedades poderia,

¹⁵¹ São elas: *Ελληνική Εταιρεία Προστασίας της Πνευματικής Ιδιοκτησίας* (AEPI – Grécia), *Autortiesību un komunikēšanas konsultāciju agentūra/Latvijas Autoru apvienība* (AKKA/LAA – Letônia), *Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger, reg.Gen.m.b.H* (AKM – Áustria), *Magyar Szerzői Jogvédő Iroda Egyesület* (Artisjus – Hungria), *Vereniging Buma* (BUMA – Países Baixos), *Eesti Autorite Ühing* (EAÜ – Estônia), *Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte* (GEMA – Alemanha), *Irish Music Rights Organisation Limited – Eagrais um Chearta Cheolta Teoranta* (IMRO – Irlanda), *Komponis- rettigheder i Danmark* (KODA – Dinamarca), *Lietuvos autorių teisių gynimo asociacijos agentūra* (LATGA-A – Lituânia), *Performing Right Society Limited* (PRS – Reino Unido), *Ochranný svaz Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním, o.s.* (OSA – República Checa), *Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs Scrl/Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers* (Sabam – Bélgica), *Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique* (Sacem – França), *Združenje skladateljev, avtorjev in založnikov za zaščito avtorskih pravic Slovenije* (SAZAS – Eslovénia), *Sociedad General de Autores y Editores* (SGAE – Espanha), *Societa Italiana degli Autori ed Editori* (SIAE - Itália), *Slovenský ochranný Zväz Autorský pre práva k hudobným dielam* (SOZA – Eslováquia), *Sociedade Portuguesa de Autores* (SPA – Portugal), *Samband Tónskálda og Eigenda Flutningsréttar* (STEF – Islândia), *Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå* (STIM – Suécia), *Säveltäjäin Tekijänoikeustoi- misto teosto r.y.* (Teosto – Finlândia), *the Norwegian Performing Right Society* (TONO – Noruega) e *Stowarzyszenie Autorów ZAiKS* (ZAIKS - Polónia) (2). Bulgária e da Romênia passaram a integrar a União Europeia apenas em 2007, após o início do processo, por isso não foram incluídas. Asteras, a sociedade do Chipre, surgiu apenas em 2005 e não é afiliada à Cisac. Após a decisão, em 2013, a Croácia também passou a integrar a UE.

sem o consentimento da outra, aceitar como membro um autor que já integrasse outra associação ou que tivesse a nacionalidade de um dos países nos quais opera a outra. Esta cláusula limitaria também a concorrência entre sociedades diferentes países.

Já a cláusula de exclusividade consiste na autorização de uma sociedade autorizar outra a conceder licenças e a administrar o seu repertório, em regime de exclusividade, no território desta última. A cláusula impede as sociedades de gestão coletiva de concederem licenças do seu próprio repertório em outros países e de permitirem outras sociedades de gestão coletiva para representarem o mesmo repertório no território da sociedade de gestão nacional. Como resultado, as sociedades de gestão coletiva garantem reciprocamente uma situação de monopólio no seu mercado nacional.

Finalmente, os acordos de delimitação territorial em que reciprocamente as sociedades vedam o direito de concessão de licenças de repertório no território nacional da outra sociedade de gestão coletiva. Esta prática reiterada, segundo a decisão, constitui uma prática acordada que não pode ser explicada por um comportamento individual no mercado ou pela alegada necessidade de proximidade geográfica entre o licenciante e o utilizador comercial. Especialmente a partir dos avanços tecnológicos, que incluem transmissão pela Internet, por satélite e por cabo, não seria necessária uma presença local para controlar a utilização da licença. Desta forma, as sociedades de gestão coletiva teriam a capacidade técnica para conceder licenças multiterritoriais.

A partir da decisão, os autores passariam a ter mais liberdade de escolha e a possibilidade de participar de mais de uma associação. Além disso, ficaria autorizado às associações a concessão de licenças de seus repertórios a mais de uma entidade por território. Em relação à exploração pela internet, por satélite e por cabo, a decisão aumenta as oportunidades de os usuários comerciais (incluindo os organismos de radiodifusão e os fornecedores de conteúdos) obterem uma licença que abrange mais de um território. Consequentemente, as medidas aumentariam a concorrência entre as sociedades e uma maior eficácia na atuação permitiria a diminuição dos custos de transação, com reflexos positivos na remuneração dos autores.

O resultado foi uma reinterpretação do princípio da territorialidade, em que este é de certa forma mitigado, de forma a favorecer a concorrência e a própria utilização de música por parte das empresas com atuação em países diversos, que não mais precisariam contratar licenças em cada um dos territórios. Por outro lado, a iniciativa poderia ser vista

como uma confirmação do princípio e a afirmação da União Europeia como um território único.

Inconformadas, a Cisac e diversas sociedades recorreram perante o Tribunal Geral da UE refutando que tenha havido conluio para violar as leis de concorrência da União Europeia em relação à questão da territorialidade. Já as cláusulas de adesão e de exclusividade foram solucionadas com a alteração do contrato modelo antes mesmo da decisão da Comissão, de forma que a vedação das mesmas não foi refutada. Em resumo:

O TG constatou que, enquanto a CE apenas colocava em questão as restrições territoriais relativas a três formas de exploração – Internet, satélite e cabo –, o contrato-tipo da CISAC e os ARR que o tomavam como modelo já estavam em vigor muitos anos antes daquelas tecnologias se terem desenvolvido. Este órgão judicial entendeu que a chegada de novas tecnologias não pode automaticamente tornar as estruturas de gestão coletiva existentes em práticas anticoncorrenciais.

O TG aceitou, igualmente, os argumentos económicos para mandar apenas uma sociedade com presença local em cada um dos territórios estrangeiros. Entre as justificações para mandar apenas uma sociedade por território, o TG deu particular relevo à necessidade de assegurar que os direitos dos membros de uma sociedade sejam adequadamente protegidos e defendidos. Ao fazê-lo, o TG entendeu como justificado que uma sociedade estabeleça os limites territoriais dos mandatos que confere e que designe como sua representante, em cada país, a sociedade local, dado ser esta a que terá um maior conhecimento, competência e capacidade de contactar os utilizadores e monitorizar qualquer utilização não autorizada no seu mercado. Na verdade, segundo o TG, uma das falhas da análise da CE foi ter-se focado nos usos autorizados, não tendo demonstrado como é que as sociedades de gestão coletiva poderiam ultrapassar as questões relacionadas com a monitorização de usos não autorizados.

Deste modo, o TG admitiu poderem existir legítimas razões para que uma sociedade não queira entrar em concorrência no que diz respeito aos direitos dos seus membros num determinado território.

Com base na análise efetuada, o TG anulou a parte da decisão da CE relativa às “práticas concertadas respeitantes às restrições territoriais” nos contratos de representação recíproca.¹⁵²

Verifica-se que, ao final das contas, o princípio da territorialidade e o modelo tradicional de monopólio dentro de um país prevaleceu no caso sobre uma visão que valorizaria os preceitos comunitários e mudaria a forma como se dá a gestão coletiva. De qualquer forma, ficou confirmada a interface entre direito concorrencial e gestão coletiva,

¹⁵² FARIA, Tânia Luísa F. e. Gestão Coletiva de Direitos de Autor e Direito da Concorrência: o Ótimo é Inimigo do Bom ou Vice-Versa - Reflexões a Propósito do Caso CISAC. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, v. 2, n. 11, p. 12.349, 2013. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/04/2013_11_00000_Capa.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

assim como foi prestigiada a liberdade de associação, tratada em tópico específico deste trabalho.

Em 26 de fevereiro 2014, é publicada a Diretiva 2014/26/UE relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno, que reconhece:

(5) Existem diferenças significativas nas normas nacionais que regem o funcionamento das organizações de gestão coletiva, em especial no que diz respeito à sua transparência e à responsabilidade perante os seus membros e os titulares dos direitos. Estas diferenças criam por vezes dificuldades, nomeadamente aos titulares de direitos não nacionais, quando estes procuram exercer os seus direitos, e resultam numa má gestão financeira das receitas cobradas. Os problemas com o funcionamento das organizações de gestão coletiva conduzem a ineficiências na exploração dos direitos de autor e direitos conexos em todo o mercado interno, em detrimento dos membros das organizações de gestão coletiva, dos titulares de direitos e dos usuários.

(38) Embora a Internet não conheça fronteiras, o mercado dos serviços de música em linha na União está ainda fragmentado, não tendo ainda sido plenamente alcançado um mercado único digital. O grau de complexidade e de dificuldade associado à gestão coletiva de direitos na Europa tem exacerbado, em vários casos, a fragmentação do mercado digital europeu de serviços de música em linha. Esta situação contrasta fortemente com o rápido crescimento da procura por parte dos consumidores de acesso a conteúdos digitais e aos serviços inovadores associados, incluindo além das fronteiras nacionais.

Como mencionado anteriormente, as Diretivas têm um poder vinculativo não existente nas recomendações, e esta, especificamente, tenta (após praticamente uma década) reforçar muitas das indicações feitas anteriormente, como demonstra o seu próprio texto:

(6) A necessidade de melhorar o funcionamento das organizações de gestão coletiva foi já identificada na Recomendação 2005/737/CE da Comissão. Essa recomendação estabeleceu vários princípios, como o da liberdade de escolha da organização de gestão coletiva pelos titulares de direitos, o da igualdade de tratamento das categorias de titulares de direitos e o da repartição equitativa dos direitos de autor. Apelou às organizações de gestão coletiva a prestarem aos usuários informações suficientes sobre as tarifas e o repertório, antes das negociações entre si. Continha também recomendações sobre a responsabilidade, a representação dos titulares de direitos nos órgãos de tomada de decisão das organizações de gestão coletiva e a resolução de litígios. Contudo, **a recomendação tem sido aplicada de forma desigual.** [...]

(39) A Recomendação 2005/737/CE da Comissão promoveu um novo enquadramento regulamentar, mais adequado à gestão, ao nível da União, dos direitos de autor e direitos conexos para a prestação de serviços de música em linha legais. A referida recomendação reconheceu que, na era da exploração em linha de obras musicais, os usuários comerciais

necessitam de uma política em matéria de concessão de licenças adaptada à ubiquidade do ambiente em linha e multiterritorial. No entanto, **a recomendação não foi suficiente para incentivar uma ampla concessão de licenças multiterritoriais relativas a direitos sobre obras musicais em linha ou para responder às exigências específicas de concessão de licenças multiterritoriais** (grifos nossos).

É interessante observar como já em 2005 havia um documento oficial da UE tratando da gestão coletiva on-line, muito antes da consolidação dos serviços oficiais de *streaming*, mas que, por seu caráter não vinculativo, não gerou os efeitos esperados. A nova Diretiva é bem mais extensa e detalhada que a Recomendação anterior, mas reitera praticamente todo o texto anterior, de forma a dar um maior poder coercitivo às disposições e aumentar a abrangência das mesmas.

Um dos aspectos destacados que se relaciona diretamente com a questão da concorrência é a previsão da existência de entidades de gestão independentes, aquelas com intuito comercial, não controladas por titulares de direitos autorais com as sociedades tradicionais. Ao mesmo tempo que tal atitude abre o mercado, fica instituído um poder regulatório sobre elas, já que na medida em que estas entidades independentes exercem as mesmas atividades que as organizações clássicas, deverão ser obrigadas a prestar informações aos titulares de direitos que representam, às organizações de gestão coletiva, aos usuários e ao público. Os produtores audiovisuais, os produtores de fonogramas, os organismos de radiodifusão e os editores passam também a ser considerados como entidades de gestão independentes, com as obrigações inerentes.

Fica garantida a liberdade de escolha, com a possibilidade de um titular de direitos poder escolher livremente uma organização de gestão coletiva para a gestão dos seus direitos, sejam os direitos de comunicação ao público ou de reprodução, sejam as categorias de direitos relacionadas com formas de exploração como a radiodifusão, a exibição teatral ou a reprodução para distribuição on-line, desde que a organização já controle esses direitos. Há ainda a possibilidade de gerir esses direitos individualmente ou confiar ou transferir a gestão da totalidade ou parte deles para outra entidade, independentemente de nacionalidade, residência ou critério correlato. Caso um estado-membro preveja a obrigatoriedade da gestão coletiva dos direitos, a escolha dos titulares de direitos limitar-se-á às outras organizações de gestão coletiva.

Para evitar situações como a demonstrada nos Estados Unidos, em que regras gerais para proteger a concorrência atrapalhariam o pagamento adequado de licenças para serviços de *streaming*, fica previsto na Diretiva da UE que:

(32) No ambiente digital, as organizações de gestão coletiva são regularmente obrigadas a conceder licenças relativas aos seus repertórios para formas de exploração e modelos de negócio totalmente novos. Nesses casos, e a fim de promover um ambiente favorável ao desenvolvimento dessas licenças, sem prejuízo da aplicação das regras em matéria de direito da concorrência, as organizações de gestão coletiva deverão ter a flexibilidade necessária para concederem, o mais rapidamente possível, licenças individualizadas para serviços inovadores em linha, sem o risco de as condições dessas licenças poderem ser utilizadas como precedente para determinar as condições de outras licenças.

A data limite para transposição à legislação interna da Diretiva nos estados-membros foi 10 de abril de 2016, e se obrigaram também a apresentar à Comissão um relatório sobre a situação e o desenvolvimento da concessão de licenças multiterritoriais no seu território até 10 de outubro de 2017. Ocorre que a Comissão, dentre os 28 estados-membros, iniciou 23 processos por transposição tardia da Diretiva. Países como Bulgária, Luxemburgo, Polônia e Romênia ainda sequer publicaram legislações internalizando as normas. Como afirma o Relatório Anual de Controle da Aplicação do Direito da União Europeia de 2016:

A aplicação efetiva do direito da UE é fundamental para que cidadãos e empresas beneficiem das políticas da União. Frequentemente, quando são suscitadas questões (ensaios de emissões em automóveis, aterros ilegais ou segurança e proteção dos transportes), o problema não reside na falta de legislação da UE, mas sim na sua deficiente aplicação.

Até 10 de abril de 2021, a Comissão deve avaliar a aplicação da Diretiva e apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório sobre essa aplicação, que avaliará os reflexos: na evolução dos serviços transfronteiriços; na diversidade cultural; nas relações entre as organizações de gestão coletiva e os usuários; no funcionamento na União das organizações de gestão coletiva estabelecidas fora da UE; e, se necessário, sobre a necessidade de uma revisão. O relatório da Comissão deve ser acompanhado, se for caso disso, de uma proposta legislativa.

Isto posto, a situação ainda não pode ser considerada sedimentada e os próximos anos ainda trarão, certamente, muitas mudanças. Recentemente, em setembro de 2017, o Tribunal de Justiça da UE julgou um caso da Letônia que apreciou na prática a aplicação de penalidades pelo órgão de defesa da concorrência à entidade de gestão coletiva local. O litígio opôs a Agência de consultoria sobre direitos de autor e comunicação/Associação

Letã de Autores, Letônia (AKKA/LAA), ao Conselho da Concorrência do país a respeito de uma multa aplicada por abuso de posição dominante, em razão da aplicação de tarifas excessivamente elevadas.¹⁵³

No âmbito do processo, o Conselho comparou as tarifas aplicadas na Letônia pela utilização de obras musicais nos estabelecimentos comerciais com as tarifas aplicadas em estados-membros limítrofes e constatou que as tarifas aplicadas na Letônia eram mais elevadas do que as aplicadas na Estônia e, na maior parte dos casos, do que as cobradas na Lituânia. Com base em índice de paridade do poder de compra, foi feita também uma comparação com as taxas em vigor em cerca de vinte outros estados-membros e verificou-se, a esse respeito, que as tarifas cobradas na Letônia excediam entre 50% a 100% o nível médio das tarifas praticadas nos outros países.

No caso, foi verificado que o comércio entre estados-membros pode ser afetado pelas práticas tarifárias de uma entidade de gestão de direitos de autor como a AKKA/LAA, que detém um monopólio no seu estado-membro e também ali gere, além dos direitos de titulares letões, os direitos de titulares estrangeiros. O Tribunal entendeu também que é possível comparar as tarifas praticadas num ou em mais segmentos de utilizadores específicos se houver indícios de que o caráter excessivo das taxas incide nesses segmentos. A diferença entre as tarifas comparadas deve ser tida como considerável se for significativa e persistente. Essa diferença constitui um indício de abuso de posição dominante e incumbe à entidade de gestão dos direitos de autor em posição dominante demonstrar que os seus preços são equitativos, baseando-se em elementos objetivos com incidência nos encargos de gestão ou na remuneração dos titulares dos direitos.

Salientou-se ainda que, quando uma autoridade nacional da concorrência aplica uma penalidade, esta deve: ser efetiva, proporcional e dissuasiva. Para tanto, é preciso levar em consideração a duração global da infração e o seu caráter repetitivo. Ademais, caso já tenham sido aplicadas penalidades anteriores, é preciso verificar se os critérios foram atendidos.

¹⁵³ Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 14 de setembro de 2017: “*Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība contra Konkurences padome. Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Augstākā tiesa Administratīvo lietu departaments*”.

Ementa: Reenvio prejudicial — Concorrência — Artigo 102.º TFUE — Abuso de posição dominante — Conceito de “preço não equitativo” — Taxas cobradas por uma entidade de gestão coletiva de direitos de autor — Comparação com as tarifas praticadas noutros Estados-Membros — Escolha dos Estados de referência — Critérios de apreciação dos preços — Cálculo da coima. Processo C-177/16.

Como se percebe, a intensa relação das questões concorrenciais não só com a gestão coletiva em geral, mas especificamente com o papel das sociedades na arrecadação no ambiente digital, faz com que o tema ganhe novos contornos que ainda desafiam todos os atores que fazem parte do processo. O tema ainda vai ser alvo de muitas discussões e este trabalho pretende estabelecer alguns parâmetros que balizem os debates.

3.7 Arrecadação

Historicamente, as entidades de gestão coletiva de direitos autorais, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, concentraram seus esforços nos direitos patrimoniais dos autores. Como visto, a própria construção dos direitos morais é posterior cronologicamente em relação à criação das primeiras sociedades de autores.

Neste sentido, o foco nunca foi, por exemplo, preservar direitos de paternidade e integridade dos autores em relação às suas obras, mesmo nos países de tradição romano-germânica. Na prática, isto significa que não há pela gestão imposição aos usuários quanto a divulgar os autores das obras executadas, assim como não há maiores restrições ao modo de utilização das obras, de forma a evitar que a integridade das mesmas, questão bastante subjetiva, seja ferida. Este modelo é preconizado, inclusive, pela Constituição Federal do Brasil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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 (grifo nosso).

Desta forma, as entidades, até hoje, se preocupam com que aqueles que executem publicamente músicas paguem por isto, com a consequente remuneração aos titulares de direitos autorais, independentemente de outros fatores de caráter mais pessoal em relação aos autores. Observa-se que, até hoje, o pagamento muitas vezes se dá sem que sequer seja solicitado ou verificado o repertório utilizado, especialmente em casos em que não há pagamento de ingresso e a música serve como sonorização ambiente e não atrativo principal.

Dado o enfoque patrimonialista, eventuais diferenças entre países que não protegem os direitos morais, como os Estados Unidos, e outros que os garantem, como França e Brasil, acabam por se definir mais por questões práticas e organizacionais do que por razões teóricas. Isto posto, sem maiores preocupações de cunho moral, a gestão coletiva tem duas etapas principais: arrecadação e distribuição dos direitos autorais.

A contrapartida do pagamento é a concessão de licenças para os usuários. É disseminada internacionalmente a utilização de *blanket licences*. O termo é um anglicismo utilizado no Brasil e em outros países de língua não inglesa que é mais comumente traduzido como “licenças-cobertor”, mas José Augusto Fontoura faz um rápido exercício hermenêutico sobre o conceito:

As traduções sempre são divertidas: embora o termo “blanket license” em inglês se refira a uma licença-cobertor, por sua capacidade de abarcar um grande repertório, a melhor tradução para o português me parece “licença em branco”, com ênfase no caráter aberto, já se paga um preço fechado e fica a critério do contratante a utilização dos itens que bem entender. A similaridade fonética de “blanket” com “branco” é não mais que uma coincidência: o termo em inglês deriva do nome de um tecido, batizado em homenagem a seu inventor (Thomas Blanket), e que servia, claro, para fazer cobertores. [...]

Trata-se de uma modalidade de licenciamento conforme a qual o contratante, por exemplo, um radiodifusor ou empresário de entretenimento, adquire por um preço único o direito de reproduzir as músicas e canções incluídas em um amplíssimo repertório, o qual é administrado e comercializado por uma entidade de gestão coletiva – como a ASCAP e a BMI nos Estados Unidos e o ECAD no Brasil.¹⁵⁴

Uma consequência importante da sistemática descrita é que o direito exclusivo dos titulares de autorizar a utilização de suas obras fica também mitigado, já que estes não podem evitar a execução pública em determinados locais, por exemplo. Fica garantido apenas o direito de receber remuneração em razão da utilização.

Além disso, em razão do modelo adotado como regra, de licenças globais, sem que seja um pressuposto o controle preciso da efetiva utilização das obras, os critérios de cobrança, por mais variados que sejam, relacionam-se com características como faturamento, espaço físico do local e outras vinculadas a aspectos econômicos da atividade do licenciado, mais do que com o efetivo repertório que venha a ser utilizado. Neste sentido:

¹⁵⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. **Direitos de Autor e Antitruste**: Convergências e tensões. In: Boletim GEDAI. Florianópolis: GEDAI, 2012.

Os entes de gestão coletiva emitem tabelas ou tarifas, atendendo às utilizações que se tiverem em vista e que são então precisamente caracterizadas. Dependem de fatores externos e não da qualidade intrínseca de cada obra ou prestação.

Atende-se por exemplo ao tipo de estabelecimento, área, função a desempenhar, época do ano, etc.

Vai-se ao ponto de se especificar igualmente a música ambiental, os lares para idosos, os escritórios sem atendimento de público, a música que se ouve durante as esperas telefônicas...

Mas nestas e noutras especificações, por vezes altamente contestáveis, não entra a ponderação da valia da obra ou prestação concreta. A licença é dada tipicamente “a peso”, abrangendo todo o repertório ou fração dele.¹⁵⁵

É comum que o critério adotado para arrecadação seja um percentual sobre o faturamento do usuário. Nestes casos, o órgão de gestão coletiva se torna uma espécie de sócio diferenciado do licenciado, ao participar apenas das receitas, independente de eventual prejuízo, por exemplo. Tal critério é utilizado largamente, em que pese ser questionável, ao ignorar os custos da produção de um evento, por exemplo, além de outros fatores.

Em disputa iniciada pela Associação Brasileira de Televisões por Assinatura (ABTA) contra o ECAD, esmiuçada neste trabalho no tópico específico sobre questões concorrenciais, um dos pontos questionados foi que a entidade cobrava de canais musicais e noticiosos os mesmos percentuais, quando obviamente os primeiros tinham na execução pública musical parte determinante de seu negócio, ao contrário dos outros.

Há, ainda, casos judiciais em que o ECAD buscou cobrar percentual sobre o faturamento de eventos como festas de *réveillon*, em que o ingresso inclui consumo ilimitado de comida e bebida de alto padrão, entre outros benefícios, que fazem com que a música não necessariamente seja o principal atrativo para os convidados, assim como não represente a maior parcela dos custos do evento, pelo contrário, muitas vezes utilizando

¹⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e Legitimidade das Entidades de Gestão Coletiva de Direitos Autorais. In: Guedes, Armando Marques et al. (org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. Lebre de Freitas**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 163.

fator de redução geral, que não leva em consideração as circunstâncias de cada caso.¹⁵⁶

Como detalhado no primeiro capítulo deste trabalho, a antiga Lei nº 5.988/1973 regulamentava de forma ampla a atuação da gestão coletiva no Brasil, que ficava sujeita ao controle do Conselho Nacional de Direito Autoral. Entre diversas outras atribuições, cabia ao CNDA “fixar normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais” (artigo 117, IV). Para tanto, foi aprovada a Resolução CNDA nº 7/1976, que institui a unificação dos preços em tabela de cobrança nacional.

Fica instituído ainda que a cobrança deverá ser feita, sempre que possível, em função do lucro direto ou indireto proveniente, para o usuário, da utilização dos bens intelectuais protegidos (artigo 3º). Em que pese a palavra lucro ter o sentido de resultado positivo, o que poderia sugerir que no caso de prejuízo em um evento poderia ser evitado o pagamento ao ECAD, o artigo 6º utiliza a expressão receita bruta, mais ampla:

Art. 6º - Os direitos autorais devidos pela execução pública de obras musicais ou lítero-musicais e de fonogramas em locais ou estabelecimentos com entrada paga, serão cobrados sobre a receita bruta proveniente da venda de ingressos, ou com base em indicadores

¹⁵⁶ “APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS. EVENTO “RÉVEILLON BOUTIQUE”. DJ’S A MAIORIA DE NACIONALIDADE ESTRANGEIRA E TODOS RENOMADOS. EXECUÇÃO DE MÚSICAS ELETRÔNICAS PELOS PRÓPRIOS CRIADORES. DIREITO AUTURAL NÃO DEVIDO. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TUTELA INIBITÓRIA DO ARTIGO 105 DA LEI 9.610/1998. EVENTO FUTURO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DOS REQUERIDOS PROVIDOS E IMPROVIDO DO REQUERENTE. “Nos termos do artigo 30, da Lei 9.610/98, no exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito, independentemente de remuneração ou autorização do ECAD”

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD ajuizou ação de cumprimento de preceito legal com pedido liminar e c/c perdas e danos contra MC Administração Comunicação e Participação Ltda. (Villas Del Sol Y Mar Hotel Boutique) e Ricardo de Almeida Kurtz, na qual discorreu que: a) no exercício de suas prerrogativas, teve conhecimento de que os requeridos promoverão em 31-12-2009 o evento "Réveillon Boutique" sem o recolhimento prévio dos direitos autorais; b) a referida festa contará com a participação de diversos DJ's de renomes nacional e internacional; c) os requeridos não lhe solicitaram a prévia autorização para as execuções públicas musicais; d) a desídia dos requeridos implica na violação do art. 68, §§ 2º e 3º, da Lei 9.619/1998.

Requerer: a) liminarmente, a suspensão ou interrupção de qualquer execução de obras musicais no evento já mencionado pelos requeridos, na forma do art. 105 da Lei de Regência, perdurando enquanto não providenciarem a prévia e expressa autorização competente, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais); ou, alternativamente, mas dentro ainda dessa medida de urgência, a imposição aos requeridos do imediato recolhimento devido a título de direitos autorais ou à realização de depósito judicial, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, da **importância equivalente a 15% (quinze por cento) sobre a receita bruta estimada para o evento**, ou seja, R\$ 52.171,87 (cinquenta e dois mil, cento e setenta e um reais e oitenta e sete centavos); e, no mérito, b) a confirmação da liminar; c) a proibição de obras musicais executadas em eventos futuros até que se diligencie a competente obtenção da autorização, sob pena de cominação de pena pecuniária; e d) a condenação dos requeridos ao pagamento de perdas e danos. [...]” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação civil nº AC: 00000186020108240023 Capital 0000018-60.2010.8.24.0023 – Santa Catarina. Relator: Fernando Carioni. 28 nov. 2017).

econômico-financeiros de expressão equivalente, considerando-se, ainda, o número das músicas executadas e a capacidade da lotação.

Vale ressaltar a obrigação de considerar o “número das músicas utilizadas”. Como veremos ao longo deste tópico, a questão da proporcionalidade na cobrança, que pode parecer óbvia e já aparece aqui em resolução da década de 1970, ganhará novos contornos ao longo do tempo. Naquela época já se antecipava também a necessidade de apuração precisa por meio de informatização:

Art. 5º - O controle da arrecadação dos direitos, a apuração da frequência de execução das obras musicais, bem como a distribuição dos direitos daí decorrentes deverão ser feitos através de sistema eletrônico de processamento de dados.

Posteriormente, a Resolução do CNDA nº 24/1981, em grande parte reitera as disposições anteriores e prevê que a tabela única com a determinação dos valores a serem cobrados dos usuários após ser elaborada pelo ECAD deveria ser ainda homologada pelo CNDA (artigo 3º), o que ocorreu logo depois, com a Resolução nº 25/1981. A partir da Resolução nº 46/1987, a competência de fixar e revisar o preço de utilização de obras musicais e fonogramas passou a ser da Assembleia Geral do ECAD, composta pelos representantes das associações que o compõem, de forma a esvaziar atribuições do CNDA e não mais haver previsão de homologação pelo Conselho das tabelas de cobrança. A partir daí:

Em inícios do ano de 1990, no governo de Fernando Collor de Mello, o Ministério da Cultura perdeu seu “status”, convertendo-se em uma Secretaria Especial da Presidência da República e o CNDA foi desativado, embora não legalmente extinto. Com isso, a lei 5.988 sofreu um importante impacto na sua aplicação, não somente que se referia ao capítulo sobre a gestão, mas também quanto à formulação de uma política pública para a cultura em geral e para a propriedade intelectual, em particular, que se viram bastante marginalizadas.¹⁵⁷

O CNDA produziu um robusto arcabouço acerca da gestão coletiva, com a produção intensa de pareceres, resoluções e outras publicações que tratavam do assunto e eram reunidas no antigo Centro Brasileiro de Informações sobre Direitos Autorais. É impressionante a forma como muito do que foi criado acabou por ser esquecido ao longo do tempo. Não há uma compilação deste material disponível no site do Ministério da Cultura, por exemplo.

¹⁵⁷ ALMENDRA, Vanisa Santiago Gayoso e Santiago. **Estudos Técnicos sobre a Gestão Coletiva de Direitos Autorais**. Brasília: Unesco, 2014. p. 7.

A Lei nº 9.610/1998, primeira lei de direitos autorais sob a égide do regime democrático da Constituição de 1988, deixou uma grande lacuna sobre o assunto, de forma que a gestão coletiva passou a ter um grande espaço para se autorregulamentar, sem a previsão de uma instância específica de supervisão ou mesmo de desenvolvimento de políticas públicas sobre o assunto. Não há qualquer previsão de parâmetros para a cobrança de direitos autorais e toda a construção do CNDA ao longo do tempo, assim como as próprias previsões da Lei nº 5.998/1973 foram suprimidas.

O ECAD passou a atuar com grande liberdade e coube ao Poder Judiciário cumprir um poder por vezes moderador e, por outras vezes, garantidor da liberdade do órgão de estabelecer os próprios critérios de arrecadação. A princípio, prevaleceu uma visão mais favorável à autonomia do ECAD, como se pode denotar de decisões já de 1999, momento em que a nova legislação era ainda recente, com relatoria do então ministro do STJ, Carlos Alberto Menezes Direito:

Vê-se, com toda limpidez, que o ECAD age em nome dos titulares de direitos autorais para a cobrança dos direitos patrimoniais devidos, incluída a possibilidade de exercer a fiscalização para esse efeito.

Ora, esse direito assegura ao ECAD a cobrança dos direitos autorais devidos, não cabendo ao Poder Judiciário fixar tais valores. Quem deve fixar o valor é o titular do direito, ainda mais, quando a relação, no caso é de direito privado. Não há mais o malsinado tabelamento. Há um regime de livre concorrência, sendo os preços formados pela regra do mercado. Os titulares ou suas associações, que mantêm o ECAD, é que podem fixar os valores para a cobrança dos direitos patrimoniais decorrentes da utilização das obras intelectuais, como decorre da disciplina positiva (REsp 151.181/GO, 19/04/1999).

[...] Direito autoral não pode ser considerado fora do âmbito do seu titular; ou seja, quem exerce o poder de fixar o valor para utilização da obra intelectual, no caso, é o autor, não o Estado. Não há previsão legal alguma para que tal ocorra, nem é possível admitir que esse direito inerente ao trabalho criador possa ser deslocado para o Estado (REsp. 163.543/RS, 13/09/1999).¹⁵⁸

É interessante observar como a decisão tem um tom liberal, a favor da livre concorrência, que ignora o fato da tabela do ECAD ser definida de maneira a reunir as associações, de forma a vedar na verdade qualquer possibilidade de disputa no mercado com a cobrança de valores diferenciados. Ao estado caberia apenas a função de resguardar

¹⁵⁸ Adotando a mesma fundamentação: REsp 212199/PR, Rel. MIN. CESAR ASFOR ROCHA, DJ de 18/10/1999; REsp 328.963/RS, Rel. MIN. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 29/4/2002; AgRg no Ag 780.560/PR, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ 26/02/2007; e EDcl no REsp 331.264/RJ (2001/0081702-5), Rel. MIN. VASCO DELLA GIUSTINA, DJ 04/10/2010.

os direitos dos autores e preservar o monopólio do ECAD, mas não de participar ativamente ou ao menos opinar sobre o tema, que acaba por afetar toda a sociedade e tem papel fundamental no desenvolvimento cultural e econômico do país. Outras decisões subsequentes entenderam cabível a intervenção judicial no caso de abusos:

[...] sendo assegurada ao autor da obra intelectual a exclusividade de sua utilização, publicação ou reprodução, sendo ainda imprescindível a sua prévia autorização para fins de execução ou retransmissão em se tratando de peças musicais, inegável se afigura o seu direito de definir critérios para a fixação do preço, cujos parâmetros – bem de ver – não se encontram pré-determinados pelo legislador. Deverá fazê-lo em moldes razoáveis e adequados, sob pena de, em hipótese contrária, afastar os interessados na divulgação dessas mesmas obras. Na hipótese de eventual abuso, poderá ainda dar ensejo à discussão do tema em juízo (Resp 279.037/PR (2000/0096765-3) Rel. MIN. BARROS MONTEIRO, 19/04/2001).

[...] a condição de órgão legitimado a realizar a cobrança de valores devidos a título de direitos autorais não exime o ECAD da obrigação de demonstrar em juízo a consistência da cobrança empreendida. Admitir-se o contrário, seria conferir à entidade cobradora privilégio que a lei não lhe outorgou (REsp no 681.847/RJ Rel. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 08/02/2010).

Depois de diversas investigações por Comissões Parlamentares de Inquérito nas esferas estaduais e federal sobre a atuação do ECAD, muitas disputas judiciais do órgão com os usuários, condenação pelo CADE do escritório e das associações integrantes e forte pressão no Congresso de vários dos maiores artistas da música brasileira,¹⁵⁹ a Lei nº 12.853/2013 veio modificar sensivelmente a regulação da gestão coletiva no Brasil. Em relação à arrecadação estabeleceu no artigo 98:

§ 2º As associações deverão adotar os princípios da isonomia, eficiência e transparência na cobrança pela utilização de qualquer obra ou fonograma.

§ 3º Caberá às associações, no interesse dos seus associados, estabelecer os preços pela utilização de seus repertórios, considerando a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras.

§ 4º A cobrança será sempre proporcional ao grau de utilização das obras e fonogramas pelos usuários, considerando a importância da execução pública no exercício de suas atividades, e as particularidades de cada segmento, conforme disposto no regulamento desta Lei.

¹⁵⁹ JUNGSMANN, Mariana. Senado aprova projeto sobre Ecad em sessão com participação de Caetano Veloso e Roberto Carlos. **Agência Brasil – Empresa Brasil de Comunicação**. Brasília, 3 jul. 2013. Cultura. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-07-03/senado-aprova-projeto-sobre-ecad-em-sessao-com-participacao-de-caetano-veloso-e-roberto-carlos>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

As modificações estabeleceram preceitos básicos para a atividade de cobrança, que, em uma análise mais simples, poderiam até parecer óbvios, mas no contexto prático se fizeram necessários, em razão da alta discricionariedade quase pode observar tanto no estabelecimento de critérios como, principalmente, aplicação dos mesmos pelo ECAD e as associações que o compõem. O Decreto nº 8.469/2015, ao regulamentar a legislação de direitos autorais, traz obrigações mais específicas, em capítulo sobre o assunto. Destaca-se:

Art. 7º A cobrança terá como princípios a eficiência e a isonomia, e não deverá haver discriminação entre usuários que apresentem as mesmas características. [...]

Art. 9º A cobrança considerará a importância da utilização das obras e fonogramas no exercício das atividades dos usuários e as particularidades de cada segmento de usuários, observados critérios como:

I - importância ou relevância da utilização das obras e fonogramas para a atividade fim do usuário;

II - limitação do poder de escolha do usuário, no todo ou em parte, sobre o repertório a ser utilizado;

III - região da utilização das obras e fonogramas;

IV - utilização feita por entidades beneficentes de assistência social certificadas nos termos da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009; e

V - utilização feita por emissoras de televisão ou rádio públicas, estatais, comunitárias, educativas ou universitárias.

§ 1º Na hipótese prevista no inciso V do caput, os critérios de cobrança deverão considerar se a emissora explora comercialmente em sua grade de programação a publicidade de produtos ou serviços, sendo vedada a utilização de critérios de cobrança que tenham como parâmetro um percentual de orçamento público.

§ 2º O Escritório Central de que trata o art. 99 da Lei nº 9.610, de 1998, e as associações que o integram observarão os critérios dispostos neste Capítulo e deverão classificar os usuários por segmentos, segundo suas particularidades, de forma objetiva e fundamentada.

Observa-se que o Decreto não estabelece valores mínimos e máximos, assim como não impõe formas de cobrança estabelecidas previamente, apenas indica princípios e particularidades que devem ser levadas em conta. Cabem às associações estabelecer os preços pela utilização de obras e fonogramas em assembleia geral. Ou seja, mesmo com o novo arcabouço jurídico a partir de 2013, ainda há uma grande liberdade de atuação para o ECAD.

Um outro ponto fundamental é que, historicamente, a jurisprudência garantiu aos autores, reunidos por meio de gestão coletiva, a prerrogativa de estabelecer unilateralmente

critérios de cobrança.¹⁶⁰ Pois o Decreto estabelece que deve “ser observada a possibilidade de negociação quanto aos valores e de contratação de licenças de utilização de acordo com suas particularidades” (art. 6º, § 2º).

A possibilidade de negociação parece ser um preceito básico que foi tradicionalmente relegado pelo ECAD, muitas vezes com respaldo do poder judiciário. Especialmente pelo fato de o Brasil estabelecer legalmente um monopólio para a arrecadação, a imposição de preços, muitas vezes com aplicação de critérios obscuros, fica ainda mais desmedida, visto que não há possibilidade de contratação de um órgão concorrente, por exemplo, em caso de desacordo com os valores fixados de forma unilateral.¹⁶¹

O Decreto nº 8.469 entrou em vigor em 22 de junho de 2015 e determinou em seu artigo 36 que o ECAD e as associações que o compõem teriam o prazo de noventa dias para adaptar os seus regulamentos de cobrança aos critérios previstos no documento legal,

¹⁶⁰ “É pacífico o entendimento desta Corte quanto à legitimidade do ECAD para fixar critérios relativos ao montante devido a título de direitos autorais”. (AgRg no AREsp 61.148/MA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 25/06/2015)

“DIREITOS AUTORAIS. RECURSO ESPECIAL. ECAD. FIXAÇÃO DE PREÇOS, ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE VALORES. FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS. MÚSICAS DE FUNDO. COMPETÊNCIA. REPRESENTAÇÃO. ASSOCIAÇÕES. INTERESSES PRIVADOS. 1. Discussão relativa à validade de deliberações de assembleias do ECAD que definiram critérios de distribuição dos valores arrecadados a título de direitos autorais referentes à exibição das músicas de fundo (background). 2. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

O acórdão recorrido que adota a orientação firmada pela jurisprudência do STJ não merece reforma. 4. Esta Corte reconhece que, em se tratando de direito de autor, compete a ele a fixação do seu valor, que pode se dar, contudo, diretamente ou por intermédio das associações e do próprio ECAD. 5. Com o ato de filiação as associações atuam como mandatárias de seus filiados, na defesa dos seus interesses (art. 98 da Lei 9.610/98), inclusive e principalmente, junto ao ECAD. 6. O ECAD tem competência para fixar preços, efetuar a cobrança e a distribuição dos direitos autorais e as associações que o integram legitimamente representam os interesses dos seus filiados, autores das obras protegidas. 7. Não se vislumbra abusividade nas deliberações tomadas, que inclusive, levaram em conta a proporcionalidade da distribuição dos valores, e, assim, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir nas decisões do ECAD, que administra interesses eminentemente privados, para definir qual o critério mais adequado para a arrecadação e distribuição dos valores referentes aos direitos dos autores das músicas de fundo (background). 8. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 9. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido” (REsp 1331103/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 16/05/2013, grifo nosso).”

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 BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 15/08/2011).

¹⁶¹ “Em relação à imposição de multas pelo ECAD em razão de atraso em pagamentos, o STJ tinha opinião mais restritiva: “No caso, além dos direitos patrimoniais, o Ecad está a cobrar multa intitulada “moratória”, com imposição que, por ocasião dos fatos, não tinha nenhum supedâneo legal. Com efeito, é manifestamente arbitrária e abusiva a cobrança de multa unilateralmente estipulada pelo Ecad, visto que não tem suporte em lei, e não há nem mesmo relação contratual entre as partes” (STJ. REsp 1.190.647/RS, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Quarta Turma, j. em 18/06/2015).

o que efetivamente ocorreu. Em assembleia geral realizada em 15 de julho de 2015 foi aprovado novo regulamento de arrecadação e respectiva tabela de preços, que teve vigência a partir do dia 21 de setembro do mesmo ano e, em grande medida, incorporou o próprio texto legal.

Ainda em 2015, mais precisamente em 22 de outubro, a Assembleia Geral do ECAD faz mais alterações no regulamento de arrecadação, com novos critérios de para serviços digitais (estes serão apreciados adiante neste trabalho) e proporcionalidade de shows (prevê índices para que os critérios de proporcionalidade sejam aplicados em eventos nos quais há palcos diversos e/ou atrações que podem ser divididas entre principais e de abertura). Assim, a proporcionalidade deve ser aplicada, de forma a levar em consideração situações como a importância da utilização das obras na atividade econômica do usuário e o grau de utilização das obras, entre outros.

Em que pese modificações no Regulamento de Arrecadação do ECAD para atender as mudanças legislativas,¹⁶² fica mantido que a fixação dos preços da licença para a execução pública musical será preferencialmente baseada na receita bruta do usuário (que é

¹⁶² “Art. 19. Com vistas a atender ao artigo 98, §4º, da Lei Federal no 9.610/98, a fixação de preço para licença de execução pública musical observará os seguintes critérios de proporcionalidade, que serão aplicados conforme particularidades de cada usuário:

I - A importância da utilização de obras musicais, literomusicais e fonogramas para a atividade econômica (segmento) exercida pelo usuário;

II - O grau de utilização de música pelo usuário, assim classificado em alto, médio e baixo, conforme artigo 21 deste Regulamento;

III - Se o usuário se enquadra nos critérios de usuário permanente;

IV - Se a execução pública musical realizada pelo usuário se der exclusivamente pela forma “ao vivo”;

V - Se o usuário, em espetáculos musicais, executar publicamente obras musicais e literomusicais (i) em domínio público; (ii) que se encontram licenciadas mediante gestão individual de direitos; ou (iii) sob outro regime de licença que não o da gestão coletiva;

VI - A categoria socioeconômica e nível populacional da região em que foi realizada a execução pública das obras e fonogramas;

VII - Se o usuário é entidade religiosa ou produz evento de caráter religioso;

VIII - Se o usuário é entidade beneficente ou produz evento de caráter beneficente;

IX - Se o usuário participa de convênios firmados pelo Ecad;

X - Se o usuário é emissora de televisão pública com conteúdo de entretenimento;

XI - Se usuário é emissora de televisão educativa, universitária, legislativa ou judiciária;

XII - Se o usuário é emissora de televisão publicitária com transmissão em UHF;

XIII - A frequência Hertziana e potência das emissoras de rádio;

XIV - Se o usuário é emissora de rádio comunitária;

XV - Se o usuário é emissora de rádio educativa e mantida ou subsidiada por entidades governamentais;

XVI - Se o usuário é emissora de rádio jornalística;

XVII - Se o usuário é uma rede de lojas;

XVIII - Se o buffet e/ou open bar estiverem incluídos no valor do ingresso do evento;

XIX - Se o usuário de serviços digitais executar publicamente obras musicais e literomusicais ou fonogramas que se encontram licenciadas mediante gestão individual de direitos.

§ único. Os critérios previstos acima não serão necessariamente aplicados de forma cumulativa”.

um padrão utilizado internacionalmente).¹⁶³ A regra já era um dos critérios utilizados anteriormente, mas no novo regulamento fica mais claro em qual situação cada um dos métodos deve ser utilizado e o que deve ser considerado como parte da receita bruta.¹⁶⁴

Os outros critérios atuais são: o “custo musical” (composto pelos custos de cachês com artistas e músicos, equipamentos de áudio e vídeo, iluminação e montagem de palco); a Unidade de Direito Autoral (UDA na sigla, referencial fixado na Assembleia Geral do Ecad, reajustado periodicamente e que baseia-se prioritariamente em espaço físico do local);¹⁶⁵ ou as tabelas de preços específicas para rádios, televisões e consultórios ou

¹⁶³ “Art. 11. Para fins do presente Regulamento, consideram-se como elementos formadores da receita bruta do usuário toda receita relacionada à execução pública musical, tais como, mas não limitados a: venda de ingressos, entradas, convites, couvert artístico, venda de mortalhas, abadás, camisetas, consumação obrigatória, aluguéis de mesa, comercialização de anúncios ou espaços publicitários, patrocínios, apoios, incentivos, venda de recipientes para festivais de bebidas, assinaturas, qualquer outra modalidade de receita, ainda que implícita, sempre que relacionadas com a execução pública musical.

§.1º. No caso de eventos e espetáculos musicais em que houver cobrança de ingresso, eventuais verbas de patrocínio não serão computadas para fins de cálculo da receita bruta.

§ 2º. Nos eventos e espetáculos musicais em que não haja venda de ingresso, as receitas de outra natureza, como publicidade, incentivos, patrocínios ou apoios financeiros, serão computadas para fins de cálculo da receita bruta.

§ 3º. Nos eventos e espetáculos musicais para os quais são vendidas assinaturas referentes a uma série de apresentações, a renda obtida com a venda das assinaturas também será considerada para composição da receita bruta. Para efeito de cálculo da receita bruta de cada apresentação, o valor total da assinatura será dividido pela quantidade de eventos ou espetáculos musicais”.

¹⁶⁴ ECAD. **Regulamento de Arrecadação**. Artigo 10. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/regulamento-de-arrecadacao/Documents/Regulamento%20Arrecadação.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁶⁵ “Art. 16. A fixação do preço da licença de execução pública musical com base na quantidade de UDAs considerará os seguintes critérios:

I - Parâmetro físico – Para usuários que se utilizem de sonorização ambiental, tais como casas de espetáculo, lojas comerciais, shoppings, supermercados, academias de ginástica, restaurantes, lanchonetes entre outros; ou, nas hipóteses previstas nos artigos 12 e 13 acima, o valor referente à quantidade de UDAs, será apurado de acordo com a área sonorizada, que será calculada com base na metragem do espaço ou no número de pessoas que o ambiente comporta.

II - Taxa média de utilização – Para usuários do segmento de hotéis e motéis, em atenção à Súmula no 261 do Superior Tribunal de Justiça, o valor referente à quantidade de UDAs será calculado conforme a taxa média de ocupação e utilização dos equipamentos disponibilizados, apurada por estudo estatístico, considerando ainda a quantidade de aposentos do usuário.

III - Quantidade de veículos, embarcações, composições ou voos – Para hipóteses em que a execução ocorra por meio de serviço de alto-falante ou em empresas de transporte aéreo, marítimo e terrestre, o valor referente à quantidade de UDAs será calculado de acordo com o número de veículos, embarcações, composições ou voos, conforme os critérios estabelecidos pela Tabela de Preços do Ecad. Excetuam-se os casos previstos nos itens 02 e 18 da Tabela de Preços/Usuários Eventuais, parte integrante deste Regulamento.

IV - Grupo de aparelhos - Em relação à execução pública de fundo incidental na espera telefônica, o valor referente à quantidade de UDAs será calculado conforme a quantidade de aparelhos utilizados pelo usuário que disponibilizem tal serviço.

V - Outros - Nas hipóteses em que não é possível a utilização de um critério com vistas a definir o valor referente à quantidade de UDAs, a Assembleia Geral do Ecad fixará o valor da licença, observando os critérios de isonomia e proporcionalidade estabelecidos por este Regulamento, bem como a forma prevista no parágrafo primeiro do artigo 6º do Decreto no 8.469/15”.

clínicas. Quanto aos critérios principais, em linhas gerais, não há grande modificação em relação ao regulamento anterior, as diferenças aparecem mais na forma de aplicação.

Sobre as rádios, uma inovação importante prevista pelo artigo 39 pelo regulamento é a possibilidade de redução em 75% às emissoras jornalísticas (em que o foco sejam notícias e as músicas sejam executadas apenas de forma incidental), desde que sejam respeitadas as condições definidas em contrato específico firmado com o ECAD. Incrivelmente, antes da mudança legislativa, tanto para rádios como para televisões (como tratado no tópico sobre concorrência) não havia diferenciação nos valores devidos por canais jornalísticos (como Rádio CBN ou Globo News, por exemplo) e outros com perfil majoritariamente musical (como Antena 1 ou Canal Bis).

Outro ponto a se destacar é a redução de 50% do valor do ingresso para fins de cálculo do valor devido por direitos autorais, caso a entrada inclua *buffet* e/ou *open bar* no caso de bailes, festas e eventos especiais, prevista no artigo 41. Obviamente, há festas em que os valores altos dos ingressos dizem mais respeito ao direito de consumir itens alimentícios de forma ilimitada do que propriamente às atrações musicais. Ocorre que a redução já era aplicada nos mesmos moldes antes do novo regulamento. Parece razoável argumentar que este critério poderia ter certo nível de variação, caso contrário, um show de uma atração de grande apelo em que seja oferecida pipoca e refrigerante poderia obter o mesmo benefício de outro de uma atração pouco conhecida, com oferecimento de *whisky* escocês, champanhe francesa e caviar, em que claramente a música não é o aspecto principal para atrair a clientela, assim como não impactará de forma primordial os custos de realização.

Neste sentido, muitas vezes as características do próprio local em que vai ser realizado certo evento pode influenciar mais ou tanto quanto as atrações musicais. Festivais realizados em locais paradisíacos ou festas em clubes de luxo têm apelo próprio, muitas vezes independe dos artistas que serão contratados, mas não há qualquer diferenciação nos valores em razão deste tipo de situação, até pela subjetividade na apreciação deste tipo de questão. Certamente, tais questões poderão ser apreciadas por meio de mediação ou arbitragem no âmbito do Ministério da Cultura, conforme a IN nº 4/2015 ou mesmo pelo Poder Judiciário. Prevê ainda o regulamento:

Art. 13. Quando o evento musical for realizado em ambiente fechado e não houver venda de ingresso, o preço da licença será fixado em UDAs e apurado conforme o parâmetro físico.

§ 1º. Quando o valor da licença fixada de acordo com o caput deste artigo resultar em valor inferior a 15% (quinze por cento) do custo musical, o preço fixado com base no custo musical deverá prevalecer.

No regulamento anterior, a prioridade era invertida nos casos de ambiente fechado sem venda de ingresso, a regra era o critério de custo do evento, sendo o parâmetro físico a segunda opção. De qualquer forma, o que merece destaque é o fato de que parágrafo primeiro mantém situação anterior em que no confronto de duas regras prevalecerá aquela que resultar em um valor maior de arrecadação. Ora, visto a posição dominante do ECAD, que impõe e aplica os próprios critérios perante os usuários, sem concorrência ou ao menos negociação, pareceria ser mais razoável que fosse aplicado, ao contrário, aquele critério que resultasse no valor menor, sob pena de que aquele que paga pelo licenciamento dos direitos autorais fique em situação de grande desvantagem.

São mais de 40 páginas de regulamento de arrecadação, inclusos os anexos, o dobro do anterior, que já não era pequeno. Deve-se salientar que há uma abissal assimetria de informação entre o ECAD, órgão especializado e monopolístico, em relação aos usuários, pulverizados e que muitas vezes são “eventuais”, ou seja, executam publicamente obras musicais de forma esporádica e não têm compreensão sobre a legislação de direitos autorais. Ao mesmo tempo que uma maior proporcionalidade na cobrança é um requisito básico, que há muito já deveria ser observado, as novas regras acabam por complicar ainda mais o entendimento de regras que já não eram simples.

Isto posto, mesmo que se possa argumentar que não há como simplificar a sistemática, o mínimo que se poderia exigir é que dentre a possibilidade de aplicação de critérios distintos, fosse sempre priorizada a cobrança daquele mais favorável ao usuário. Cabe apontar que as regras são previstas pela própria assembleia geral do ECAD e, consequentemente, supõe-se que todas sejam razoáveis para os autores.

Nos casos de atraso no pagamento o novo regulamento mantém também a previsão já consolidada anteriormente pelo ECAD de multa de 10% sobre o valor devido quando se tratar exclusivamente de atraso no pagamento, assim como juros de 1% ao mês, incidentes sobre o valor total do débito e atualização monetária contada a partir da data do vencimento ou do evento em que se deu a violação do direito autoral. Na medida em que o valor de multa não é previsto pela legislação, sua aplicação é controversa, já que é comum não haver relação contratual entre ECAD e usuários que preveja tal penalidade. Neste sentido já se manifestou o STJ:

MULTA. JUROS. MORA. ECAD. RELAÇÃO EXTRACONTRATUAL. Trata-se, na origem, de ação ordinária proposta pelo Ecad em que alega que o réu utiliza publicamente obras musicais, lítero-musicais e fonogramas na sua atividade comercial, sem, contudo, ter autorização de seus autores e dos demais titulares de direitos autorais. A Turma negou provimento ao recurso por entender que, embora se reconheça aos titulares do direito autoral a prerrogativa de fixar valores referentes à utilização das suas obras artísticas em face da natureza privada dos seus direitos, no que toca às consequências decorrentes das ilicitudes praticadas contra as obras de espírito, na falta de previsão expressa da Lei n. 9.610/1990, é de ser respeitado o estabelecido na legislação civil, em detrimento do regulamento de arrecadação do Ecad. **Assim, quanto à condenação ao pagamento de multa de 10% e de juros de mora de 1% ao mês, ele não merece acolhida, porquanto previsto no regulamento do autor e não pode ser aplicado ao réu, que não possui relação comercial ou associativa com o autor.** (REsp 1.094.279-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 16/6/2011, grifo nosso).

Este ponto é muito importante. A ausência de instrumentos contratuais formais entre ECAD e usuários é comum e a documentação entre as partes muitas vezes se resume à guia de pagamento ou ao termo de responsabilidade, em formulário padronizado disponibilizado pelo órgão.

Tal situação, de relativa informalidade, contribui para o alto nível de judicialização de disputas entre o órgão, que historicamente não aplicava critérios de proporcionalidade, e usuários que se recusam a pagar pelos valores impostos de forma unilateral. Os conflitos se dão não só com empresas do ramo do entretenimento, mas também com entes públicos, entidades religiosas, instituições educacionais, sindicatos de trabalhadores, pessoas físicas (o que inclui aquelas que realizam eventos familiares, como festas de casamento e aniversário), entre outros.¹⁶⁶

As práticas do ECAD revelam que ele possui uma espécie de poder coercitivo, de polícia, sem que haja qualquer previsão legal para tanto, pelo contrário. É comum o ajuizamento de ações judiciais para cancelar a realização de eventos, frequentemente na sua véspera, como forma de pressionar o pagamento. A manifestação dos advogados do órgão em ação ajuizada em regime de plantão judicial contra os promotores de festa de *réveillon*, no dia 28 de dezembro de 2009, na semana de realização da festa, é autoexplicativa:

¹⁶⁶ Pesquisa na base do STJ em 15/12/2017 listou 3.783 processos em que o ECAD é parte. Este número cresce exponencialmente se forem consultados os tribunais estaduais de segunda instância.

Vale ressaltar, que até a presente data, desde que o Judiciário passou a acatar o pedido de liminar do ECAD, ora Autor, quase a totalidade dos processos são resolvidos imediatamente, mediante acordo, logo após a efetiva citação das partes para depositar os valores em Juízo, pois do contrário os eventos musicais NÃO SE REALIZAM POR ORDEM JUDICIAL. E, mesmo que não se obtenha acordo, ao menos haverá a certeza de que, ao final do processo, o recebimento dos direitos autorais estará garantido, eis que o evento só se realizaria mediante o depósito judicial dos valores estimados pelo ECAD.¹⁶⁷

Naquela situação o pedido de antecipação de tutela foi indeferido pelo magistrado Hélio do Valle Pereira sob o seguinte fundamento:

Não creio que seja recomendável impedir a realização da festa já agendada [...]. Haveria, então, prejuízo manifesto a terceiro de boa – fé, que certamente já adquiriram seus dispendiosos ingressos. Adite-se a frustração dessas pessoas para as quais, por certo, aquele encontro será especialmente importante. A proporcionalidade não justificaria a medida extrema conjecturada, ainda mais na véspera do evento.

Parece claro que a tentativa de cancelar um evento na véspera não atende interesse dos autores nem do público e serve apenas como meio de pressão para forçar pagamento dos valores exigidos sem possibilidade de negociação. Ademais, há previsão legal de que os titulares de direitos autorais poderão praticar pessoalmente a arrecadação, mediante comunicação prévia à associação a que estiverem filiados. A partir das modificações feitas pela Lei nº 12.853/2013, ficou definido que o exercício individual dos direitos de execução pública deverá ocorrer com até 48 horas de antecedência da sua prática. De qualquer forma, fica claro que até a antevéspera de qualquer evento poderá ser solicitada a dispensa de cobrança pelos titulares de direito autoral, o que reforça o descabimento de medidas que requerem o cancelamento de eventos.

Um caso simbólico bastante noticiado foi a tentativa malsucedida de barrar uma apresentação gratuita da banda Rolling Stones na praia de Copacabana no Rio de Janeiro em 2006. Como descreveu o jornalista Jotabê Medeiros em matéria escrita em homenagem aos dez anos do histórico show:

O Rio de Janeiro jamais esquecerá. Nem o Brasil. Nem o planeta. Lanchas e barcos guardavam lugar em alto mar. Navios de cruzeiro mudaram o plano de viagem e ancoraram na baía de Guanabara com as luzes acesas como árvores de Natal. Para ver o show de um catamarã, pagava-se R\$ 300. [...]

¹⁶⁷ Excerto da petição inicial assinada pelo advogado Andrus da Silva. TJ-SC - AC: 00000186020108240023 Capital 0000018-60.2010.8.24.0023.

Era 18 de fevereiro de 2006, e os Rolling Stones fizeram a cidade do Rio de Janeiro ferver acima dos 32°C estimados para aquela noite com a turnê “A Bigger Bang”. Tudo de graça, na praia. As estatísticas de público daquele hoje lendário concerto variaram entre 1,2 milhão e 1,5 milhão de pessoas, e até hoje persiste a controvérsia.¹⁶⁸

Além da banda inglesa, tocaram ainda os artistas nacionais: Titãs, Afroreggae e DJ Janot. O evento foi promovido pelo município do Rio de Janeiro, organizado pela Planmusic Entretenimento e patrocinado pelas empresas Claro e Motorola. Todos os quatro entes envolvidos constaram no polo passivo da ação promovida pelo ECAD em 9 de fevereiro de 2006, nove dias antes da realização do espetáculo. O Escritório afirmou não ter sido providenciada a necessária autorização mediante o prévio recolhimento do correspondente a 10% do orçamento total do evento, conforme critérios previstos em seu Regulamento de Arrecadação.

Requeru, em antecipação de tutela, suspensão das apresentações ou, alternativamente, o imediato recolhimento do valor devido. O juízo de primeiro grau, em decisão interlocutória, indeferiu de plano o pedido ao afirmar que “a suspensão do evento é medida inimaginável diante da proporção que alcançou para a cidade”.

Em julgamento de mérito, foi requerida indenização por perdas e danos – traduzida, pelo Juízo de primeiro grau, em cobrança – no valor de R\$ 1.010.497,90. Este valor era equivalente a 10% do orçamento total do evento, inclusive até gastos com seguros, assim como taxas recolhidas para sindicatos dos músicos e afins.¹⁶⁹

Ocorre que o próprio regulamento de arrecadação previa que, em caso de apresentações ao vivo, haveria um desconto equivalente a um terço, independentemente do critério adotado para a cobrança, que não foi aplicado no valor cobrado em juízo. A decisão do TJ-RJ, posteriormente mantida pelo STJ, primeiramente reconheceu que não devia haver solidariedade entre as partes, confirmando a ilegitimidade das empresas

¹⁶⁸ MEDEIROS, Jotabê. Há dez anos, Rolling Stones faziam show histórico na praia de Copacabana. **UOL Música**. 18 fev. 2016. Disponível em: <<https://musica.uol.com.br/noticias/redacao/2016/02/18/ha-dez-anos-rolling-stones-faziam-show-historico-na-praia-de-copacabana.htm>>. Acesso em 20 ago. 2017.

¹⁶⁹ Reconheceu o acórdão: “Assim, que se encontram listados desde pitorescos gastos com ‘Lanches de Órgãos Públicos’, de R\$ 28.150,00, até obrigações de ordem fiscal-tributária – ‘ISS’, no montante de R\$ 110.629,47 (fl. 1459); – ‘PIS s/ cachê’, no valor de R\$ 24.432,82 e – ‘COFINS s/ cachê’, no valor de R\$ 60.800,00 (fl. 1477); e – ‘Imposto de Renda s/ cachê’, no importe de R\$ 200.000,00 (fl. 1478).

E, ainda mais inusitado, são também computados diversos ‘Pagt Ordem dos Músicos do Brasil referente Liberação do Show dos Rolling Stones’ e ‘Pagt Sindicato dos Músicos Profissionais referente Liberação do Show dos Rolling Stones’, no total de R\$ 43.275, 86 (fl. 1488).

Ou seja, na base de cálculo do valor a ser arrecadado a título de direitos autorais, pretende o ECAD incluir não só o que recolhido ao Fisco como também tudo que foi pago aos próprios artistas e associações de músicos”.

patrocinadoras e do município, que fazia a promoção cultural. A responsável pelo recolhimento de direitos autorais era apenas da empresa organizadora Planmusic. Sobre o montante, o acórdão manifesta que:

[...] a fixação em percentual do orçamento total do evento, abarcando gastos completamente desgarrados do objeto que se visa a proteger, afronta os princípios da proporcionalidade e da boa-fé, podendo caracterizar o abuso do direito, e, ainda que eminentemente privada a atividade, autoriza-se a interferência do Poder Público, notadamente o Judiciário, sempre que ocorrente abuso no exercício de qualquer direito.

8- Dentre outros precedentes, o ECAD utilizou, em evento similar, critério completamente diverso, eis que o percentual cobrado ficou bastante abaixo dos 10% do orçamento total do evento, demonstrando que, apesar do interdito estatutário, atua com inteira liberdade no arbitramento dos valores das retribuições autorais, não adstrito exclusivamente aos critérios fixados em seu Regulamento de Arrecadação.

9- Em tal contexto, reconhece-se como comprovado fato – preexistência e validade de acordo em valor inferior – obstativo à pretensão de recebimento do montante cobrado a título de retribuição autoral.¹⁷⁰

Outro ponto relevante é que em e-mail de representante do ECAD datado de 23 de janeiro de 2006, foi informado aos organizadores que o valor cobrado seria de R\$ 198.990,40. Nos autos, a Subsecretaria de Eventos do Município confirmou a existência de acordo verbal com o ECAD de recolher 10% do valor do cachê artístico de qualquer show musical realizado gratuitamente em espaços públicos, não do valor total do evento. Este parâmetro havia sido usado, inclusive, para show do artista Lenny Kravitz ocorrido no ano anterior, 2005, na mesma praia de Copacabana.

No caso, o Ministério Público manifestou-se no sentido de que o ECAD é mero agente de arrecadação e repasse, não tem (nem poderia ter) poder de disposição de tais valores, posicionamento que foi adotado pela decisão de primeiro grau. O acórdão cita o Estatuto do ECAD, que indica o mesmo caminho: “Art. 6º É vedado ao ECAD conceder quaisquer isenções ou deduções na cobrança de direitos autorais de execução pública, salvo quando expressamente autorizado pela sua Assembleia Geral”.

Porém, fica demonstrado na decisão de segundo grau, que reforma a do juízo

¹⁷⁰ “Ementa: DIREITO AUTORAL. ECAD. APRESENTAÇÃO MUSICAL AO VIVO. RETRIBUIÇÃO AUTORAL. NÃO RECOLHIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. NÃO CONFIGURADA. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. VALOR DOS DIREITOS AUTORAIS. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. IRRAZOABILIDADE. INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. REGULAMENTO DE ARRECADAÇÃO. PRECEDENTES DE AFASTAMENTO. SHOW ANTERIOR. DESPROPORCIONALIDADE. PROPOSTA. VINCULAÇÃO. Relator: DESEMBARGADOR MILTON FERNANDES de SOUZA, QUINTA CÂMARA CÍVEL do TRIBUNAL de JUSTIÇA do Rio de Janeiro. Apelação n. 0016039-60.2006.8.19.0001”.

primário, que em outros casos, incluído o show de Lenny Kravitz, o ECAD utilizou critério completamente diverso daquele previsto em seu Regulamento de Arrecadação, eis que o percentual cobrado ficou bastante abaixo dos 10% do orçamento total do evento, o que:

[...] bem ilustra a flexibilidade que o ECAD se concede no arbitramento dos preços cobrados, bem como a absoluta falta de critério fixo.

A propósito, desborda inteiramente de qualquer racionalidade a discrepância de 3.054% (três mil e cinquenta e quatro por cento) encontrada no comparativo entre a retribuição autoral cobrada no evento em que se apresentou o referido cantor e a agora pretendida em relação ao show dos Rolling Stones.

Nessa esteira, forçoso concluir que, apesar do interdito constante de seu estatuto, o ECAD atua com inteira liberdade no arbitramento dos valores das retribuições autorais, não se adstringindo exclusivamente aos critérios fixados em seu Regulamento de Arrecadação.

Reputa-se, assim, como validada pela prática reiterada eventual avença para fixação de preço a menor.

“Flexibilidade”, “absoluta falta de critério”, “discrepância”... Os adjetivos utilizados na decisão escancaram a liberalidade com a qual o órgão acostumou-se a arrecadar dos usuários. No show dos Rolling Stones, a cobrança se deu sobre empresas de grande porte, em evento milionário, com ampla cobertura da imprensa. Mesmo assim, o ECAD sentiu-se livre para atuar de maneira arbitrária e que desrespeita seu próprio estatuto e tabela de arrecadação. Consequentemente, a situação é ainda pior quando os alvos da arrecadação são pequenos empresários, donos de consultórios médicos, famílias etc., como demonstram as inúmeras reclamações de usuários (corroboradas nas CPIs contra o órgão e em decisões judiciais).

As associações de direitos autorais, em que pese sem instituições privadas, exercem atividade de interesse público devendo atender a sua função social, nos termos do artigo 97, § 1º da Lei nº 12.853/2013. Este caráter deriva de uma particularidade: ao contrário de outras associações ou entidades de classe, na gestão coletiva a arrecadação não é proveniente do pagamento de contribuições pelos próprios associados, mas do recolhimento de valores de toda a sociedade.

Em que pese a permissão legal para o recolhimento de valores de forma difusa, isto não significa que os valores pagos tenham caráter fiscal, assim como os órgãos de gestão coletiva não possuem as prerrogativas dos órgãos públicos de fiscalização e os documentos produzidos por seus subordinados não são eivados de presunção de veracidade ou fé pública. Pelo contrário, seus atos estão sujeitos ao controle judicial e administrativo. Neste sentido, já manifestou a jurisprudência:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DIREITOS AUTORAIS. ECAD. VALORES ABUSIVOS. DESPROPORCIONAL AOS ANOS ANTERIORES. DOCUMENTO UNILATERAL.

I - Conquanto o ECAD seja a instituição privada competente para arrecadar e distribuir os direitos autorais relativos à execução pública de músicas, não lhe é dado o direito de cobrar do responsável pelo evento musical valores sem qualquer parâmetro objetivo ou com base em estimativa unilateral de receita bruta obtida com a realização do espetáculo.

II - Sendo o ECAD uma instituição privada, seus fiscais não gozam de fé-pública ou poder de polícia, não se podendo impor presunção de veracidade aos atos por eles lavrados e elaborados unilateralmente, cujo conteúdo não foi corroborado pela assinatura do responsável pelo evento¹⁷¹ (grifo nosso).

APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA. ECAD. LEGITIMIDADE. IDENTIFICAÇÃO DAS MÚSICAS. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RECEITA BRUTA. **TERMO DE VERIFICAÇÃO SEM ASSINATURA. AUSÊNCIA DE FÉ PÚBLICA.** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO DAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTETÓRIO. MULTA. [...]

Os fiscais do ECAD não gozam de fé pública, razão pela qual não devem ser considerados, para fins de recolhimento dos direitos autorais, os termos de verificação sem a assinatura do representante legal do evento ou de duas testemunhas¹⁷² (grifos nossos).

Anteriormente, o Regulamento do ECAD tratava dos Termos de Comprovação de Utilização Musical, que são atualmente denominados Termo de Verificação de Execução Pública Musical:

Art. 46. Caso o usuário forneça de forma incorreta os dados necessários para o cálculo do valor da licença, ou não os apresente, o Ecad poderá estimar e fixar o valor com base nas informações apuradas por seus técnicos, ou por outros meios que permitam o cálculo, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Art. 47. Para os usuários que estejam executando publicamente obras musicais, literomusicais e fonogramas de forma desautorizada, a concessão de licença poderá ficar condicionada ao pagamento dos valores referentes ao período de utilização indevida.

Art. 48. Os usuários que executarem música publicamente sem a obtenção da necessária licença ficarão sujeitos às sanções previstas pelos artigos 105 e 109 da Lei no 9.610/98 e pelo artigo 184 do Código Penal.

§ único. O Ecad poderá ainda, como forma de registro da utilização desautorizada, lavrar Termo de Verificação de Execução Pública Musical, bem como se valer de outras fontes ou recursos para provar a execução pública desautorizada de obras musicais, literomusicais e fonogramas.

¹⁷¹ TJMA. ED 0526972015, Relator Jorge Rachid Mubárack Maluf. Primeira Câmara Cível, 26/11/2015.

¹⁷² TJDF. AC 20130111186895, Relator Hector Valverde Santanna. Sexta Turma Cível, 3/06/2015.

Ocorre que estes documentos não têm previsão legal e sequer as próprias normas internas do ECAD omitem quais as obrigações que os fiscais deveriam observar no preenchimento para que possam ter alguma validade. Tenta-se fazer parecer que os Termos de Verificação seriam equivalentes a autos de infração fiscal, quando estes, mesmo feitos por agentes do Estado, têm regras claras para sua validade e ainda permitem a apresentação de defesa pelos contribuintes. A própria assinatura do contribuinte em auto de infração ou outra comprovação de ciência sequer implica concordância com a exigência é apenas requisito para que processo administrativo seja instaurado. Extraí-se da jurisprudência:

O ECAD, na verdade, apresenta-se em Juízo munido de uma espécie de clone de “certidão de dívida ativa”, que seria absolutamente indiscutível pelos consumidores, aos quais se reservaria o ônus da prova em contrário, nos moldes dos privilégios que a lei prevê para os créditos tributários. Procura criar, na realidade, um tipo novo de título de crédito, que poderia chamar-se “certidão de dívida ativa de direitos autorais”, não autorizada legalmente.¹⁷³

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE AUTOS DE INFRAÇÃO LAVRADOS PELO ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD SEM A OBSERVÂNCIA DAS DEVIDAS FORMALIDADES LEGAIS [...]

Daí que, admitir-se como prova da dívida mera notificação levada a termo unilateralmente pela entidade requerida seria conceder privilégio ao particular que nem mesmo a Administração Pública detém, posto que, esta deve observância ao princípio do devido processo legal extensível ao procedimento administrativo, nos termos do artigo 5º, inciso LV da Constituição da República. [...]

Por todo o exposto, voto pelo parcial conhecimento e, na parte conhecida, pelo desprovimento da apelação interposta pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, para integral manutenção da sentença que declarou a nulidade de todos os autos de infração lavrados em desfavor dos representados pela Associação Brasileira de Bares e Casas Noturnas – ABRABAR sem as devidas formalidades legais.¹⁷⁴

Nota-se que o Poder Judiciário teve que, ao longo tempo, controlar o afã arrecadatário do ECAD. O Código Civil estabelece em seu artigo 187 que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Em tese, as normas gerais do direito já dariam conta de repelir as práticas abusivas do órgão. Ocorre que a falta de um mecanismo de regulação, com a extinção do CNDA e a ausência de regras sobre a atuação do ECAD na versão original da Lei nº 9.610,

¹⁷³ TJ-MG. AC 1.0525.02.002440-8/001. Desembargador Wander Marotta do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

¹⁷⁴ Apelação Cível nº 1.205.519-9, Des. Carlos Eduardo Andersen ESpíndola, TJ-PR.

combinadas com o monopólio previsto em lei, deram margem a uma atuação abusiva.

A criação da CPAGC, assim como as demais medidas decorrentes da Lei nº 12.853/2013, indica que as más condutas na arrecadação de direitos autorais decorrentes de execução pública musical poderiam estar com os dias contados. Em que pese ter havido um grande avanço, a CPAGC ainda engatinha, com reuniões esparsas, e o Ministério da Cultura, com papel fundamental a partir do novo marco legal, ficou muito enfraquecido a partir do governo Michel Temer, que chegou a cogitar até a extinção da pasta. Este tema será tratado em tópico específico do próximo capítulo.

4. DISCURSOS E PRÁTICAS NA DISTRIBUIÇÃO DE DIREITOS POR MEIO DA GESTÃO COLETIVA

As duas atividades principais da gestão coletiva são a arrecadação e a distribuição dos direitos autorais. A primeira foi retratada anteriormente e a segunda, que será objeto deste capítulo, consiste no momento em que se dá a efetiva remuneração dos autores e demais titulares. Sob o viés da distribuição dos direitos autorais, este capítulo também tratará do momento de transformação vivido pela gestão coletiva, muito influenciado pelas recentes inovações tecnológicas, e a forma como estas são abordadas pelo Direito.

As pressões para construção e aplicação de leis por parte dos interessados, em geral, envolve a utilização de narrativas que justifiquem a concessão de direitos e de deveres. Quando se trata de direito autoral e cultura, a questão é ainda mais acentuada, ainda mais no que tange à gestão coletiva, que, como explicado no capítulo anterior, faz cobranças compulsórias sobre toda a sociedade, especialmente em momentos relacionados ao lazer e à diversão que envolvem a execução de música.

Assim, será analisado o que chamamos aqui de “discurso” construído pelas organizações de gestão coletiva perante as bases teóricas da propriedade intelectual e, mais especificamente, do direito autoral. O objetivo é contrapor essa narrativa com a forma como ela é aplicada na prática.

O modo como ocorre a execução pública e a expansão deste conceito para situações privadas é outro tema relevante e atual, que também será abordado, assim como a regulação da gestão coletiva, simbolizada pelo extinto CNDA no Brasil, e que, depois de um período histórico em que foi relegada, recentemente passou a ser retomada. Posteriormente, serão abordados os aspectos práticos da distribuição e as regras do regulamento do ECAD para tanto.

Por fim, serão analisados os novos paradigmas decorrentes das inovações tecnológicas e a consequente construção de tratados internacionais sobre o assunto, com a construção do conceito de “*making available*” no cenário internacional e as possíveis aplicações deste no Brasil. O caso do *YouTube* será utilizado como referência para tratar dos serviços de *streaming* e seus efeitos para a gestão coletiva. Finalmente, serão

analisadas as novas tecnologias para identificação de obras, instrumentos fundamentais para tornar a distribuição mais precisa e efetiva.

4.1 Distribuição: o discurso

O texto atual da Constituição Federal brasileira garante aos autores o direito exclusivo de utilização de suas obras¹⁷⁵ e assegura o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que eles criarem, ou de que participarem, assim como aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas. Conforme se denota do texto constitucional, já citado em outras passagens deste trabalho, a fiscalização por associações decorre de uma proteção bastante específica, centrada na figura dos autores. Como já foi tratado no primeiro capítulo, o próprio nome da disciplina Direito de Autor ou Direito Autoral, especialmente na visão adotada na Europa Continental sobre o tema e irradiada para países como o Brasil, já indica o protagonismo do autor dentro da ideia de proteção.

Porém, mesmo em países que seguem a doutrina do *copyright*, muitas vezes há uma tendência de ainda analisar o assunto sob uma perspectiva mitificada sobre a autoria, que seria originada pelo chamado “gênio criador”, viés muito influenciado pelo período histórico do romantismo, marcado pela visão de centralidade do indivíduo. Ocorre que, como aponta o professor da *American University*, Peter Jaszi, em que pese a concepção romântica de autoria estar constantemente presente nas análises jurídicas tradicionais e mais conservadoras sobre direito autoral, estrategicamente este conceito tradicional é

¹⁷⁵ Este direito não é absoluto e deve ser interpretado de fora sistêmica, em conjunto com outras disposições da própria Constituição (como a proteção dos direitos culturais no artigo 215 e seguintes), da legislação específica (por exemplo as limitações previstas no artigo 46) e do direito internacional, como a regra dos três passos prevista na Convenção de Berna. São referências sobre o assunto no Brasil a obra de Allan Rocha de Souza (**A Função Social dos Direitos Autorais**: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006) e a de Guilherme Carboni (**Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2006). Mais recentemente, uma obra mais abrangente sobre o tema recomendada é a de Eduardo Altomare Arienti (**A Função Social da Propriedade Intelectual**. São Paulo: Lumen Juris, 2015).

revisado ou eliminado forma a justificar determinada medida,¹⁷⁶ muitas vezes extensões da proteção de direitos autorais para além dos autores. Sobre o assunto, aponta o pesquisador brasileiro Victor Drummond:

Antes do rompimento paradigmático da superação da filosofia da linguagem, pode-se apontar um “romantismo do direito de autor” (e que vem, em alguma medida, sendo apontado pelo senso comum autoralista), tanto do ponto de vista político-estrutural quanto do ponto de vista filosófico, o que se percebe pela “mantrificação” de ideias, como o brado de Chapelier que propõe a “sacralização” da propriedade literária e artística, definindo-a como **a propriedade mais sagrada, mais legítima, mais pessoal de todas as propriedades**. Considero esse o primeiro “mantra performático do direito de autor”.¹⁷⁷

William Fisher, professor da *Harvard University*, trabalha com quatro teorias principais para justificar a propriedade intelectual: (1) utilitarista, (2) trabalho, (3) personalidade e (4) plano social. Em linhas gerais, a primeira refere que o risco de as criações de determinadas pessoas serem apropriadas por terceiros que possam colocá-las no mercado de forma livre, sem terem tido qualquer custo para a produção, seria um desincentivo para a inovação e prejudicaria o próprio mercado. A segunda, baseada no pensamento de John Locke, trata do direito natural de cada indivíduo gozar dos esforços do seu trabalho. A terceira abordagem afirma que os direitos de propriedade privada são cruciais para a satisfação de algumas necessidades humanas fundamentais não necessariamente econômicas, assim, deveriam ser protegidas de apropriação ou modificação por terceiros as obras pelas quais os autores representam sua personalidade, de maneira a criar condições sociais e econômicas favoráveis à atividade intelectual criativa e um consequente florescimento humano. A quarta está enraizada na proposição de que os direitos de propriedade intelectual devem ser moldados de modo a ajudar a promover a conquista de uma cultura justa e atraente, de forma que o centro da proteção não estaria nos autores, mas em toda a sociedade.¹⁷⁸

¹⁷⁶ “On the whole, the full-blown Romantic conception of “authorship” has a continuing grip on the legal imagination. Subsequent sections of this Article, however explore how lawyers and judges strategically suppress or revise this traditional concept. And to launch that exploration, the following section outlines the structure doctrine that the foundational concept of “authorship” supports” (JASZI, Peter. *Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of “Authorship”*. **Duke Law Journal**, n. 2, p. 458, 1991).

¹⁷⁷ O autor faz referência à Isaac Le Chapelier, advogado e parlamentar francês durante o século XVIII (DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em Busca do Juiz Plagiador**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 66).

¹⁷⁸ FISHER, William. **Theories of Intellectual Property**. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Em que pese a propriedade intelectual ao longo do tempo, talvez em menor medida do que o necessário, ter sido reinterpretada, inclusive com a construção de teorias diversas para fundamentá-la,¹⁷⁹ parece que, para os órgãos de gestão coletiva, ainda prevalece o romantismo do direito de autor, somado a uma valoração laboral do processo de criação, com uma espécie de interpretação lockeana/proprietarista, que propõe um direito natural sobre o trabalho envolvido na autoria.¹⁸⁰

Apesar de o primeiro capítulo deste trabalho demonstrar como historicamente as editoras ganharam um papel importante dentro da gestão coletiva, assim como novos titulares de direitos autorais, como produtores, intérpretes e outros agentes além dos autores, estes são ainda grande mote justificador do sistema. Retoma-se que, como referido anteriormente neste trabalho, o conceito jurídico de produtor criado a partir da Convenção de Roma vai além daquela figura da pessoa responsável por dirigir as gravações de um álbum, da qual George Martin, produtor musical e colaborador de muitas das obras clássicas dos The Beatles, é considerado paradigma.¹⁸¹

A Lei nº 9.610/1998 define, em seu artigo 5º, XI, como produtor: “a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado”. Assim, este papel pode ser exercido por uma gravadora, por exemplo. A Lei nº 12.853/2013 ainda introduziu no inciso XIV do mesmo artigo o conceito de titular originário: “o autor de obra intelectual, o intérprete, o executante, o produtor fonográfico e as empresas de radiodifusão”. *A priori*, poderia parecer que a intenção do legislador foi mitigar o princípio de que as obras autorais são criações do espírito humano (com a inclusão na nova definição de pessoas jurídicas), mas a introdução se explica mediante análise de outras inovações trazidas pelo marco legal:

¹⁷⁹ Sobre a perspectiva utilitarista, em especial, cabe a leitura: LANDES, William M.; POSNER, Richard. An Economic Analysis of Copyright Law. **Journal of Legal Studies**, v. 18, n. 2, p. 325-363, jun. 1989. Disponível em: <<http://www.sfu.ca/~allen/copyright.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁸⁰ Uma análise similar é feita sobre a própria doutrina de direito autoral em: DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em Busca do Juiz Plagiador**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 25.

¹⁸¹ “With increasing possibilities for moulding the sound, a producer like Martin, who knew what he was doing, could begin to “direct” the musicians; not so much like a conductor in front of an orchestra, but as if they were making a film, not a record” (CHANAN, Michael. *Repeated takes: a short history of recording and its effects on music*. Londres: Verso, 1995).

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. [...]

§ 5º Apenas os titulares originários de direitos de autor ou de direitos conexos filiados diretamente às associações nacionais poderão votar ou ser votados nas associações reguladas por este artigo.

§ 6º Apenas os titulares originários de direitos de autor ou de direitos conexos, nacionais ou estrangeiros domiciliados no Brasil, filiados diretamente às associações nacionais poderão assumir cargos de direção nas associações reguladas por este artigo.

Tentou-se impedir a apropriação das associações pelas editoras e eventuais terceiros interessados. Houve ainda uma modificação, com a revogação do artigo 94 da Lei nº 9.610/1998, no sentido de diminuir a dependência de artistas em relação aos produtores fonográficos, mas estes agentes ainda mantêm direitos exclusivos em relação aos fonogramas:

Dos Direitos dos Produtores Fonográficos

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

I - a reprodução direta ou indireta, total ou parcial;

II - a distribuição por meio da venda ou locação de exemplares da reprodução;

III - a comunicação ao público por meio da execução pública, inclusive pela radiodifusão;

IV - (VETADO)

V - quaisquer outras modalidades de utilização, existentes ou que venham a ser inventadas.

Art. 94. Cabe ao produtor fonográfico perceber dos usuários a que se refere o art. 68, e parágrafos, desta Lei os proventos pecuniários resultantes da execução pública dos fonogramas e reparti-los com os artistas, na forma convencionada entre eles ou suas associações.

(Artigo 94 revogado pela Lei nº 12.853/2013).¹⁸²

¹⁸² Cumpre dizer que o inciso IV tinha o seguinte texto: “IV - todas as utilizações a que se refere o art. 29 desta Lei a que se prestem os fonogramas”. Não chegou a ter vigência, pois foi vetado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso ainda no ato de sanção da Lei nº 9.610/1998. Extraí-se das razões do veto: “O art. 29 do texto aprovado no Congresso Nacional refere-se aos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração. O inciso IV do art. 93 é inadequado uma vez que, em se tratando de direitos conexos, referencia um artigo que trata exclusivamente de direito de autor, o que pode levar a uma equiparação entre estes dois institutos distintos da propriedade intelectual”.

O disposto no art. 29 concede ao autor, entre outros direitos, o direito de adaptação. O texto do inciso IV do art. Remete às utilizações definidas no art. 29, estendendo-as, no que couber, aos detentores de direitos conexos, ou seja, aos produtores fonográficos, possibilitando que esses produtores exerçam, em conjunto com os autores, o direito de adaptação, o que, aliás, produziria uma grande confusão, por serem direitos exclusivos do autor.

Conforme definição legal (art. 5º, IX), fonograma não é obra. As formas de sua utilização e os direitos que geram ao produtor não se confundem com aquelas que geram direitos ao autor da obra fixada no fonograma.

Além disto, no inciso V o produtor fonográfico tem o direito exclusivo de autorizar ou proibir: V - quaisquer outras modalidades de utilização, existentes ou que venham a ser inventadas”, o que entendemos protege suficientemente os interesses dos produtores fonográficos.

Por tais razões se justifica o veto ao citado inciso, por ser mais extensivo que os direitos conferidos aos produtores fonográficos nos tratados internacionais”.

Em que pese esta enorme relevância de outros interessados na gestão coletiva, além dos autores propriamente ditos, como as editoras e os denominados na legislação como “titulares originários”, o que em tese feriria o discurso que fundamenta a arrecadação baseado em uma visão romântica e laboral, esta narrativa ainda prevalece. Ao final do ano de 2017, o ECAD comemorou um importante recorde, com uma imagem compartilhada em redes sociais nas quais avisa: “Mais de R\$ 1 Bilhão distribuídos para 259 mil artistas”, acompanhada do seguinte texto: “Atingimos o recorde de R\$1,150 Bi em direitos autorais distribuídos para 259 mil artistas e associações (36,7% a mais que 2016). É um resultado fundamental para a indústria criativa, pois remunera quem trabalha para manter a música viva”.¹⁸³

Percebe-se que a publicação leva a crer que os beneficiados pela arrecadação do ECAD são apenas “artistas”, termo não técnico, que poderia até englobar os autores e intérpretes, mas, com certeza, não parece abrigar as empresas que também se beneficiam da gestão coletiva, que talvez tenham sido representadas indiretamente (conscientemente ou não) por meio da expressão “indústria criativa”. Finalmente, o trecho final “remunera quem trabalha” demonstra como a concepção laboral/lockeana ainda serve, séculos depois, como justificativa para a propriedade intelectual.

Neste mesmo sentido, chama a atenção o fato de o ECAD revelar *rankings* anuais em seu site das músicas mais executadas e dos autores com os maiores rendimentos.¹⁸⁴ Tais listas deliberadamente escondem a informação de parte relevante da distribuição vai também para intérpretes, músicos executantes e herdeiros (pessoas físicas), assim como editoras e produtores fonográficos/gravadoras (pessoas jurídicas). Esta característica é ainda mais importante no Brasil, visto que o ECAD é também responsável pela gestão coletiva de direitos conexos que se aplicam às obras fonográficas, enquanto em outros países os órgãos similares, muitas vezes, tratam apenas dos compositores das obras musicais.

Durante o segundo mandato do governo Lula, o Ministério da Cultura comandado por Gilberto Gil e depois por Juca Ferreira criou um fórum para discutir direitos autorais.

¹⁸³ ECAD. **Mais de R\$ 1 Bilhão distribuídos para 259 mil artistas...** 15 dez. 2017. Twitter: @Ecad_Oficial. Disponível em: <https://twitter.com/Ecad_Oficial/status/941779391117512704>. Acesso em: 18 dez. 2017.

¹⁸⁴ Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/eu-faco-musica/Ranking/SitePages/rankingFiltro.aspx?cId=48>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Foram realizadas mais de 150 reuniões em todo o país, nove seminários nacionais e internacionais e, ao final, foi colocada em consulta pública uma proposta para revisão da Lei de Direitos Autorais.¹⁸⁵

A contribuição final do ECAD, que demonstrou ser bastante contrário a todo o processo de debates, assinada pela superintendente executiva Glória Braga, que ocupa o cargo máximo do escritório há cerca de 20 anos, é muito simbólica. Primeiramente, ele afasta uma das teorias que fundamentaria os direitos autorais, a utilitária, expondo uma visão aparentemente “ingênua” sobre criação, para já no parágrafo seguinte defender o empresariado que contrata obras autorais em detrimento dos próprios autores cujo interesse, em tese, o escritório representaria:

[...] A obra artística e a atividade criativa não têm função utilitária, a proteção de que trata a lei se baseia na criação livre e espontânea, na originalidade da manifestação artística de cada indivíduo. Da mesma forma, **não existe nexó entre a atividade criativa e a manifestação artística de um lado e a livre iniciativa e a concorrência de outro.** A pretendida harmonização de direitos padece de lógica jurídica, uma vez que comanda a harmonia entre coisas que não se relacionam. Já o art. 6º do anteprojeto estabelece a **possibilidade de anulação do contrato, quando o titular de direitos autorais, sob premente necessidade, ou por inexperiência, tenha se obrigado a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Trata-se de um preceito demagógico,** que fere o princípio do *pacta sunt servanda* e trata o autor como se fosse um inimputável, carecer de tutela. Por outro lado, faz referência a expressões altamente subjetivas ou imprecisas, de difícil aferição, como “premente necessidade, inexperiências, ou ainda “prestação manifestamente desproporcional”. **Dispositivos dessa natureza trazem insegurança ao empresariado,** desestabilizando as relações contratuais e acarretando, conseqüentemente, prejuízo ao próprio criador (grifos nossos).¹⁸⁶

Fica clara a mudança argumentativa brusca, em um momento, trata-se de uma atividade meramente criativa e artística de um indivíduo, que sequer parece ter valor econômico, para logo depois fazer-se uma defesa da livre iniciativa. A afirmativa fica ainda mais peculiar ao se considerar que o próprio Código Civil caracteriza como lesão,

¹⁸⁵ A consulta ocorreu em uma plataforma pública na internet, com 7.863 contribuições, em que todos podiam ler os comentários feitos, o que possibilitava uma discussão de fato sobre os tópicos e maior transparência de consulta pública através da internet que receberam. A partir da discussão, foi formulado um novo anteprojeto, que seguiu para a Casa Civil e foi devolvido ao MinC no início do primeiro mandato de Dilma Rousseff, que nomeou Ana de Hollanda como ministra da Cultura. A partir daí, o anteprojeto não teve prosseguimento.

¹⁸⁶ BRAGA, Glória. **Anteprojeto da Lei de Direitos Autorais**. 31 ago. 2010, Rio de Janeiro. [para] FERREIRA, Juca. Brasília. Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/wp-content/uploads/2010/09/ECAD.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

em seu artigo 157, “quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

Ou seja, o anteprojeto de lei apenas estendia expressamente para os autores, aparentemente de forma mais didática do que inovadora, proteção já existente para qualquer relação civil.¹⁸⁷ Parece um grande paradoxo a justificação de um direito com base na figura dos autores e a recusa em aplicar aos mesmos direitos assegurados a qualquer cidadão, ainda mais quando esta argumentação é feita pela própria entidade que deveria representar o interesse dos autores.

A Lei nº 4.944/1966, editada a partir da influência da Convenção de Roma, institui os direitos conexos no Brasil e estabelece:

Art. 6º - O artista e o produtor fonográfico têm direito à percepção de proventos pecuniários por motivo da utilização de seus fonogramas pelos organismos de radiodifusão, bares, sociedades recreativas e beneficentes, boates, casas de diversões e quaisquer estabelecimentos que obtenham benefício direto ou indireto pela sua execução pública.

§ 1º - Cabe ao produtor fonográfico, mandatário tácito do artista, perceber do usuário os proventos pecuniários resultantes da execução pública dos fonogramas e reparti-los com o artista na forma estabelecida nos §§ 2º e 3º seguintes.

§ 2º - A falta de convenção entre as partes, a metade do produto arrecadado, deduzidas as despesas, caberá ao artista que haja participado da fixação do fonograma e a outra metade ao produtor fonográfico.

§ 3º - Quando haja participado da gravação mais de um artista e não exista convenção proceder-se-á, na determinação dos proventos, de acordo com as seguintes normas:

I - dois terços serão creditados ao intérprete, entendendo-se como tal o cantor, o conjunto vocal ou o artista que figurar em primeiro plano na etiqueta do fonograma ou, ainda, quando a gravação for instrumental, o diretor da orquestra;

¹⁸⁷ O texto completo do anteprojeto pode ser consultado: MINC. **Consulta Pública para Modernização da Lei dos Direitos Autorais.** Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/consulta/>>. Acesso em: 20 dez. 2017. Segue o trecho específico analisado:

“Art. 6º A Nos contratos realizados com base nesta Lei, as partes contratantes são obrigadas a observar, durante a sua execução, bem como em sua conclusão, os princípios da probidade e da boa-fé, cooperando mutuamente para o cumprimento da função social do contrato e para a satisfação de sua finalidade e das expectativas comuns e de cada uma das partes.

§ 1º Nos contratos de execução continuada ou diferida, qualquer uma das partes poderá pleitear sua revisão ou resolução, por onerosidade excessiva, quando para a outra parte decorrer extrema vantagem em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

§ 2º É anulável o contrato quando o titular de direitos autorais, sob premente necessidade, ou por inexperiência, tenha se obrigado a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, podendo não ser decretada a anulação do negócio se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

II - um terço será creditado, em partes iguais, aos músicos acompanhantes e membros do coro;

III - quando o intérprete for conjunto vocal, a parte a ele devida, nos termos do n. I, será dividida entre os componentes em parcelas iguais, entregues ao diretor do conjunto.

§ 4º - Para o exercício dos direitos reconhecidos nesta Lei, as orquestras e os conjuntos vocais serão representados pelos respectivos diretores.

Assim, se na origem as sociedades eram especificamente de autores, não tardou para se transformarem em sociedades de direitos autorais em um sentido mais amplo, primeiramente com a participação das editoras (que remontam aos anos 1940) e, a partir da década 1960, com a instituição dos direitos conexos e o consequente papel de destaque das gravadoras. Ocorre que, como demonstrado, o discurso que fundamenta a arrecadação dos direitos de execução pública não foi atualizado. Pelo contrário, de certa forma até regrediu, na medida em que o CNDA, que cumpria um papel mediador, foi extinto e o ECAD passou a gozar de uma liberdade que nunca teve, já que a mesma previsão legal instituiu o Conselho e o Escritório. Sem um órgão regulador, o ECAD passou a se sentir no direito de impor preços e critérios sem qualquer limitação ou negociação.

Obviamente os autores são a parte que dá origem a todo o processo da gestão coletiva e é razoável esperar que o enfoque na justificativa da arrecadação fosse este. Porém, cabe questionar os motivos pelos quais os outros agentes beneficiados parecem ser escondidos do discurso público e dos *rankings* divulgados. Além disso, o público não pode ser esquecido, já que, assim como sem obra não há público, a recíproca também é verdadeira.

O advogado e diretor geral da Abramus, Roberto Corrêa de Mello, em depoimento durante a CPI sobre o ECAD em 2011 no Senado, “Esclareceu que, no sistema brasileiro, a obra é protegida por ser considerada uma extensão da personalidade do autor. É, portanto, questão de direito pessoal, diferentemente do copyright, no qual a proteção recai sobre a obra”.¹⁸⁸ Por mais que a gestão coletiva possa mitigar o direito exclusivo de utilização de uma obra, o vínculo desta com o autor permanece e deveria ser respeitado. Especialmente quando se enxerga a remuneração como contraprestação ao trabalho dos autores, faria ainda mais sentido que o pagamento tivesse relação direta com a utilização real de

¹⁸⁸ CONGRESSO NACIONAL. **Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD.** (Requerimento nº 547, de 2011 – SF) . Relatório Final. Brasília, abr. 2012. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/wp-content/uploads/2012/04/CPI-do-Ecad-Relatorio-Final-Completo-24-04.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 708.

determinado repertório. Porém, como afirma Ascensão, com menções à legislação portuguesa de direitos autorais:

A repartição é uma fase extremamente delicada. Não há então, mesmo entre os titulares representados, solidariedade: há, sim, choque de interesses. Para os afrontar, deve haver critérios que permitam a justificação com transparência das posições adotadas pelo ente de gestão. Mas, com surpresa, verificamos que a Lei n.º 62/98 é completamente lacunosa neste ponto. **Limita-se a remeter no art. 15.º/2 l para os estatutos de cada entidade, que deverão prever “os princípios e regras do sistema de repartição e distribuição dos rendimentos”.** Lava daí as suas mãos. **Pelo que o receio é grande de que se caia no domínio da arbitrariedade ou da subordinação a certas maiorias.** Na realidade, como se pode saber quais as utilizações que efetivamente foram feitas, se a autorização é global? É claro que não se pode seguir a solução fácil de repartir igualmente por todos os titulares. Mas como também se não fazem distinções pelo mérito intrínseco das obras ou prestações, fica o campo aberto ao palpite – ou seja, à arbitrariedade¹⁸⁹ (grifos nossos).

No Brasil, assim como em Portugal, as entidades de gestão coletiva ainda têm bastante espaço para definir os critérios de distribuição, mesmo após as inovações da Lei nº 12.853/2013. Como aponta Ascensão, na medida em que as licenças são globais, sobre um repertório vasto, há uma dificuldade intrínseca na identificação necessária para que haja a devida contraprestação. Porém, cabe apontar que estaria aí justamente um dos principais papéis das organizações de gestão coletiva, que recebem um percentual relevante sobre a arrecadação, justamente como forma de financiar suas atividades.

4.2 A atuação do CNDA

O CNDA, criado a partir da Lei nº 5.988/1973 e que passou a vigorar em 1º de janeiro de 1974, teve papel importante para regular a gestão coletiva em geral, especialmente no que tange à distribuição dos direitos autorais. A primeira Resolução do Conselho, de 6 de abril de 1976, baixa normas relativas à constituição, funcionamento e fiscalização do ECAD. São estabelecidos princípios básicos para a distribuição:

¹⁸⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e Legitimidade das Entidades de Gestão Coletiva de Direitos Autorais. In: Guedes, Armando Marques et al. (org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. Lebre de Freitas**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 166.

Art. 13 - O sistema de arrecadação e distribuição deverá ser aprovado pelo CNDA, obedecendo aos seguintes princípios básicos:

- a) o controle da arrecadação dos direitos, a apuração da frequência de execução das obras musicais, bem como a distribuição dos direitos daí decorrentes deverão ser feitos através de um sistema eletrônico de processamento de dados;
- b) o sistema de processamento de dados a que se refere a alínea anterior será efetuado em instalações próprias do ECAD ou contratado com órgão público, sociedade de economia mista ou empresa pública especializados;
- c) os direitos relativos à execução pública através da radiodifusão, exibição cinematográfica, bares, boates, alto-falantes, música ambiental, bailes, inclusive os de carnaval e similares serão atribuídos proporcionalmente às frequências de execução observadas, computadas a partir dos programas fornecidos e aprovados pelo Serviço da Divisão de Censura e Diversões Públicas do Departamento de Polícia Federal;
- d) a apuração da frequência de execução referida na alínea anterior será feita por processo artístico de amostragem;
- e) os direitos relativos à execução pública em shows, teatros, bailes com bilheteria e espetáculos similares serão arrecadados à vista da frequência de público aos mesmos e distribuídos de acordo com a programação aprovada;
- f) a distribuição dos direitos será feita trimestralmente e efetuado o pagamento no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contado do último dia do trimestre a que se referir;
- g) a arrecadação dos direitos autorais e dos que lhes são conexos será efetuada através de uma ou mais instituições do sistema financeiro.

No mesmo ano, a Resolução nº 7/1976 fixa normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais arrecadados pelo ECAD e prevê:

Art. 4º - A distribuição dos direitos autorais, far-se-à, sempre que possível, diretamente vinculada à apuração da frequência de execução de obras musicais.

Art. 5º - O controle da arrecadação dos direitos, a apuração da frequência de execução das obras musicais, bem como a distribuição dos direitos daí decorrentes deverão ser feitos através de sistema eletrônico de processamento de dados. [...]

CAPÍTULO IV Do Sistema de Distribuição

Art. 17 - A distribuição dos direitos autorais far-se-à na forma do artigo 4º desta Resolução.

Parágrafo único. Na impossibilidade da distribuição processar-se na forma deste artigo, serão adotados critérios de amostragem baseados em informações estatísticas, inquéritos, pesquisas ou outros métodos de aferimento, inclusive programas, que permitam o conhecimento mais aproximado da realidade das execuções das obras musicais e fonográficas.

Art. 18 - O ECAD manterá um sistema de cadastros básicos que contemplem 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.

Art. 1º - O sistema de distribuição deve ser operado de maneira a proporcionar o seu contínuo aperfeiçoamento até atingir plenamente a forma de distribuição dos direitos autorais prevista no artigo 17.

Desta Resolução se extrai a importância da correlação entre distribuição e a apuração precisa da efetiva execução de obras musicais, que é o que se convencionou denominar como “distribuição direta”. Porém, o parágrafo único menciona a previsão da “amostragem”, também referida no artigo 13, d, da Resolução nº 1/1976. É uma forma de distribuir valores que não tenham sido efetivamente identificados dentro de certos critérios estatísticos, a chamada “distribuição indireta”.

Ocorre que, em tese, a Lei nº 5.988/1973 destinava de forma distinta estes valores, ao prever no artigo 120, IV, que integrariam a um Fundo de Direito Autoral “as quantias que, distribuídas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição às associações, não forem reclamadas por seus associados, decorrido o prazo de cinco anos”.¹⁹⁰

Obviamente, a disposição legal dá margem a interpretações e poderia ser analisada de forma restrita, ao abranger apenas aqueles valores identificados, mas que por algum motivo não fosse pago aos autores por culpa destes (falha em cadastro, por exemplo). Porém, seria razoável deduzir também a obrigação de que todo valor arrecadado sem a efetiva arrecadação deveria ser destinado ao fundo, o que não ocorreu.

De forma a facilitar a identificação de obras e, conseqüentemente, a distribuição diretamente direitos autorais, no mesmo ano de 1977 a Resolução nº 11 instituiu a obrigação dos usuários de música de entregar, no ato de pagamento dos direitos autorais, a relação das obras musicais executadas com os respectivos códigos de identificação constantes dos fonogramas ou da Relação de Obras e Gravações Codificadas, distribuída pelo próprio CNDA. No caso de shows, era necessária apenas a entrega de formulário

¹⁹⁰ “Art. 119. O Fundo de Direito Autoral tem por finalidade:

I - estimular a criação de obras intelectuais, inclusive mediante instituição de prêmios e de bolsas de estudo e de pesquisa;

II - auxiliar órgãos de assistência social das associações e sindicatos de autores, intérpretes ou executantes;

III - publicar obras de autores novos mediante convênio com órgãos públicos ou editora privada;

IV - custear as despesas do Conselho Nacional de Direito Autoral;

V - Custear o funcionamento do Museu do Conselho Nacional do Direito Autoral.

Art. 120. Integrarão o Fundo de Direito Autoral:

I - o produto da autorização para a utilização de obras pertencentes ao domínio público; (Revogado pela lei nº 7.123, de 1983)

II - doações de pessoas físicas ou jurídicas nacionais ou estrangeiras;

III - o produto das multas impostas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral;

IV - as quantias que, distribuídas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição às associações, não forem reclamadas por seus associados, decorrido o prazo de cinco anos;

V - recursos oriundos de outras fontes”.

próprio (a ser fornecido pelo ECAD) com a relação das obras efetivamente executadas, sem necessidade da respectiva codificação, obrigação que logo foi extinta para todos os usuários, com a Resolução nº 14/1977. No mesmo ano foi feito convênio que envolvia diretamente o Estado na gestão coletiva:

Mediante convênio celebrado entre o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) e o CNDA, foi implantado o Sistema de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais, para as execuções musicais. Também foi elaborada e colocada em vigor a primeira tabela única de preços do direito autoral. A arrecadação, que está sendo feita pela Caixa Econômica Federal, segundo registro do SERPRO, foi da ordem de Cr\$ 216 milhões.¹⁹¹

Cumprir dizer que, em que pese a legislação que o institui estar vigente desde o início de 1974, o ECAD só foi ativado de fato em 1977, a partir da própria organização e dos preceitos estabelecidos pelo CNDA no ano anterior. Primeiramente veio a regulação e só depois a inauguração do Escritório. Assim, esse ano marcou uma grande guinada na organização da gestão coletiva. Esta mudança acabou por ser refletida em uma grande dificuldade operacional, com a criação de regras de caráter excepcional (ainda com a utilização de critérios societários) para distribuição dos direitos autorais e reclamações de autores. Exemplifica este ponto a Resolução nº 16 de 11 de janeiro de 1978:

Cria disposição transitória, em caráter excepcional, para a distribuição de direitos autorais no 4º trimestre de 1977.

O Conselho Nacional de Direito Autoral, no uso das atribuições que lhe confere o item IV do art. 117 da Lei nº 5.088, de 14 de dezembro de 1973, resolve:

Art. 1º - Em caráter excepcional a distribuição de direitos autorais, relativos ao 4º trimestre de 1977, obedecerá aos seguintes critérios:

a) 60% (sessenta por cento) do total a distribuir corresponderão a amostragem colhida pelo ECAD;

b) os restantes 40% (quarenta por cento) serão calculados sobre os valores distribuídos no 3º trimestre de 1977.

Art. 2º - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Percebe-se que, no quarto trimestre de 1977, por problemas na gestão, 100% dos valores foram distribuídos de forma indireta. No mesmo sentido, a Deliberação nº 02/1980 trata de reclamação de compositor que estranhou diminuição de mais de 50% de seus rendimentos no terceiro trimestre de 1977 em relação aos primeiros períodos do ano. No caso, ficou demonstrado que o autor foi beneficiado nos dois primeiros trimestres por fatores alheios à efetiva execução de suas obras:

¹⁹¹ BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. Secretaria-Geral. **CODEAC**: Relatório geral do Ministério da Educação e Cultura 1977. Brasília, Ministério da Educação e Cultura, Departamento de Documentação e Divulgação, 1978. p. 31.

[...] em primeiro lugar, a **destinação do ECAD de 95% do arrecadado aos autores nacionais, pois tão somente reservou 5% para os estrangeiros; em segundo lugar, a limitadíssima amostragem, que conduziu a maior parcela de distribuição pelo chamado “critério de sociedade”**. A posterior ênfase dada ao “critério de amostragem”-exagerada a meu entender por seu reduzido universo pesquisa – e a consequente redução de aplicação do “de sociedade”, bem como a elevação da provisão para remuneração do autor estrangeiro a nível menos irreal, tudo aliado a uma tarifa de preços insuficientemente reajustada para compensar o crescimento do custo de vida, acarretaram o “achamento” dos proveitos daqueles compositores não privilegiados por execuções numas poucas emissoras controladas pela Informasom¹⁹² (grifo nosso).

Se nos primórdios da gestão coletiva no Brasil a distribuição se dava sobre critérios como participação societária, percebe-se que, a partir da nova estrutura inaugurada pela Lei nº 5.988/1973, a amostragem passa a ter grande relevância, em que pese a já mencionada norma do CNDA que busca privilegiar a distribuição direta. Antônio Chaves, famoso jurista professor da Universidade de São Paulo (USP) que foi membro do CNDA, trata do sistema utilizado identificação de obras pelo ECAD à época, que seria o modo de aperfeiçoar a distribuição direta:

A “Informa Som” – empresa que presta ao ECAD serviços de escuta de música em rádio e televisão – ampliou até fins de 1980 seu raio de ação para doze capitais. Além de São Paulo, Rio, Porto Alegre, Brasília, Recife, Salvador e Belém, cidades em que já atuava, também esteve presente em Curitiba, Belo Horizonte, Goiânia, Fortaleza e Manaus. Depois de captadas músicas, por meio de gravadores, elas são codificadas e fitas magnéticas de computador são enviadas com todas as informações ao Serviço de Processamento de Dados do Ministério da Fazenda – Serpro. Lá, as fitas entram em computadores que checam os cadastros para identificar os compositores e já emite o contracheque, que será enviado às sociedades arrecadadoras, que por sua vez o entrega ao detentor dos direitos autorais. Atualmente os dados são remetidos às associações mensalmente.¹⁹³

Ocorre que, no mesmo texto, o autor aponta ainda a existência de denúncias sobre irregularidades. As planilhas decorrentes do trabalho da “Informa Som” seriam alteradas para favorecer interessados que trabalhavam dentro do ECAD. Valores eram direcionados de autores para editoras em razão de inexistentes contratos de cessão e valores

¹⁹² CONSELHO NACIONAL DE DIREITO AUTORAL. **Deliberação nº 02/1980**. 2ª Câmara. Relator: Henry Mario Francis Jessen. Brasília, jul. 1980. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/documents/18021/130362/Delibera02-1980-2cam1.pdf/bd28fc6e-2b54-4564-9645-124d385506e5>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁹³ CHAVES, Antônio. O ECAD (Escritório Central de Arrecadação e distribuição). **Revista de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 77, p. 59, 1982. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66941>. Acesso em: 20 ago. 2017.

provenientes da execução de músicas estrangeiras eram repassados para sociedades que não identificavam essas músicas e sequer tinham de fato direitos de representação. Em auditoria determinada pelo CNDA foi verificado que: “No livro de contabilidade do escritório havia duas rubricas nunca vistas pelos auditores – ‘Futuros enganos’ e ‘Não identificados’ – nas quais eram lançados os valores recebidos em nome de autores e sócios não identificados”.¹⁹⁴

Em 1981, o compositor Ary Araújo Viana, em carta endereçada ao CNDA, trata das decepções de autores diante dos chamados critérios elitistas e paternalistas da amostragem, ao alcançar poucos autores, os quais seriam beneficiados por um sistema dirigido por interesses escusos, “que marginalizam a maioria num processo concentrador da distribuição da receita”. Clama, assim, que a arrecadação e distribuição de direitos autorais seja mais honesta, equânime e justa.¹⁹⁵ A Resolução do CNDA nº 11/1981 traz parâmetros para a distribuição reforça o caráter subsidiário da distribuição por amostragem:

Art. 14 - A distribuição dos direitos autorais far-se-à, sempre que possível, diretamente vinculada à apuração da frequência de utilização.

Parágrafo único. Na impossibilidade de processar-se a distribuição na forma deste Art. serão adotados critérios de amostragem baseados em informações estatísticas, inquéritos, pesquisas ou em outros métodos de aferimento, inclusive programas, que permitam o conhecimento mais aproximado da realidade das utilizações.

An. 15 - O ECAD manterá um sistema de cadastros básicos que contemplem 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.

Art. 16 - O ECAD submeterá a prévia aprovação do CNDA o seu Plano de Distribuição, bem como quaisquer alterações posteriores.

Art. 17 - A distribuição dos direitos autorais será feita, no máximo, bimestralmente e o seu pagamento deverá ser efetuado, ao mais tardar 30 (trinta) dias contados do último dia do bimestre a que se referir.

Em 15 de agosto de 1985, o ECAD consultou o CNDA sobre como tratar, para fins de distribuição, as obras executadas em programas de televisão. Em 20 de novembro de 1986, o conselho emitiu decisão sobre o assunto, que determinava a implantação da distribuição direta para obras executadas pela televisão e definia a exclusão das obras com caráter publicitário e/ou promocional do sistema de distribuição indireta, por distorcerem a amostragem. Extraí-se do voto do relator Marco Venício Mororó de Andrade (sócio-

¹⁹⁴ Ibidem, p. 60.

¹⁹⁵ CONSELHO NACIONAL DE DIREITO AUTORAL. **Direito Autoral**: Pareceres 1984/1987. Brasília, 1988, p. 168-169. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/documents/10883/38605/Parecer107-1986.pdf/68af7d0b-664d-4449-9dc7-9afdaa105f77>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

fundador da Amar), acompanhado pela unanimidade do colegiado:

Entendemos que a consulta formulada pelo ECAD revela um ponto crucial, sobre o qual deve recair nossa análise: até hoje, há quase dez anos de sua implantação, o ECAD, não dispõe de uma regulamentação que defina operacionalmente **o que é uma execução musical, para fins de amostragem de distribuição de direitos**. [...]

Entendemos que deva ser proposto o sistema de distribuição DIRETA de direitos autorais, para obras veiculadas pela televisão. Se o ECAD processa, mensalmente, a distribuição direta de quase 4.000 shows e espetáculos musicais (dos quais mais de 60% são operacionalmente deficitários para o ECAD), não vemos porque seria inviável a distribuição direta em televisão, principalmente se levar-se em consideração: a) o número de emissoras relativamente baixo (aproximadamente 150); b) a existência de um sistema de planilhas adequado às necessidades do ECAD; c) a contribuição das emissoras para a arrecadação geral do Escritório, que garantiria uma distribuição não-deficitária em termos operacionais (grifo nosso).¹⁹⁶

O voto, ao tratar dos dilemas da distribuição de direitos autorais em geral, reconhece a forma direta como “pressuposto ideal”. Todavia, trata da alegada impossibilidade de utilização do modelo ideal em um país de “dimensões continentais” como o Brasil, ao apontar que os custos operacionais inviabilizariam tal medida, mesmo que fosse possível. A distribuição indireta seria a alternativa viável. Na argumentação acerca da compatibilidade desta alternativa em relação aos preceitos do direito autoral, o relator é econômico: “A legitimidade metodológica da distribuição indireta é inquestionável, tanto que a mesma já é prática consolidada nos sistemas autorais mais eficazes no mundo, tais como os de alguns países da Europa e o dos Estados Unidos”. Explica ainda:

A insurgência de alguns titulares contra tais critérios explica-se por quererem, os mesmos, a aplicação de critérios absolutos numa distribuição (indireta) que tem caráter relativo, forfetário – e que é uma regra consensualmente estabelecida e aceita pelo coletivo de titulares e suas Associações.¹⁹⁷

Ao passo que reconhece a legitimidade da amostragem, a decisão pontua que ela deve ser criteriosa. O ECAD afirmou na consulta que o índice multiplicador utilizado tinha uma escala de 1/500, ou seja, cada execução capturada na amostragem representaria outras 499 supostamente ocorridas. Neste sentido, reconheceu-se que as obras utilizadas como abertura, fundo musical ou encerramento de programas não poderiam ser utilizadas dentro da base a ser multiplicada, já que não representavam o universo musical, mas apenas uma

¹⁹⁶ Ibidem, p. 376-381.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 378.

situação localizada. Isto não significa que seus autores não receberiam pelo critério de distribuição direta, a partir do pagamento das próprias emissoras, apenas que as execuções não gerariam pagamentos pela via indireta.

O descompasso entre valores arrecadados e distribuídos evidenciado pela amostragem fica ainda mais acentuado quando analisada a situação dos repertórios de estrangeiros. O chamado Protocolo de Londres, seguido por federações internacionais, permite que os direitos conexos decorrentes da execução pública de fonogramas fossem distribuídos apenas no âmbito nacional do país em que houve a arrecadação mediante acordo recíproco. Dentre os contratos padronizados estabelecidos pela Cisac, há essa opção, adotada pelas sociedades nacionais. Assim, não seriam enviados para os titulares do exterior.

Ainda no ano de 1985 tal situação foi apreciada pelo CNDA, visto que os convênios com base no Protocolo haviam sido firmados em 22 de junho de 1984. Pois o órgão decidiu que o valor global arrecadado até então deveria ser dividido igualmente entre todos os titulares de direitos conexos. Para não deixar qualquer dúvida, foi especificado que:

III - as associações não poderão controlar a destinação dos valores que forem colocados à sua disposição pelo ECAD, e pertencentes aos seus respectivos filiados – titulares de direitos conexos –, devendo distribuí-los de acordo com o critério de igualdade estabelecido no item I, tendo em vista o caráter extraordinário dessa distribuição.

IV - às associações caberá dar amplo conhecimento aos titulares do porquê dessa distribuição;

V - a partir de novembro de 1985, o ECAD não mais fará qualquer retenção a título de Direito Conexo Estrangeiro, critério que redundou na parcela retida, ora apreciada.¹⁹⁸

Ao contrário do usual, neste caso houve distribuição indireta de forma paritária, algo aparentemente inédito na história. Foi mencionado de forma breve ainda na análise do caso as “importâncias arrecadadas relativas a direitos conexos dos países que não protegem esses direitos”. Ora, os direitos conexos foram instituídos pela Convenção de Roma em 1961 e até 1984 era em apenas 25 países que o instrumento já havia entrado em vigor por meio de normas internas. Destaca-se que os Estados Unidos, país central para a indústria fonográfica, jamais assinou a Convenção de Roma. Além disso, somente com o *Digital Performance Right in Sound Recordings Act* (DPRA, ou Ato do Direito de Execução para

¹⁹⁸ Ibidem, p. 240-244.

Gravações Sonoras), de 1995, o país passou a conceder direitos conexos em execuções públicas, limitado apenas às transmissões de áudio digital. Ou seja, a proteção é ainda bastante limitada e controversa, por não se estender para rádios convencionais, por exemplo.¹⁹⁹

Isto posto, no Brasil, assim como em países da Europa, acabou por se tornar comum a arrecadação de valores a título de direitos conexos em razão de obras com titulares de países em que estes sequer são protegidos. As organizações de gestão coletiva acabam por extrapolar totalmente suas prerrogativas nestes casos e nenhuma forma de distribuição, mesmo indireta, pode ser considerada cabível. Na ausência de meios para evitar este tipo de arrecadação, o mais correto seria, depois da identificação da origem, devolver os valores aos usuários ou, em última medida, destiná-los a algo equivalente ao antigo Fundo Nacional de Direito Autoral.

A amostragem seria um meio de remunerar autores quando a execução não foi identificada. Quando se identifica que pagamento é fruto de uma execução de repertório estrangeiro que não protege tais direitos e mesmo assim eles são distribuídos, só que para terceiros nacionais, não há qualquer nexos causal, sequer indireto, entre arrecadação e distribuição. Poder-se-ia pensar que o assunto estaria superado com a larga adesão posterior de países à Convenção de Roma e a inclusão dos direitos conexos no artigo 14 do Acordo TRIPs, que obriga a todos os países signatários da Organização Mundial do Comércio.

Porém, o Protocolo de Londres continua em vigência. Em que pese a própria Cisac ter também outro tipo de convênio padrão, o qual garante a reciprocidade no sentido de cada entidade enviar os valores correspondentes devidos para outro país, não houve

¹⁹⁹ Sobre a necessidade de mudança da legislação nos Estados Unidos, de forma a expandir os direitos conexos no país para adequá-los aos padrões internacionais, conclui Loren E. Mulraine: “*It is the most basic foundation of copyright law: The author, as the creator of the work, has the exclusive right to exploit or refrain from exploiting his work. That exclusive right, as codified in section 106 of the Copyright Act, carries with it the right of the author to be compensated when his work is used by others. There is no legally sound justification for the public performance royalties payable under copyright laws of the United States to be in line with Iraq and North Korea in failing to compensate artists for public performance of their songs on terrestrial radio. The Fair Play Fair Pay Act is a comprehensive bipartisan bill that would rectify this glaring oversight. The other issues included in the omnibus Fair Play Fair Pay Act are also urgent matters that are calling for a timely response by Congress. Federal copyright protection for pre-1972 sound recordings, rate parity, fair pay for producers, and the updating of consent decrees that are nearly 75 years old, are issues that we must address if we are indeed a society that values the progress of science and useful arts. Isn't that the point of the express grant of power given to the Congress in the Constitution?*” (LOREN, E. Mulraine. Fair Play Fair Pay: The Need for a Terrestrial Public Performance Right and General Copyright Reform, **3 Belmont L. Rev.** 71, n. 102, p. 102, 2016).

indicação para estimular este tipo de convênio na decisão do CNDA. Como afirma Vanisa Santiago:

Já quanto à distribuição, quando iniciaram suas atividades no Brasil, as sociedades de direitos conexos preferiram adotar os denominados acordos de tipo B, que permitiam que as quantias arrecadadas em um território fossem utilizadas nesse mesmo território, sem que se produzisse um intercâmbio de liquidações, com base no “Protocolo sobre os princípios de Londres”. Assim, até serem assinados novos contratos entre as associações brasileiras e estrangeiras, gerando pagamentos enviados ao exterior, em 2008, os proventos obtidos eram totalmente distribuídos pelas entidades de gestão brasileiras somente aos seus sócios locais. Sem a menor dúvida essa prática inicialmente adotada, que simplificava enormemente os serviços internos e reduzia os gastos de administração, provocava situações inusitadas no seio da gestão conjunta dos direitos de autor e conexos, dependendo das características do titular de que se tratasse.²⁰⁰

A autora aponta que esta situação perdurou por mais de 20 anos, até 2008, o que já parece ser muito tempo. Ocorre que a ata da Assembleia Geral Ordinária da Socinpro, de 14 de abril de 2011, reconhece que todas as associações que compõem o ECAD:

[...] mantêm contratos do tipo “A” ou tipo “B”, que lhes permite receber direitos autorais (do Autor, do Compositor e do Editor) do repertório nacional que é executado no exterior e dos repertórios estrangeiros executados no Brasil. O direito conexo (intérpretes e produtores) só é enviado aos titulares estrangeiros mediante contratos e acordos de reciprocidade, prevalecendo o Ponto 4 do Protocolo de Londres, que estabelece que os direitos conexos de obras estrangeiras sejam distribuídos entre os titulares nacionais de cada País onde são arrecadados.

Assim, em que pese ter havido uma inversão e os contratos tipo “B” serem minoria em relação aos tipo “A”, em pleno século XXI, a situação ainda perdura. Veja-se que o próprio regulamento de distribuição do ECAD vigente, em seu artigo 17, estabelece como regra o não encaminhamento para estrangeiros do percentual distribuído aos músicos executantes de fonogramas nacionais:

§5º. Farão jus aos direitos conexos todos os fonogramas nacionais e estrangeiros executados na programação musical das rubricas que contemplem esse tipo de direito, de acordo com as regras de distribuição de cada rubrica.

§6º. Para o caso específico da categoria de Músico Executante serão contemplados somente os titulares participantes dos fonogramas nacionais.

²⁰⁰ VALMENDRA, Vanisa Santiago Gayoso e. **Estudos Técnicos sobre a Gestão Coletiva de Direitos Autorais**. Brasília: Unesco, 2014. p. 25.

Difícilmente debates sobre questões internas de regras de distribuição são levados ao Poder Judiciário e, mesmo quando isso ocorre, as decisões tardam mais e têm outro enfoque em relação ao modo como eram tratadas pelo CNDA. O órgão tinha em sua composição membros das sociedades de autores, o que, se podia enviesar as decisões, também garantia conhecimento de causa. Além disso, havia um papel fiscalizatório e de acompanhamento.

4.3 A desconstrução do CNDA e os novos tempos da Gestão Coletiva no Brasil

Paulatinamente, o próprio CNDA, em uma época na qual já se discutia uma reforma da legislação de direitos autorais e, provavelmente, sob influência dos novos tempos de abertura política e de construção de uma nova ordem constitucional democrática, passou a garantir maior liberdade de atuação para as associações. Como consta no Parecer nº 137, de 22 de julho de 1987, cujo assunto era a possibilidade de fiscalização da SBAT pelo CNDA:

A questão da fiscalização do CNDA nas Associações já foi amplamente discutida neste Conselho. A revogação da Resolução n. 35 e a definição de que não cabe, ao CNDA, adentrar no mérito dos atos administrativos e financeiros das Associações, restringindo-se ao exame do cumprimento das formalidades exigidas em Lei, já demonstra a **nova filosofia deste Conselho, de não-ingerência na gestão das sociedades civis.**

A SBAT, assim como todas as Associações já têm o seu melhor fiscal: seus próprios associados. Entretanto é fora de dúvida que, à luz da Lei, o CNDA tem prerrogativas de fiscalização nas Associações que autorizar a funcionar. Isto parece que já foi reconhecido pela própria SBAT, fiscalizada que foi nos exercícios de 1979 a 1984, como consta nos autos (grifo nosso).

Na prática, o que ocorreu foi a completa interrupção do trabalho do CNDA. Fernando Collor de Mello, primeiro presidente eleito democraticamente no Brasil desde Jânio Quadros em 1960, assume a presidência em 15 de março de 1990. Menos de um mês depois, em 12 de abril, é publicada a Lei nº 8.028/1990 que extinguiu o Ministério da Cultura, que foi transformado em uma mera secretaria de “assistência direta e imediata ao Presidente da República” (artigo 1º, alínea “c”). O artigo 10 previa de forma breve as funções da nova secretaria:

Art. 10. A Secretaria da Cultura tem como finalidade planejar, coordenar e supervisionar a formulação e a execução da política cultural em âmbito nacional, de forma a garantir o exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura; apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, tendo como estrutura básica:

I - Conselho Nacional de Política Cultural;

II - Departamento de Planejamento e Coordenação;

III - Departamento de Cooperação e Difusão.

Parágrafo único. (Vetado).

O parágrafo único, vetado, era justamente aquele que mencionava o CNDA, cujas funções seriam absorvidas pelo Conselho Nacional de Política Cultural e as razões do veto não esclarecem sobre para que órgão seriam destinadas as atribuições do CNDA:

Art. 10, parágrafo único - O Conselho Nacional de Política Cultural deliberará sobre as diretrizes da política cultural e absorverá as competências dos Conselho Nacional de Cinema, Conselho Nacional de Direito Autoral, Conselho Federal de Cultura e Conselho Consultivo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Razões: Essas disposições não se coadunam com a sistemática do próprio texto legal, no que diz respeito à atribuição de competência e à composição da estrutura básica dos órgãos da administração federal. Por isso contrariam o interesse público.

Criou-se, então, uma lacuna, já que a legislação de direitos autorais ainda vigente previa expressamente o funcionamento do CNDA, que, como já havia sido tratado, foi instalado, inclusive, antes do próprio ECAD. O Decreto nº 99.600, de 13 de outubro de 1990, aprova a estrutura regimental da Secretaria da Cultura da Presidência da República e, em linhas breves, menciona que: “Art. 13. O Secretário da Cultura promoverá o reexame das resoluções baixadas pelos extintos Conselho Nacional do Cinema - CONCINE e Conselho Nacional de Direito Autoral CNDA”.

A extinção do CNDA, até então tácita, passa a ser expressa e, assim, fica garantido ao Secretário da Cultura, pessoalmente, reexaminar as resoluções colegiadas do conselho, sem maiores previsões acerca das diversas atribuições do órgão, mesmo sem revogação da legislação específica que as prevê. Com o processo de *impeachment* de Collor, Itamar Franco assumiu interinamente a presidência em 2 de outubro de 1992 e, já em 19 de novembro, mesmo antes de assumir definitivamente, o que veio ocorrer em dezembro, é

publicada a Lei nº 8.490/1992, que recria o Ministério da Cultura. Ocorre que, dentre os órgãos específicos do MinC, não há qualquer menção ao CNDA.²⁰¹

Já durante o governo Fernando Henrique Cardoso, o ministro da Cultura, Francisco Weffort, em 1995, em declaração ao jornal “Folha de S. Paulo”, afirma que “essa ideia de intervenção e controle faz parte de uma mentalidade ultrapassada”. Aponta ainda que o MinC não deveria sequer participar de discussões sobre o assunto e menciona a necessidade de uma reformulação na legislação. Curiosamente, a própria opinião da gerente jurídica do ECAD à época, Vera Lucia Teixeira, era mais sutil, ao afirmar que a existência de fiscalização, adequada aos termos constitucionais e sem intervenção estatal no escritório, seria positiva.²⁰²

Até meados dos anos 1990, a situação fica juridicamente indefinida, até que com a publicação da Lei nº 9.610/1998, a previsão de um órgão regulador sobre as atividades da gestão coletiva desaparece da lei de direitos autorais. A partir daí se consolida uma situação de grande liberdade de atuação para o ECAD, especialmente para definir critérios de arrecadação e distribuição.

A Lei nº 12.343/2010 institui o Plano Nacional de Cultura (PNC), cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais (SNIIC) e dá outras providências. Foram previstas estratégias e ações principais, entre elas:

1.1 Fortalecer a gestão das políticas públicas para a cultura, por meio da ampliação das capacidades de planejamento e execução de metas, a articulação das esferas dos poderes públicos, o estabelecimento de redes institucionais das três esferas de governo e a articulação com instituições e empresas do setor privado e organizações da sociedade civil.

Para tanto, havia item específico com objetivo de: “Fortalecer a gestão pública dos direitos autorais, por meio da expansão e modernização dos órgãos competentes e da

²⁰¹ “Art. 19. São órgãos específicos dos ministérios civis:

VI - no Ministério da Cultura:

- a) Conselho Nacional de Política Cultural;
- b) Comissão Nacional de Incentivo à Cultura;
- c) Comissão de Cinema;
- d) Secretaria de Informações, Estudos e Planejamento;
- e) Secretaria de Intercâmbio e Projetos Especiais;
- f) Secretaria de Apoio à Cultura;
- g) Secretaria para o Desenvolvimento Audiovisual”.

²⁰² BONASSA, Elvis Cesar. Weffort descarta intervencionismo no Ecad. **Folha de S. Paulo**. Ilustrada. São Paulo, 26 out. 1995. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/10/26/ilustrada/3.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

promoção do equilíbrio entre o respeito a esses direitos e a ampliação do acesso à cultura” (1.9). Destaca-se algumas das medidas indicadas para tanto, que guardam relação direta com a gestão coletiva de direitos autorais:

1.9.1 Criar instituição especificamente voltada à promoção e regulação de direitos autorais e suas atividades de arrecadação e distribuição.

1.9.2 Revisar a legislação brasileira sobre direitos autorais, com vistas em equilibrar os interesses dos criadores, investidores e usuários, estabelecendo relações contratuais mais justas e critérios mais transparentes de arrecadação e distribuição.

1.9.3 Aprimorar e acompanhar a legislação autoral com representantes dos diversos agentes envolvidos com o tema, garantindo a participação da produção artística e cultural independente, por meio de consultas e debates abertos ao público.

1.9.4 Adequar a regulação dos direitos autorais, suas limitações e exceções, ao uso das novas tecnologias de informação e comunicação. [...]

1.9.7 Regular o funcionamento de uma instância administrativa especializada na mediação de conflitos e arbitragem no campo dos direitos autorais, com destaque para os problemas relacionados à gestão coletiva de direitos.

1.9.8 Estimular a criação e o aperfeiçoamento técnico das associações gestoras de direitos autorais e adotar medidas que tornem suas gestões mais democráticas e transparentes. [...]

Ficava ali demonstrada uma preocupação do Estado em retomar seu papel, com a gestão coletiva de direitos autorais novamente sendo tratada como algo totalmente ligado às políticas públicas de promoção da cultura. O Brasil era um caso praticamente único no mundo, de um órgão monopolístico criado a partir de previsão legal sem qualquer controle legal. Esta situação gerou diversos abusos e a instalação de diversas CPIs para investigar o assunto, como se extrai do relatório final publicado em 5 de junho de 2009 daquela instaurada pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo:

As oitivas e os documentos obtidos ao longo desta CPI, todos anexados e fazendo parte integrante do processo, levaram à conclusão primordial de que o assunto “direitos autorais” ligados à música encontra-se em estado institucional anárquico, pois o Estado perdeu o poder de normatização, supervisão e fiscalização que antes possuía, pela Lei nº 5.998/73, revogada que foi pela Lei nº 9.610/98. A maior decorrência do novo status dos direitos autorais no Brasil foi descarregar sobre os ombros do ECAD, recriado pela Lei nº 9.610, o poder e a responsabilidade pela arrecadação, distribuição e estabelecimento dos critérios de funcionamento do sistema. A entidade, ao se ver livre do poder de fiscalização do governo, exorbitou das suas obrigações financeiras, legais e estatutárias, dando origem a irregularidades de tal monta, que já deram origem a duas CPIs, uma em Brasília (em 1995) e outra no Mato Grosso do Sul (em 2005), que não produziram os resultados esperados pela classe dos músicos.

Finalmente, em 28 de junho de 2011, foi instalada uma CPI no Senado Federal para investigar irregularidades praticadas pelo ECAD, assim como a necessidade de aprimoramento da Lei nº 9.610/1998. O Relatório Final da CPI, publicado em 4 de maio de 2012, é bastante contundente ao apontar más práticas na atuação do ECAD e resultou em um bem-sucedido projeto de lei. A partir daí, a situação passa a mudar em 2013, com a publicação da nova legislação em 14 de agosto. As atribuições de habilitação e fiscalização das associações de autores passam a ser do próprio Ministério da Cultura, por meio da Diretoria de Direitos Intelectuais. O artigo 7º da Lei nº 12.853/2013 afirma que:

Art. 7º O Ministério da Cultura constituirá, no prazo e nos termos dispostos em regulamento, comissão permanente para aperfeiçoamento da gestão coletiva, que promoverá o aprimoramento contínuo da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil por meio da análise da atuação e dos resultados obtidos pelas entidades brasileiras, bem como do exame das melhores práticas internacionais.

Mesmo antes do prazo de 120 dias para vigência da nova legislação, o ECAD e mais seis associações que o compõem ajuizaram ação direta de inconstitucionalidade em que são questionados dispositivos alterados e acrescentados à Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) pela Lei nº 12.853/2013, sobre execução pública de obras musicais, e à organização das associações e do ECAD.²⁰³ Foi alegado que as mudanças são desproporcionais e ineficazes para os fins a que se destinam, assim como violam princípios constitucionais sobre o exercício de direitos privados e a liberdade de associação ao retomar um “modelo de intervenção estatal do sistema que vigorava antes da promulgação da Constituição de 1988 e que com ela se mostrou incompatível, conforme reconhecido amplamente na jurisprudência dos tribunais superiores”.

O Supremo Tribunal Federal, por ampla maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, julgou improcedentes os pedidos formulados, vencido o apenas o Ministro Marco Aurélio. Extrai-se da decisão:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS. LEI Nº 12.583/2013. NOVO MARCO REGULATÓRIO SETORIAL. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÕES FORMAIS E MATERIAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. ESCOLHAS REGULATÓRIAS TRANSPARENTES E CONSISTENTES. MARGEM DE CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA RESPEITADA. DEFERÊNCIA

²⁰³ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5062. São elas: Abramus, Amar - Sombrás, Assim, SBACEM, Sicam e Socinpro.

JUDICIAL. PEDIDO CONHECIDO E JULGADO IMPROCEDENTE.

1. A interpretação ampliativa dos princípios constitucionais não deve se convolar em veto judicial absoluto à atuação do legislador ordinário, que também é um intérprete legítimo da Lei Maior, devendo, nesse mister, atuar com prudência e cautela de modo que a alegação genérica dos direitos fundamentais não asfixiem o espaço político de deliberação coletiva. 2. A gestão coletiva de direitos autorais e a coexistência da participação do Estado assumem graus variados em diferentes democracias constitucionais [...], o que sugere não existir um modelo único, perfeito e acabado de atuação do Poder Público, mas, ao revés, um maior ou menor protagonismo do Estado, dependente sempre das escolhas políticas das maiorias eleitas. [...] 5. **O cânone da proporcionalidade encontra-se consubstanciado nos meios eleitos pelo legislador, voltados à promoção da transparência da gestão coletiva de direitos autorais, finalidade legítima segundo a ordem constitucional brasileira, porquanto capaz de mitigar o viés rentista do sistema anterior e prestigiar, de forma imediata, os interesses tanto de titulares de direitos autorais (CRFB, art. 5º, XXVII), dos usuários (CRFB, art. 5º, XXXII) e, de forma mediata, bens jurídicos socialmente relevantes ligados à propriedade intelectual como a educação e o entretenimento (CRFB, art. 6º), o acesso à cultura (CRFB, art. 215) e à informação (CRFB, art. 5º, XIV).** 6. O art. 97, §1º, da Lei nº 9.610/1998, com a redação dada pela Lei nº 12.853/2013, estabelece que as associações de titulares de direitos autorais exercem atividade de interesse público e devem atender a sua função social, ocupando, assim, um espaço público não-estatal, conforme sedimentado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 201.819 (red. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, rel. Originária, Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 11/10/2005, DJ 27-10-2006). 7. As entidades de gestão coletiva possuem a evidente natureza instrumental de viabilizar trocas voluntárias envolvendo propriedade intelectual, dadas as dificuldades operacionais que marcam o setor. Destarte, **tanto a produção de cultura (pelos autores) quanto o acesso à cultura (pelos usuários) dependem do hígido funcionamento das associações arrecadadoras e distribuidoras de direitos. Esse relevante papel econômico é traduzido juridicamente como a função social das aludidas entidades, cuja importância social justifica o interesse público na sua existência e escorreita atuação.** [...] 12. A transindividualidade da gestão coletiva, revela a sua inequívoca importância, ao envolver interesses de usuários e titulares, justifica a presença regulatória maior do Estado na criação, na organização e no funcionamento das entidades que operam no setor, o que se traduz na incidência de disciplina jurídica específica (grifos nossos).²⁰⁴

²⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5062**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 27 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5062ementa.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

O Decreto nº 8.469/2015²⁰⁵ e a Portaria nº 53/2015 do MinC regulamentam a gestão coletiva, e esta estabelece as atribuições da CPAGC, que tem caráter opinativo, assim como a composição multipartite: de perfil público (como representantes de vários ministérios do governo federal, CADE, Agência Nacional do Cinema – Ancine) e privado (tanto de associações representativas de titulares de direitos autorais como de usuários). Os membros foram efetivamente designados pela Portaria nº 3/2016 e a primeira reunião ocorreu em 24 de fevereiro de 2016. Foram realizadas, no total, apenas cinco reuniões ordinárias até o final de 2017.

Cabe apontar que, no período, houve o *impeachment* da então presidente Dilma Rousseff e Michel Temer, ao assumir o cargo, chegou a tomar medida semelhante à de Collor, ao transformar o Ministério da Cultura em Secretaria, mas logo depois voltou atrás. De qualquer forma, o orçamento e número de funcionários do MinC sofreram significativa redução. Além disso, houve sucessivas trocas de ministros, de forma que, entre maio de 2016, quando Temer assumiu, até o final de 2017, já haviam sido nomeados quatro ministros. Certamente, todo este cenário instável influenciou na relativa inatividade da recente CPAGC.

Posteriormente, o Decreto nº 9.145, de 24 de agosto de 2017, inclui a previsão de representantes do Ministério Público Federal, da Câmara dos Deputados; e do Senado Federal. Não foi garantida a presença de representantes da sociedade civil organizada, como, por exemplo, de grupos de pesquisa de universidades. Curiosamente, após a publicação do Decreto, as reuniões da CPAGC não foram mais convocadas pelo MinC e, até a conclusão desta pesquisa, sequer foram nomeados os novos representantes.

²⁰⁵ “Art. 27. A Comissão Permanente terá as seguintes atribuições:

- I - monitorar o cumprimento dos princípios e regras estabelecidos na Lei nº 9.610, de 1998, e neste Decreto por associações de gestão coletiva, Escritório Central e usuários, podendo solicitar ao Ministério da Cultura as informações e documentos que se fizerem necessários;
- II - recomendar ao Ministério da Cultura a adoção das providências cabíveis, como representação ao Ministério Público ou ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, quando verificada irregularidade cometida por associações de gestão coletiva, Escritório Central ou usuários;
- III - pronunciar-se, mediante demanda do Ministério da Cultura, sobre os processos administrativos referentes a sanções às associações de gestão coletiva, ao Escritório Central ou aos usuários;
- IV - pronunciar-se, mediante demanda do Ministério da Cultura, sobre os regulamentos de cobrança e distribuição das associações de gestão coletiva e do Escritório Central;
- V - subsidiar o Ministério da Cultura, quando demandado, na elaboração de normas complementares voltadas à correta execução da Lei nº 9.610, de 1998, e deste Decreto;
- VI - sugerir ao Ministério da Cultura a realização de estudos, pareceres, relatórios ou notas técnicas;
- VII - monitorar os resultados da mediação e arbitragem promovida nos termos do art. 25;
- VIII - pronunciar-se sobre outros assuntos relativos à gestão coletiva de direitos autorais, quando demandado pelo Ministério da Cultura; e
- IX - propor alterações ao seu regimento interno”.

4.4 Prática e critérios de distribuição

No Brasil, as associações definem em assembleia geral o documento específico para reger a distribuição dos direitos autorais por execução pública. Conforme o artigo 17 da atual Tabela de Distribuição: “A distribuição dos direitos de autor e dos que lhe são conexos, arrecadados pelo Ecad, será feita de forma direta ou indireta, obedecendo à proporção de 66,67% para a parte autoral e 33,33% para a parte conexa”. A divisão é fixa e independe da obra ou dos contratos firmados entre os interessados. Assim, como regra, dois terços são destinados aos autores/compositores e editora, esta quando houver. O valor restante é dividido entre os titulares direitos conexos. Logicamente, os direitos conexos só são aplicáveis quando há execução de fonogramas, não em apresentações ao vivo.

Dentro do percentual destinado aos direitos conexos há uma nova divisão estabelecida entre três categorias: 41,70% para intérpretes, 41,70% para produtor fonográfico e 16,60% para músico executante (que, além daqueles músicos contratados para tocar determinado instrumento, ainda inclui arranjadores, regentes e coralistas). Caso não haja músico executante, a divisão se dará por igual entre as outras duas categorias. Estes percentuais servem como parâmetro, mas podem ser modificados pelos interessados. Cabe ao produtor fonográfico informar as informações necessárias para a distribuição no momento de cadastro da obra fonográfica. O artigo 18 do regulamento define o conceito de distribuição direta:

A distribuição direta consiste na divisão da verba líquida arrecadada pelas músicas executadas, de acordo com a frequência e/ou tempo de duração da execução musical.

§1º A distribuição direta será realizada de forma a contemplar todas as execuções musicais informadas e/ou identificadas nos roteiros musicais de shows, nas planilhas de programação das emissoras de televisão aberta descritas nos Artigos 20 e 21 deste regulamento, nas informações dos arquivos eletrônicos recebidos dos Serviços Digitais (Streaming e Internet Show), e nas fichas técnicas das obras audiovisuais exibidas nas salas de cinema.

Como se verifica, o sistema de remuneração se baseia nas informações prestadas pelos próprios usuários, que fornecem relatórios sobre as obras executadas. Em relação a shows, estabelece o artigo 19:

§2º Para possibilitar a distribuição de forma direta, o registro das execuções musicais deverá constar em roteiro musical próprio e/ou gravação.

§3º A área de Arrecadação do Ecad encaminhará o roteiro musical e/ou

gravação para a área de Distribuição, que será responsável pela identificação do repertório executado.

§4º A gravação de shows será realizada pelo Ecad sempre que houver viabilidade e disponibilidade, conforme procedimento interno. Essa gravação poderá substituir o roteiro musical.

§5º Caso não haja roteiro musical e/ou gravação de um show para a composição do rol, poderá ser utilizado um rol de outro show do mesmo artista, conforme regras descritas em procedimento interno (grifos nossos).

Como se verifica, a possibilidade de gravação de shows pelo ECAD é sempre subsidiária. Mesmo em shows ao vivo, há casos em que podem ser verificados direitos conexos, como é previsto no mesmo artigo:

§11. A parcela dos direitos conexos, referentes aos shows com execução de música mecânica, será incorporada mensalmente às verbas das rubricas de rádios regionalizadas e televisão aberta, atendendo à proporção de 95% e 5% respectivamente, e integrará a distribuição trimestral dessas rubricas.

§12. Nas cobranças de shows com apresentação de DJs ao vivo, a parcela dos direitos conexos será incorporada à verba da rubrica de Casas de Diversão.

§13. As regras estabelecidas nos §11 e §12 justificam-se pela falta de informação, por parte do usuário, relativa aos fonogramas executados, sem a qual torna-se inviável a identificação dos mesmos (grifo nosso).

Fica demonstrado que, caso seja devido algum direito conexo em razão de execução de música mecânica, será utilizado o método indireto. Chama a atenção como o regulamento trata como “inviável” a identificação de fonogramas quando não forem informados pelos próprios usuários, mesmo com todos os avanços tecnológicos que serão tema de tópico específico deste trabalho. A partir do artigo 23 do regulamento é definida a distribuição indireta:

Capítulo VII Distribuição Indireta

Art. 23 A distribuição indireta consiste na divisão da verba líquida arrecadada pelas obras musicais e dos fonogramas nacionais e estrangeiros protegidos captados pelo critério de amostragem estatística.

§1º O Ecad estabelecerá critérios de amostragem estatística com a finalidade de constatar o uso mais aproximado da realidade de obras musicais e fonogramas de em todo o território nacional.

§2º Entende-se como amostragem estatística uma quantidade de execuções musicais que seja representativa de todas as execuções de obras musicais/fonogramas captados, e suficiente para estabelecer o rateio proporcional da distribuição indireta.

§3º A adoção do critério de amostragem previsto neste regulamento justifica-se em razão da dimensão do país, da grande quantidade de usuários, da insuficiência, ausência ou incorreção das informações prestadas, que inviabiliza e torna impraticável a apuração exata da totalidade de músicas executadas para realizar a distribuição de forma direta (grifos nossos).

O ECAD divide o repertório nas chamadas “rubricas”, que atualmente são: Música ao Vivo, Casas de Festas, Casas de Diversão, Sonorização Ambiental, Movimento Tradicionalista Gaúcho (MTG), Carnaval/Festas de Fim de Ano e Festa Junina. Fica estabelecido que o escritório, por meio de seus técnicos, realizará gravações das execuções musicais em alguns dos locais de execução pública. Fica estabelecido em regulamento que o registro será realizado com base em uma escala composta pelos usuários de cada rubrica, mas as regras para tanto não constam no regulamento ou em qualquer outro documento público, apenas em procedimentos internos, que darão base para a distribuição indireta.

Aqui, já fica claro que, mesmo em shows ao vivo, a distribuição pode ocorrer de forma indireta. Das sete rubricas destacadas, apenas uma (Sonorização Ambiental) é caracterizada exclusivamente pela utilização de fonogramas. Parece estranho adotar como regra a amostragem em geral, especialmente em eventos como carnaval e festas de fim de ano. Primeiro, não parece que os dois tipos de evento tenham relação tão próxima de perfil musical para serem classificados na mesma rubrica. Segundo, são celebrações de grande proporção no Brasil, que justificariam em maior medida a necessidade de distribuição direta. Assim como nos outros casos, o regulamento prevê que o planejamento de gravação será realizado conforme critérios definidos em procedimento interno, que não é disponível ao público e, muitas vezes, não estão acessíveis aos próprios titulares, de maneira que possam validar os valores recebidos.

Fazem parte da amostragem também as emissoras de rádios adimplentes, selecionadas por meio de um sistema randômico. Não serão consideradas para a amostragem as planilhas de programação das emissoras que apresentarem distorções, conforme procedimento interno. O regulamento define critérios gerais, mas não entra em maiores detalhes sobre a sistemática e os chamados “procedimentos internos”:

Art. 26 - §3º A composição da amostragem obedecerá aos seguintes critérios:

I. As execuções musicais provenientes das emissoras localizadas nas cidades cobertas por processo de gravação serão identificadas através de um sistema de identificação automática e, excepcionalmente, por meio de escuta;

II. A identificação das execuções musicais provenientes das emissoras localizadas nas cidades não cobertas pelo processo de gravação, levará em conta as informações discriminadas nas planilhas de programação encaminhadas ao Ecad;

III. A escala para a extração dos áudios gravados das emissoras de rádio será elaborada mensalmente, considerando a adimplência do mês anterior ao mês-base da sua elaboração;

IV. Para a utilização das planilhas de programação das emissoras não gravadas, será realizada a confirmação da adimplência referente ao mês da execução musical;

V. Para estabelecer a quantidade de execuções musicais a serem inseridas na amostragem, será considerada a arrecadação de cada UF no trimestre correspondente;

VI. Serão consideradas para a amostragem as execuções musicais identificadas das emissoras de rádio captadas no período de 24 horas diárias. Esse período poderá ser alterado pela Assembleia Geral, em caráter excepcional e transitório (grifo nosso).

Mesmo que o ECAD já cobre das redes de televisão e rádio pela execução de obras musicais, a legislação²⁰⁶ e a jurisprudência²⁰⁷ indicam a possibilidade de que seja devida

²⁰⁶ Lei nº 9.610/1998: “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.

§ 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a 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.

§ 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.

§ 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais”.

nova remuneração por aqueles que sonorizam seus ambientes por meio das programações das emissoras de radiodifusão. Isto, somado a uma definição legal bem ampla do conceito de “locais de frequência coletiva”, permite, por exemplo, que, quando a sala de recepção de uma clínica tenha uma televisão ligada, esta situação gere uma obrigação de pagamento por execução pública. Na prática, o ECAD não solicita qualquer informação sobre qual emissora foi sintonizada. Eventualmente poderia ser utilizado até alguma com perfil noticioso, em que as músicas teriam papel secundário ou ainda serviço de sonorização ambiental próprio, cujo repertório costuma destoar daquele executado em rádios e costuma ficar registrado, de maneira que seria possível realizar a distribuição direta. Assim, a divisão é feita de forma indireta, como aponta o artigo 17 do Regulamento:

§2º Os valores advindos dos Usuários Gerais que utilizam programação de rádio, TV ou qualquer outro tipo de programação musical para sonorização de seus estabelecimentos comerciais, quando não forem distribuídos em rubrica específica, serão direcionados para as rubricas de rádio AM/FM e TV aberta, nas seguintes proporções:

- I. 95% da verba de cada região do Brasil serão acrescidos às respectivas verbas das rubricas de rádios regionalizadas;
- II. 5% da verba serão rateados e acrescidos proporcionalmente ao valor a ser distribuído de cada emissora de TV aberta em relação ao total arrecadado do segmento.

²⁰⁷ “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. QUARTO DE HOTEL. APARELHOS TELEVISORES. TV POR ASSINATURA. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.610/1998. CAPTAÇÃO E TRANSMISSÃO DE RADIODIFUSÃO. FATOS GERADORES DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. LEI Nº 11.771/2008. CONFLITO. AUSÊNCIA.

1. À luz das disposições insertas na Lei nº 9.610/1998 e consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança, pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD —, dos direitos autorais de todos os titulares filiados às associações que o integram.

2. Para fins de reconhecimento da possibilidade da cobrança, é irrelevante que a execução não autorizada de obras musicais e audiovisuais em locais de frequência coletiva tenha se dado a partir da disponibilização de aparelho televisor com equipamento receptor do sinal de TV a cabo ou TV por assinatura.

3. Na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com o a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores distintos, a saber: (i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel) e (ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Daí porque não há falar, em casos tais, na ocorrência de bis in idem.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte as disposições da Lei nº 11.771/2008 não conflitam com a Lei nº 9.610/1998, pois se trata de diplomas legais com âmbito de incidência diverso.

5. Agravo interno não provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. AREsp 802891 / RJ - 2015/0272995-4. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. 29 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/158600644/stj-29-08-2017-pg-2240>>. Acesso em: 30 ago. 2017).

A arrecadação sobre televisão aberta incide diretamente sobre o faturamento das emissoras e, conseqüentemente, trata-se de um valor bastante relevante. O artigo 20 do regulamento define que a “distribuição será realizada com base nas execuções musicais informadas nas planilhas de programação fornecidas pelas emissoras e nas gravações efetuadas pelo Ecad”. Fica estabelecido ainda sobre a identificação do repertório:

§6º Para confirmar a exibição da programação, **o Ecad poderá pesquisar as grades dos programas** exibidos pelas emissoras nas diversas fontes de comunicação.

§7º **Apenas as execuções musicais dos programas informados pelas emissoras em suas planilhas de programação serão consideradas.**

§8º **Quando houver gravação por parte do Ecad**, esta poderá ser utilizada, tanto para confirmar a exibição da grade de programação anunciada, quanto para realizar a escuta das execuções musicais e, **caso neste processo sejam identificadas divergências em relação às planilhas enviadas, prevalecerão as informações apuradas na escuta.**

§9º A programação musical encaminhada pelas emissoras ao Ecad fora do prazo será considerada para as distribuições futuras da rubrica. O prazo máximo para recebimento das planilhas e/ou informações em atraso será de até três anos. [...]

§15. **Quando forem identificados indícios de incorreção nas planilhas de programação enviadas pelas emissoras de TV**, como: majoração do tempo de execução, omissão de características, omissão da obra/fonograma padrão etc., **o Ecad poderá utilizar o critério de aplicação de média com base nos dados apurados em auditoria de escuta por amostra, pesquisa em sites, histórico de programação de mesmo padrão e demais análises de acordo com os procedimentos internos** (grifos nossos).

Verifica-se que há uma faculdade, mas não uma obrigação, imposta ao ECAD de verificar por seus próprios meios a regularidade das informações prestadas pelas próprias emissoras. Especialmente no caso de televisão aberta, pela facilidade de registrar as transmissões e pelo volume de dinheiro movimentado, parece estranho admitir que as planilhas enviadas não devam ser obrigatoriamente validadas pelo ECAD, que fica com percentual relevante da arrecadação justamente para controlá-la da melhor maneira. Cabe

apontar que há um histórico de inconsistência nas planilhas enviadas pelas emissoras, registradas especialmente no ano 2009.²⁰⁸

Esta verificação seria importante não só pela distribuição direta feita aos titulares de direitos das obras que foram efetivamente executadas, mas também porque qualquer erro terá um efeito multiplicador, já que estes repertórios são utilizados posteriormente como base da distribuição indireta. Evidentemente, a probabilidade de equívocos por parte das emissoras é alta, por várias razões, já que o número de execuções é muito alto e pode não haver interesse interno em despender tempo com este trabalho de identificação. Há também a possibilidade de dolo, com a indicação preferencial de repertório que possa beneficiar determinados titulares de direitos, o que já chegou a oficialmente acontecer.

O ECAD instituiu comissão de sindicância na 453ª Assembleia Geral do ECAD, em 27 de janeiro de 2016, que verificou o reiterado recebimento de planilhas de programação musical da TV Record que indicavam de forma fraudulenta execução de obras do repertório de editora/produtora fonográfica denominada Blessing, que não haviam ocorrido de fato, tendo gerado créditos indevidos para seus respectivos titulares. Foi atestada “a distribuição distorcida das execuções de fato, que envolveu o pagamento de vultosas quantias” na ata da 464ª reunião extraordinária da Assembleia Geral do ECAD, ocorrida em 21 de setembro de 2016.

A razão que motivou a sindicância foi a verificação das inconsistências pela própria TV Record, que tomou a atitude de informar em agosto de 2015 ao ECAD que o repertório da empresa Blessing não era executado mais pela emissora desde 2011, em que pese ter continuado a aparecer nas planilhas mensais durante o intervalo de quase cinco anos. Ao longo de todo este período não houve qualquer validação ou verificação por parte do próprio ECAD nas planilhas de forma a verificar por conta própria a fraude. Caso a própria

²⁰⁸ Os autores Pedro Augusto Francisco e Mariana Valente selecionam extratos de atas de assembleias do ECAD neste sentido do ano de 2009:

“Item 2.4) Subcomissão de audiovisual para revisão de conceitos e procedimentos aplicados à distribuição de TV e audiovisual – c) Divergências entre auditoria de escuta e planilha das emissoras – Após a exibição de alguns trechos de execuções musicais das gravações realizadas pelo ECAD e a constatação de inconsistências contidas nas planilhas de programação musical enviadas pelas emissoras de TV, a Assembleia Geral manteve o procedimento já adotado pela auditoria de escuta do ECAD relativamente à identificação de obras e fonogramas. A área de distribuição informará as associações envolvidas sobre tais inconsistências mensalmente” (Ata 362, 14/10/2009).

“(4) Expediente das Associações: 4.1) E-mail da Amar – Irregularidades nas planilhas da TV Globo – Considerando a exposição do representante da Amar sobre inconsistências encontradas na planilha da TV Globo, as associações irão analisar a questão e propor alterações na distribuição de televisão” (Ata 363, 05/11/2009).

Record não tivesse percebido a conduta, era possível que a prática continuasse até hoje.

A Blessing, que tinha suas obras cadastradas por meio da SBACEM, recebeu quantias muito expressivas, de forma totalmente indevida, já que, conforme o resultado da investigação do ECAD, “se tratar de ardilosa articulação, decorrente do manejo de dados e informações privilegiadas, utilizadas com o propósito de alcançar, por vias nebulosas, a distribuição distorcida de direitos autorais”. A fraude era feita de maneira prosaica:

As planilhas corretas teriam sido enviadas para um e-mail inexistente, planilhadtvtvrecord@ecad.org.br, com cópia para a Gerente de Planejamento e Custo de Produção da REDE RECORD DE TELEVISÃO, de nome Eusa Reder. Esta, desconhecendo eu tal endereço eletrônico não existe, supunha que o envio das planilhas ocorria de maneira regular. Por sua vez, as planilhas fraudadas eram enviadas para o endereço correto de e-mail do ECAD, qual seja, planilhadtvtv@ecad.org.br. Fica bem evidenciado o propósito em fraudar a distribuição decorrente da execução pública, uma vez que, internamente, afigurava-se para a TV RECORD que as planilhas corretas haviam sido regularmente encaminhadas para o ECAD, mas na verdade tais planilhas jamais chegariam ao seu destino. O ECAD jamais receberia planilhas enviadas para o endereço planilhadtvtvrecord@ecad.org.br, simplesmente porque este e-mail jamais existiu no sistema do ECAD. [...] Conforme levantamento feito tanto pelo ECAD quanto pela TV RECORD, as planilhas supostamente fraudadas teriam gerado distribuição errada e recebimento indevido, estranhamente beneficiando apenas a sociedade empresária, denominada JOÃO MARIA SARINHO SOARES – ME, inscrita no CNPJ sob o nº 06.314.401/0001-0, com endereço na Avenida Santa Inês, nº 469, Mandaqui, São Paulo – SP, cujo nome fantasia é BLESSING EDITORA MUSICAL, à qual estariam vinculados nada menos que 60 (sessenta) titulares de direitos autorais.

As distorções de planilhas resultaram em um desvio de R\$ 5.490.000,00 durante o período de 2011 a 2015. Ocorre que, verificou-se que a SBACEM já vinha anteriormente participando do cadastramento fraudulento de obras junto à Blessing, “beneficiando-se da fraude que ocorreu, de forma ininterrupta por 11 anos (2004/2015), gerando prejuízo aos titulares de direitos autorais no valor de R\$ 10.256.848,96”.

O valor milionário que deveria ter ido para os legítimos titulares foi desviado sem que o ECAD ou as outras associações que o compõem notassem. Somente dois desconhecidos pseudoautores ligados à Blessing e filiados à SBACEM, Raquel Alves Mendes e Adriano Moisés, receberam distribuições de mais de um milhão de reais cada um no período, sem que fosse levantada qualquer suspeita. É de se cogitar que, à época, o órgão esteve mais ocupado em combater as tentativas de reforma à legislação de direitos

autorais do que, de fato, controlando minimamente a arrecadação e a distribuição de direitos cujo monopólio detém.

O resultado da sindicância em relação à SBACEM foi: a suspensão dos direitos associativos pelo prazo de 60 dias e solicitação de ressarcimento do percentual societário que a sociedade recebeu em razão dos desvios em suas 60 parcelas, limitadas a 10% da arrecadação mensal. Não houve qualquer punição à Record ou recomendação de novas práticas ao próprio ECAD, como regras de governança que impedissem que novos desvios do tipo ocorressem.

Além da ausência total de controle do repertório enviado pela Record, o que provavelmente deve ter ocorrido também em relação às outras emissoras, percebe-se que não há uma fiscalização sobre os cadastros feitos pelas associações. Autores totalmente desconhecidos podem receber valores milionários sem que sequer suas informações básicas sejam validadas pelo ECAD. Ao passo que o resultado da sindicância faz acusações graves à SBACEM, de forma até a atenuar as responsabilidades do próprio ECAD e das outras associações que o compõem, a condenação é bastante branda, com a pena de suspensão por apenas dois meses e ressarcimento (de parte) dos valores em prazo elástico.

Além disso, a Record e o ECAD são tratados de forma condescendente, tendo sido enganados por tanto tempo por má-fé do funcionário responsável pelo envio de planilhas. Não há uma apuração na sindicância interna sobre as responsabilidades da emissora e do escritório. Outro ponto que deve ser destacado é que os contratos do ECAD costumam ter cláusula de confidencialidade, mas seria de se esperar que houvesse alguma cláusula penal acerca de fraudes no envio das planilhas. É óbvia a corresponsabilidade da emissora nos desvios, na medida em que competia a ela ter controle sobre a conduta de seus funcionários. Cabe, desta forma, ações penais e cíveis do órgão contra a Record, mas não há registro de qualquer medida neste sentido por parte do ECAD.

Outros problemas anteriores também já deveriam ter servido de alerta. A inexistência no preenchimento das planilhas enviadas pelo SBT e pela Record fez com que a Assembleia Geral do dia 17 de dezembro 2003 já houvesse deliberado o bloqueio dos pagamentos de direitos autorais dos titulares decorrentes daquelas emissoras. Na assembleia seguinte (nº 291, de 10 de fevereiro de 2004), justamente a diretoria da SBACEM reclama da medida ao afirmar que o repertório bloqueado “continha em quase

sua totalidade titulares da SBACEM, estranha-nos o fato de que a Assembléia Geral tenha votado a favor desse bloqueio sendo que a maior afetada encontrava-se ausente no momento da decisão”.

O total descontrole sobre o repertório em questão fica ainda mais surpreendente na medida em que Ata da Assembleia nº 338, de 22 de novembro de 2007, apontava que a própria TV Record durante a década de 1990 não havia feito pagamentos por execução pública por cerca de quatro anos. Na ocasião, passados mais de dez anos do débito: “A sra. Superintendente informou que a TV Record já quitou integralmente o acordo para composição do débito do período de 1991 e 1995, mas como já era de conhecimento não há informações quanto às programações da época”. Assim, a distribuição foi feita com base em verbas e planilhas dos anos 2000, ou seja, posteriores à efetiva execução.

Não há qualquer previsão nos regulamentos do ECAD sobre algum controle de repertório de usuários inadimplentes, pelo contrário, os dados destes são expressamente proibidos de servirem como referência para amostragens. Além disso, prevê o regulamento de distribuição:

Extra de Rádio

Art. 35 A distribuição da rubrica “Extraordinária de Rádio” será realizada com base nas verbas provenientes de acordos com emissoras de rádio, no período compreendido entre novembro do ano anterior e outubro do ano corrente e contemplará os titulares de direitos de autor e conexo.

Parágrafo único O rol será composto pelos róis das quatro distribuições das rubricas regionalizadas de Rádios + Direitos Gerais no ano correspondente, considerando somente as execuções musicais de obras e fonogramas com a situação cadastral “liberada” no momento do processamento. Haverá provisionamento de valores para titulares que apresentem pendência de cadastro ou bloqueio.

Ou seja, caso uma rádio pague por valores retroativos, a base para a distribuição não será a execução efetiva de músicas ocorrida, mas a amostragem realizada em outras rádios adimplentes. Não importa que seja uma rádio que toque só um estilo determinado diferenciado dos habituais ou que possua as informações sobre o repertório utilizado no período, a arrecadação irá para um “bolo” geral.

Ora, especialmente para grandes usuários, parece elementar que o órgão deveria fazer um acompanhamento preciso das obras utilizadas já que, além de a obtenção de planilhas precisas dos adimplentes já ser um problema histórico, obviamente que obtê-las daqueles em débito será praticamente impossível. Assim, em que pese o ECAD notificar as

empresas e ajuizar ações de cobrança, não há uma preocupação com verificar o repertório neste meio-tempo, de maneira que, quando eventualmente houver acordo ou condenação judicial para pagamento dos valores pretéritos, seja possível distribuir diretamente os valores, o que impediria arbitrariedades.

Outra problemática importante é a dos créditos retidos, anteriormente denominados de “protegidos”. Define o artigo 52 do regulamento de arrecadação:

Os créditos relativos às execuções musicais participantes dos róis cujos cadastros estejam “pendentes de identificação” ou em conflito ficarão retidos até que a regularização dos cadastros seja realizada. O mesmo se aplica aos titulares com situação cadastral “pendente de identificação” ou em conflito.

A lógica das *blanket licenses* faz com que a arrecadação ocorra independentemente das obras efetivamente executadas. Assim, há casos em que as obras utilizadas sequer façam parte do cadastro dos organismos de gestão coletiva e, assim, não sejam identificadas. O método regular de identificação é a busca das informações captadas sobre determinada obra dentro do repertório das associações. Desta forma, não há uma análise geral que busque além daquelas obras que sejam não só de associados, mas que também tenham sido devidamente inseridas no sistema.²⁰⁹

O parágrafo sexto do próprio artigo 52 prescreve que: “O Ecad disponibilizará no sistema de informações a relação de obras musicais, fonogramas e titulares com créditos retidos, contendo as rubricas de origem e período de execução musical, que será atualizada mensalmente, de acordo com o cronograma de distribuição”. O sistema de informações referido é fechado ao público e mesmo aos autores de forma direta, sendo acessível apenas pelas associações. Não há qualquer política pública do ECAD ou das associações no sentido de publicizar estas informações para além daqueles já inseridos na gestão coletiva.

Assim, mesmo que se saiba o nome de uma obra, seus compositores, intérpretes e outras informações relacionadas, caso esta não esteja cadastrada, para fins de distribuição será considerada como “pendente de identificação”, sem que sejam fornecidos meios para que os titulares dos direitos tomem conhecimento de que, caso fizessem o devido cadastro, poderiam ser remunerados. Consequentemente, há uma grande probabilidade de que os

²⁰⁹ Já as situações caracterizadas como “conflito” são aquelas em que o ECAD, por exemplo, recebe uma denúncia de plágio ou cadastro fraudulento. Nestes casos, o órgão bloqueia os pagamentos até que a situação seja esclarecida, muitas vezes sem sequer um direito ao contraditório e ampla defesa aos acusados, sem que este procedimento seja devidamente regulado por normas públicas, de forma que o bloqueio pode ocorrer de forma bastante arbitrária, mediante mera notificação de terceiro interessado.

valores fiquem retidos por anos, até que sejam distribuídos por amostragem, mesmo que se tenha conhecimento de que não pertencem a nenhum dos titulares associados, como estabelece o regulamento: “§7º Os créditos retidos não identificados em cinco anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao correspondente repasse da distribuição, serão redistribuídos na rubrica de origem e, caso esta tenha sido extinta, em uma rubrica que venha substituí-la”.

Anteriormente, o regulamento do ECAD previa que a distribuição deveria ocorrer em no máximo três anos, sem qualquer previsão legal sobre o assunto. A partir da Lei nº 12.853/2013 ficou estabelecido:

§ 10. Os créditos e valores não identificados deverão permanecer retidos e à disposição dos titulares pelo período de 5 (cinco) anos, devendo ser distribuídos à medida da sua identificação.

§ 11. Findo o período de 5 (cinco) anos previsto no § 10 sem que tenha ocorrido a identificação dos créditos e valores retidos, estes serão distribuídos aos titulares de direitos de autor e de direitos conexos dentro da mesma rubrica em que foram arrecadados e na proporção de suas respectivas arrecadações durante o período da retenção daqueles créditos e valores, sendo vedada a sua destinação para outro fim.

Esta inovação acabou por corroborar a prática interna da gestão coletiva no Brasil, em que pese um aumento no prazo, na medida em que obriga a distribuição dos valores por meio de proporcionalidade em relação aos valores distribuídos anteriormente, de certa forma pela primeira vez há uma previsão legal sobre uma medida que se relaciona diretamente com a distribuição por amostragem. A legislação em comento decorre da CPI do Senado acerca da atuação da gestão coletiva em que um episódio foi destacado no relatório final: incorporação pelo ECAD em seu próprio patrimônio de valores retidos. Provavelmente, o receio do legislador era a repetição deste episódio, explicado pelo próprio escritório em declaração na qual responde a acusação de apropriação indébita feita como resultado da CPI:

O Regulamento de Distribuição do Ecad, aprovado por sua Assembleia Geral, prevê que ao final de três anos, caso os créditos protegidos não sejam identificados, a mesma Assembleia Geral decidirá sobre o destino desses valores. Ao longo dos anos, estes valores têm retornado para serem distribuídos em suas rubricas de origem (ex.: se são créditos protegidos provenientes das distribuições de televisão, retornam para serem redistribuídos na rubrica “televisão”).

A exceção ocorreu em 2004, sete anos atrás, quando a Assembleia Geral entende que o saldo do crédito protegido deveria ser utilizado para por fim ao déficit econômico do Ecad. Há tempos, usuários inadimplentes faziam campanha propagando “a situação deficitária do Escritório”. Esse argumento era utilizado, inclusive, em ações judiciais. Assim sendo, como órgão máximo decisório do Ecad, a Assembleia Geral achou por bem tomar essa medida para por fim às especulações que prejudicavam a Instituição.

Nesse caso específico, é bom que se esclareça que, tal qual qualquer outra associação que possua uma Assembleia Geral como órgão máximo, a administração do Ecad deve implementar as decisões aprovadas, mesmo que por maioria.²¹⁰

Neste caso, encurralado ao defender interesse próprio, o discurso do ECAD se afasta da lógica de remuneração dos autores. Fica a tônica bélica, da suposta guerra entre usuários inadimplentes e o órgão, que, mesmo tendo que se locupletar das verbas devidas aos titulares de direitos autorais para cobrir seu déficit operacional, ainda trata as acusações de má gestão de “especulações”. A falta de identificação de repertório acabou por servir diretamente aos interesses do ECAD, que resolveu seus problemas operacionais com a apropriação da verba decorrente justamente da sua má atuação para promover a distribuição direta dos valores arrecadados. A torpeza (ou no mínimo ineficiência) do ECAD acabou por beneficiar o próprio órgão.

A apropriação da verba que deveria ser destinada a titulares de direitos autorais não é exclusividade da gestão coletiva brasileira. Em 2007, a *SoundExchange*, que faz a gestão coletiva de transmissões digitais nos EUA, já havia acumulado mais de US\$ 100 milhões em receitas não distribuídas. O número se torna ainda mais alarmante visto que se trata de uma organização sem fins lucrativos e que foi fundada apenas no ano de 2003. A *SoundExchange* alegou não ter conseguido encontrar, inclusive, artistas bastante conhecidos e que era legítimo manter os valores recebidos. Em 2012, a entidade anunciou que quaisquer taxas não reclamadas por mais de três anos poderiam ser distribuídas aos artistas que se registraram com a *SoundExchange*, de forma bastante similar àquela prevista no regulamento do ECAD.²¹¹

²¹⁰ ECAD. **Posicionamento Relatório Final CPI**. Brasília, 24 abr. 2012. Disponível em: <http://respostadoecad.ecad.org.br/Posicionamento_Relatorio_Final_CPI.aspx>. Acesso em: 20 ago. 2017.

²¹¹ BAND, Jonathan; BUTLER, Brandon. Some Cautionary Tales about Collective Licensing, **American University Washington College of Law**, Washington, v. 21, p. 695, 2013. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.msu.edu/ilr/vol21/iss3/7>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

No Japão, um dos poucos países que ainda possui um mercado de locação de discos, ocorre o contrário. Os direitos são gerenciados coletivamente pelo Centro de Administração dos Direitos de Execução, que celebrou acordos com organizações de direitos autorais estrangeiras pelos quais a remuneração recebida do aluguel comercial de CDs é encaminhada, mesmo que não exista mercado semelhante nos outros países.²¹²

4.5 Novos paradigmas

Vivemos hoje em uma sociedade na qual a tecnologia está altamente inserida, principalmente a serviço da disseminação da informação e da cultura. A profunda alteração na lógica da proteção autoral, decorrente do avanço da tecnologia, teve influência significativa na indústria cultural. Há uma dificuldade em compreender e interpretar juridicamente essa nova era.

O exponencial avanço tecnológico que marca os tempos recentes permite a utilização de novas formas de licenciamento, arrecadação e distribuição, automatizadas de forma cada vez mais acessível e rápida. Assim, cabe explicar melhor acerca da construção desta nova realidade.

Quando surgiram os direitos autorais, em que pese a proteção não se dar sobre cada cópia, mas à obra em si mesma, independentemente de um suporte físico, esse era um conceito um tanto abstrato, na medida em que os bens culturais costumavam estar intrinsicamente ligados a um objeto corpóreo. O processo de digitalização, de certa forma, possibilitou ao direito autoral um reencontro com suas origens conceituais. Como afirma Lessig:

Embora os arquivos MP3 fossem pequenos em relação aos formatos anteriores, eles ainda eram bastante grandes para serem enviados pela Internet. Enquanto uma conexão rápida poderia obter uma música MP3 em alguns segundos, em uma conexão telefônica padrão, poderia levar de vinte a trinta minutos. Essa restrição na largura da banda deu origem a uma indústria importante de tecnologias de transmissão. A ideia era bastante simples: ao invés de baixar a cópia completa da música e, em

²¹² KOSKINEN-OSSON, Tarja; LOWE, Nicholas. **Educational Material on Collective Management of Copyright and Related Rights**. Module 2: Management of copyright and related rights in the field of music. Genebra: WIPO, 2012.

seguida, reproduzi-la, as tecnologias de transmissão permitem ao usuário transmitir o conteúdo desejado e reproduzi-lo ao mesmo tempo. Nenhuma cópia do arquivo deve ser feita primeiro, o que significa que o usuário não precisa perder tempo esperando a entrega da música.²¹³

Apesar da desmaterialização, ainda poderia se dizer que um arquivo MP3, por exemplo, representa uma espécie de posse, mesmo que virtual. Com os serviços de *streaming* e armazenamento na nuvem, esta transição parece ter chegado em seu ápice (pelo menos até o surgimento de algum novo modelo de negócio disruptivo), em que o acesso a obras autorais pode se dar de forma rápida, sem necessidade de suportes físicos ou mesmo da posse de arquivos digitais por tempo maior do que o necessário para poder assistir um vídeo ou ouvir uma música. O pesquisador Alexandre Pesserl define:

O streaming é uma forma de distribuição de dados, geralmente de multimedia, em uma rede através de pacotes. As informações não são armazenadas pelo usuário em seu próprio computador; a mídia é reproduzida à medida que chega ao usuário. Desta forma, não se configura a reprodução da obra, já que esta não se detém armazenada no equipamento utilizado pelo receptor – fato que ocasiona reflexos na esfera autoral, não existindo propriamente a reprodução, mas a colocação da obra ao alcance do público. [...]

Os serviços de streaming podem ser classificados em dois grandes grupos: aqueles que oferecem a opção de escolha das músicas, e aqueles sem opção de escolha das músicas, mas de seleção por gênero/afinidade. Deste último tipo, fazem parte serviços de rádio digital, tal como Last.fm, Pandora e Samsung Milk, enquanto no primeiro estão serviços como Spotify, Rdio e Youtube (streaming on-demand). A grande diferença entre os dois modelos é que, enquanto o streaming sem opção de escolha de músicas se assemelha ao próprio rádio, no sentido de que apresentam novas músicas ao público e se mostram mais assemelhados à plataformas de promoção, os serviços on-demand oferecem ao consumidor a opção de ouvirem as músicas quando desejam, como se dispusessem do fonograma – mas normalmente de forma gratuita (o Spotify e o Rdio oferecem versões premium, pagas). De modo geral, quase todos eles apresentam em comum a adesão ao modelo de *flot* (geração de renda por associação com publicidade) e uma grande insatisfação por parte dos artistas, no quesito da remuneração associada. Chama atenção ainda o fato de que quase todos estes serviços pertencem à (ou contam no seu quadro associativo com) editoras ou gravadoras (com exceção do Youtube,

²¹³ Traduzido pelo autor a partir do original: “*But though MP3 files were small relative to their original data file, they were still quite large to be sent across the Internet. While a fast connection could chomp through an MP3 song in a few seconds, on a standard telephone connection it could take twenty to thirty minutes. This restriction in bandwidth gave birth to an important industry of streaming technologies. The idea was quite simple: Rather than downloading the full copy of music and then playing it, streaming technologies allow the user to stream the desired content and play it at the same time. No copies of the file must be made first, which means the user need not waste time waiting for the music to be delivered*” (LESSIG, Lawrence. **Future of ideas: the fate of the commons in a connected world**. New York: Random House, 2001. p. 127).

pertencente ao Google); e que são alvos de repetidas acusações de falta de transparência em relação tanto aos números de execução quanto aos modelos de contratos praticados.²¹⁴

Os modelos digitais podem tanto reproduzir outros já tradicionais, como o rádio e a TV, como criar novas possibilidades. Compartilhar, neste âmbito, é mais fazer parte de algo com alguém, do que perder algo. Não há um sentido de divisão para o usuário, mas de multiplicação. Em contrapartida, o sistema de gestão coletiva de direitos autorais foi desenvolvido dentro da perspectiva de contraposição entre titular de direitos e usuário. Além disso, a finalidade do sistema era primordialmente de cobrar pela execução pública das obras, geralmente vinculada a um intuito comercial. O uso privado de uma obra seria irrelevante, principalmente porque a própria execução em espaços abertos ao público de obras musicais já tem, como uma característica tida como inerente, a dificuldade de identificação e de aferição do repertório. Não caberia aos órgãos de gestão atentar para situações particulares e sem repercussão expressiva.

Historicamente, grande parte da arrecadação era por meio de gestão coletiva sobre apresentações musicais ao vivo e sobre eventos públicos em geral. Posteriormente, o surgimento das transmissões de rádio e TV e a popularidade que alcançaram passaram também a incrementar as receitas das organizações de gestão coletiva. Porém, a venda dos formatos físicos (seja eles em vinil, fita cassete, CD, DVDs e outros) que representava grandes ganhos para a indústria musical não se refletia diretamente em pagamento de direitos de execução pública. Assim, sobre uma fatia importante do mercado da música não havia cobrança por parte das entidades de gestão coletiva. Durante os anos 1990 a indústria fonográfica vivia um momento de grande faturamento:

As gravadoras tinham boas razões para se sentirem confiantes. Os fãs corriam como manadas para as lojas de discos. Entre 1990 e 2000, as vendas de álbuns dobraram, a taxa de crescimento mais acelerada da história do setor. Quase metade dos 100 maiores campeões de venda da história havia sido vendida neste período. O negócio da música só ficava atrás de Hollywood nas fileiras da indústria de entretenimento. [...]

Nos anos seguintes, mesmo depois da recuperação da economia em geral, a situação da indústria de música se agravou ainda mais. Algo fundamental mudara em 2.000. As vendas caíram 2,5% em 2001, 6,8% em 2002 e se mantiveram em queda. Em fins de 2005, depois de cair mais de 7%, as vendas de músicas nos Estados Unidos encolheram mais

²¹⁴ PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos Comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet)**: Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014. p. 21.

de um quarto desde o pico. Vinte dos cem principais álbuns de todos os tempos haviam sido lançados no período de cinco anos entre 1996 e 2000.²¹⁵

O surgimento do Napster em 1999 ocorreu no ápice do formato tradicional de venda de discos e simbolizou um período em que as pessoas passaram a fazer download gratuito de arquivos digitais de MP3 em larga escala, sem qualquer controle das gravadoras e demais titulares de direitos autorais. A partir daí, o mercado de venda de formatos físicos começa a diminuir severamente.²¹⁶

Com a guinada do consumo para o ambiente digital, as fronteiras entre o que é público e o que é privado são cada vez menos nítidas, com o fim da dependência de intermediários estabelecidos para a divulgação de obras autorais (ou mesmo a criação de novos atravessadores). Os meios de produção e as ferramentas necessárias para executar publicamente obras próprias ou de terceiros ficaram mais próximos das pessoas. Com uma maior disseminação da banda larga, surgiram novos modelos de negócio baseados na nuvem, em que não mais era preciso ocupar espaço no disco rígido para ter acesso a obras musicais.

A Convenção de Roma prevê um direito exclusivo único para os produtores de fonogramas: o direito de reprodução. Nos termos do artigo 10, os produtores de fonogramas “gozam do direito de autorizar ou proibir a reprodução direta ou indireta de seus fonogramas”. Ao longo do tempo, este direito não parecia mais ser suficiente para atender os interesses de maximizar a proteção dos titulares de direitos autorais em um ambiente cada vez mais digital.

Ainda antes do Napster, em 20 de dezembro de 1996 (quando popularização da Internet ainda estava no início em países como Brasil), a OMPI realiza uma Convenção em Genebra que resulta na assinatura de dois tratados: o *WIPO Copyright Treaty* (WCT, ou Tratado da OMPI Sobre Direito de Autor, na tradução), que trata de direitos autorais de forma geral e o *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT, ou Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas). Ambos até hoje não foram

²¹⁵ ANDERSON, Chris. **A Cauda Longa**: do mercado de massa para o mercado de nicho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 29.

²¹⁶ “No fim de 2007, as vendas de CDs haviam sofrido uma queda de 50% desde seu auge, em 2000, e isso com descontos agressivos nos preços. As vendas digitais de arquivos mp3 legais nem começavam a compensar a diferença” (WITT, Stephen. **Como a Música Ficou Grátis**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 205).

ratificados pelo Brasil, mas tiveram grande adesão internacional, já que ambos têm 96 partes contratantes. Apesar de o Tratado ser de 1996, só entrou em vigor em 2002, três meses após o depósito de instrumento de ratificação por 30 Estados. Neste intervalo de seis anos, o mercado musical sofreu uma reviravolta, como veremos.

Enquanto o WCT “pretende estabelecer exigências que vão além das da Convenção de Berna, sem, todavia, alterar esta”,²¹⁷ o WPPT faz o mesmo em relação à Convenção de Roma e garante tanto a artistas intérpretes e executantes, assim como aos produtores de fonogramas, além de um direito de reprodução, os direitos de: distribuição, locação e disponibilização ao público por qualquer meio, de tal forma que os membros do público possam acessar os fonogramas de um lugar e em um momento individualmente escolhidos por eles. Este último direito foi a maior inovação do Tratado e a expressão “*making available*” (“tornar disponível”) criou um novo conceito abrangente, um grande “guarda-chuva” capaz de abarcar situações bastante diversas, especialmente aquelas que envolvem *streaming*.

Em que pese ser um termo novo, a lógica tradicional de garantir o direito exclusivo de autorização, garantido agora também a pessoas jurídicas, é expandida para os novos mercados digitais. Como afirma Ascensão: “Daqui resulta que a tendência mais recente é a de procurar abranger os novos problemas através de convenções específicas, sem atingir o corpo das antigas convenções, que se tornaram difíceis de modificar”.²¹⁸

O WPPT garante ainda aos artistas intérpretes ou executantes e aos produtores de fonogramas o direito a uma remuneração única pela utilização direta ou indireta para radiodifusão ou qualquer comunicação ao público de fonogramas distribuídos com finalidade comercial. Porém, às partes contratantes do Tratado é dada a faculdade aplicar de forma limitada, ou simplesmente não adotar, as disposições quebrem a remuneração dos direitos conexos como previstos. Foi o caso dos Estados Unidos que, como explicado anteriormente neste trabalho, protege estas garantias os direitos conexos apenas no caso de transmissões digitais.

O professor Marcos Wachowicz conclui que: “Os documentos internacionais do final do século XX tutelaram a propriedade intelectual conciliando interesses comerciais de

²¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 644.

²¹⁸ Ibidem, p. 643.

um mercado de bens numa economia globalizada sem perceberem a nova realidade da Sociedade da Informação”.²¹⁹ Como resultado:

Os direitos atribuídos aos autores são quanto possível imediatamente estendidos a artistas e a produtores de fonogramas. É uma manifestação clara da tendência, a nível internacional, de equiparar a proteção dos direitos conexos à do direito de autor.

No interior do Tratado, os direitos conferidos aos artistas são imediatamente estendidos (com repetição verbal) aos produtores de fonogramas. É manifestação de outra tendência: a de estender a meros empresários direitos que foram defendidos invocando-se a dignidade da criação intelectual e da prestação pessoal do artista.

Esta extensão encontra um limite: o aspecto pessoal. O Tratado consagra um direito “moral” do artista. Aí, já não é possível fazer a atribuição de direito semelhante ao produtor de fonogramas.²²⁰

Entre 1996, quando os tratados da OMPI foram criados, até 2002, quando entraram em vigor, a internet se transformou. A partir do Napster, em 1999, o *download* de arquivos sem autorização dos titulares de direitos explodiu e as vendas de discos caíram. Concomitantemente, as emissoras de TV e, principalmente, de rádio já existentes passaram a utilizar a internet para fazer retransmitir de forma simultânea seu conteúdo e/ou de novas formas. Surgiram também inúmeros outros canais novos exclusivamente *on-line*, tanto com plataformas próprias ou por de terceiros:

O surgimento do MP3 e da banda larga propiciaram a criação de uma grande diversidade de novas formas de circulação da informação musical, tais como redes P2P (Napster, Audiogalaxy, Soul-Seek, eMule, Kaaza, LimeWire, Nicotine, BitTorrent etc.), blogs (que disponibilizam arquivos através de servidores como Rapidshare, Megaupload, Badongo etc.), redes sociais (MySpace, YouTube, Last.fm, Jango, Orkut, ccMixter etc.), netlabels (Kosmic Free Music Foundation, Five Musicians, Monotonik, Tokyo Dawn Records, Trama Virtual, Eletrocooperativa, Sellaband etc.), portais de comerciais (iTunes, Sonora, Wal-Mart, Megastore etc.), acervos on-line (Internet Archive, Overmundo, Domínio Público etc.), podcasting, rádios on-line, além dos sites e blogs pessoais dos próprios artistas. Todas essas novas formas colocaram em xeque as formas industriais de circulação, controle e distribuição de música.²²¹

O WPPT entrou em vigor em 2002 e a indústria musical insistia em tentar perseguir os sites de compartilhamento de música, sem conseguir criar uma alternativa para a necessidade das pessoas de acessar música por meio digital. Apenas em 2003 surge nos

²¹⁹ WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 194.

²²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 645.

²²¹ STANGL, Andre; PAMPONET FILHO, Reinaldo. O valor da música. In: PERPETUO, Irineu Franco; SILVEIRA, Sergio Amadeu da. **O Futuro da Música depois da Morte do CD**. São Paulo: Momento Editorial, 2009.

Estados Unidos a *iTunes Store*, loja da empresa *Apple*, para venda de arquivos musicais que permite aos consumidores adquirirem músicas avulsas licenciadas pelas grandes gravadoras. No Brasil, o lançamento da plataforma ocorreu apenas em 2011, justamente por problemas para obter licenciamento no país.²²² Neste meio-tempo, o consumo de música já guinava para o *streaming*,²²³ como veremos, e a relação dos novos hábitos com a gestão coletiva ganha novos contornos, já que ao contrário do *download*, o *streaming* pode ser entendido como fato gerador de pagamento às associações de autores.

Um complicado ambiente legal para serviços de música digital é uma restrição aos inovadores em tecnologia da música, que enfrentam altas taxas de licenciamento e custos de transação em uma ponta e na outra a dificuldade em atender consumidores que se habituaram a ter acesso gratuito às obras, com baixa inclinação para pagar pelo consumo. Por outro lado, as restrições também apresentam oportunidades. A empresa que crie inovação no licenciamento em si – uma maneira nova ou melhor de trabalhar no espaço legal da indústria da música, por exemplo – pode ganhar uma vantagem competitiva valiosa. Novos tipos de acordos de licenciamento ou novos termos dentro desses acordos se constroem por meio de direito privado, a partir de contratos e arranjos institucionais particulares e muitas vezes confidenciais até para os próprios autores. Uma inovação de licenciamento pode beneficiar as partes privadas para uma negociação de licenciamento ou pode beneficiar uma entidade regulada, mas isso não garante que a inovação seja

²²² FUSCO, Camila. *iTunes* chega ao Brasil em outubro pelo varejo. **Folha de S. Paulo**. Mercado. São Paulo, 26 mai. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me2605201104.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

²²³ É importante pontuar que os novos tempos são marcados por uma coexistência de formatos e práticas, com um impulsionamento também dos mercados de nicho detalhado na obra “A Cauda Longa”, de Chris Anderson. Assim, as pessoas, ou parte delas, consomem ainda discos de vinil, fitas cassete, CDs e outros formatos físicos. Da mesma forma, o *streaming* não acabou com o *download* e as práticas convivem, muitas vezes até mesmo de forma híbrida dentro da mesma plataforma. Neste sentido: “Num esquema simplificado, o mercado deixou, nesta última década, de consumir músicas no formato de CD (assim como o próprio CD substituiu tecnologias anteriores, como o vinil e a fita cassete) para preferir o *download*; e este, por sua vez, está sendo substituído pelo *streaming*, tecnologia na qual o consumidor não detém em sua posse o arquivo digital, mas obtém acesso ao mesmo de forma continuada mediante acesso por banda larga. O CD se mantém como ferramenta de apoio e divulgação, com uma prensagem marginal em relação aos volumes de venda dos anos 90, e a retomada do vinil desponta como produto para colecionadores e edições de luxo (com preços chegando às centenas de dólares por cópia). O *download* ainda mantém sua posição dominante (especialmente em relação às receitas dos artistas); mas o *streaming* ocupa hoje a posição de “bola da vez”, tanto em relação às margens de crescimento quanto às expectativas da indústria: o consumo de música via *streaming* cresceu 32% entre 2012 e 2013 nos Estados Unidos, enquanto a receita geral de venda de músicas caiu 6,3% neste mesmo mercado” (PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos Comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet)**: Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014. p. 21).

socialmente desejável. As inovações no licenciamento podem reduzir vantagens para o consumidor ou ter outros efeitos indiretos negativos.²²⁴ O caso do *YouTube* ilustra de maneira ímpar as possibilidades de inovações tecnológicas e jurídicas no mercado digital de música.

4.6 *YouTube* e a guinada do *streaming*

Para além dos aspectos jurídicos, é preciso notar a guinada econômica que significa a obrigatoriedade de que as plataformas de *streaming* devam remunerar os titulares direitos autorais por meio da gestão coletiva. A partir daí, as entidades representativas passam a arrecadar justamente sobre a principal fatia do mercado musical sobre a qual não participavam, aquela que paulatinamente substitui os formatos físicos como meio de consumo individual e privado de música. Como explica Morel:

O advento de serviços multimídia para smartphones, tablets e computadores pessoais como Spotify, Netflix, Deezer, Globosat Play, Apple Music, Tidal, YouTube Red, Pandora, Google Play, entre outros, vem modificando a forma como as pessoas consomem música, filmes, séries e programas de TV. O consumidor passou a escolher o que assistir, ou o que ouvir, onde e a que horas, sem a necessidade de se ver refém de uma grade de programação. A transmissão de conteúdo multimídia por meio da Internet popularizou-se mundialmente sob a denominação de *streaming*. Trata-se de uma distribuição feita por pacotes cujas informações são reproduzidas à medida que chegam ao usuário sem a necessidade de armazenamento nos computadores pessoais, não ocupando, portanto, espaço no Disco Rígido (HD).²²⁵

O *YouTube* surgiu em fevereiro de 2005 e foi um marco neste processo. Menos de dois anos depois da criação, em novembro de 2006, já havia sido comprado pela empresa *Google* por US\$ 1,65 bilhão. Ora, na medida em que as pessoas começaram cada vez mais a utilizar o *streaming* como meio de acessar música, a indústria musical buscava novas formas de remuneração para substituir a queda das vendas dos suportes físicos.

²²⁴ DICOLA, Peter C.; TOUVE, David. Licensing in the Shadow of Copyright. **Stanford Technology Law Review**, v. 17, p. 429-430, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2625300>>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 429-430.

²²⁵ MOREL, Leonardo de Moraes. **Impactos das Inovações em Serviços no Mercado Brasileiro de Música**: o caso da tecnologia *streaming*. 2017. Dissertação (Mestrado). Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. p. 11.

Para recuperar a receita da venda de discos, houve uma ofensiva das grandes gravadoras sobre as receitas dos shows e licenciamentos, os chamados contratos 360 graus, em que os artistas passavam a dividir receitas sobre as quais antes tinham exclusividade. Do outro, as companhias tradicionais foram atrás de uma fatia da receita dos novos grupos econômicos que estavam ganhando dinheiro no mercado digital. Os preceitos estabelecidos pelos tratados da OMPI serviam como base jurídica no cenário internacional.

O livro “Como a Música Ficou Grátis”, do jornalista Stephen Witt, tem um título autoexplicativo. Entre outras situações, o autor narra como ocorriam os vazamentos antecipados de lançamentos de grandes artistas, que afetaram de forma agressiva o mercado fonográfico. Um dos personagens principais retratados na obra é o executivo Doug Morris, que trabalha na indústria musical desde os anos 1960 e assumiu o comando do *Universal Music Group* em 1995, aos 57 anos, onde permaneceu até 2011. Em 2007, Morris deu uma entrevista para a revista *Wired*, e seu desconforto para falar sobre novas tecnologias virou motivo de chacota e expôs o anacronismo da indústria musical. Parecia que o modelo de grandes gravadoras, que já passavam por grandes perdas e fizeram fusões para conter a sangria, estava com os dias contados.

Pois Witt conta na obra que, em uma visita ao seu neto adolescente, o grande magnata da música perguntou ao garoto como ele ouvia música. “O neto de Morris explicou que, embora não pirateasse nada – *juro* – também não comprava nenhum álbum nem músicas digitais avulsas. Em vez disso, basicamente assistia vídeos de música no *YouTube* no computador do quarto”. Continua o autor:

Agora, assistindo, àquele vídeo no quarto do neto, Morris observou algo surpreendente. Ao lado do vídeo, em pequenas caixas incorporadas ao site do YouTube, havia uma série de anúncios comerciais. Os anúncios eram horríveis, oferecendo suplementos para perda de peso, refinanciamento de hipotecas etc. Mas sua presença ali indicava que, em algum lugar do Vale do Silício, uma transação econômica era realizada – alguém estava lucrando com o produto que passara anos desenvolvendo. E ele não estava recebendo um tostão.²²⁶

²²⁶ WITT, Stephen. **Como a Música Ficou Grátis**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 210.

Inicialmente, videocliques eram peças promocionais distribuídas gratuitamente para canais de televisão, uma forma de divulgar lançamentos para depois faturar com a venda de discos. Eram uma mais uma peça promocional, como propagandas em revistas, por exemplo.²²⁷ No momento citado acima, Morris percebeu que todo aquele acervo de vídeos que vinha sendo fornecido por anos de forma gratuita, em troca das vendas de discos que eram cada vez menores, tinha ganho um novo valor, independentemente dos álbuns, na medida em que era disponibilizado na rede.

Assim, a *Universal* começou a notificar todos os principais sites que hospedavam cliques para que pagassem 80% dos valores recebidos em publicidade por execução, caso contrário, deveriam retirá-los do ar. Em um primeiro momento, os vídeos com conteúdo da gravadora saíram do ar, o que abrangeu não só os vídeos oficiais, mas qualquer conteúdo audiovisual, mesmo amador (como gravações de festas familiares, por exemplo) que contivessem músicas do catálogo da *Universal*.

Mas o que deixou o público furioso deixou seus artistas em êxtase. Logo os sites de hospedagem de vídeos foram forçados a negociar e passaram a dar uma porcentagem significativa dos lucros obtidos com propaganda à Universal. Com algumas cartas ameaçadoras da sua equipe de advogados. Morris gerara centenas de milhões de dólares do nada. A revolução do mp3 o pegara desprevenido, mas havia lhe ensinado uma lição, e ele estava determinado a não deixar nada parecido acontecer novamente. [...] Além das paradas de sucesso, ele agora começava a prestar atenção na unidade fundamental de troca da internet: o custo por mil impressões, ou “CPM”. A métrica representava o preço que os anunciantes estavam dispostos a pagar por um pacote de mil visualizações da propaganda. O CPM era determinado por leilões eletrônicos e iam de frações de centavo a centenas de dólares. O CPM para vídeos era especialmente bom, em média 30 dólares por unidade.

Sua familiaridade cada vez maior com essa economia atraente foi o que levou Morris a propor um serviço de distribuição de vídeos chamado Vevo. Muitos anos antes, no início da era da MTV, a decisão fora usar os

²²⁷ Com o surgimento da MTV, em 1981, os cliques ganharam outra dimensão, especialmente após o lançamento da música *Thriller*, de Michael Jackson, ocorrido em dezembro de 1983. Em que pese o álbum homônimo já ter sido lançado um ano antes, Michael teve a visão de fazer um curta de terror, de 14 minutos, que custou US\$ 500.000,00, dez vezes mais do que um vídeo de um grande artista costumava custar na época (CELIZIC, Mike. Director: Funds for “Thriller” were tough to raise. **Today**. Pop Culture. 25 Apr. 2008. Disponível em: <<https://www.today.com/popculture/director-funds-thriller-were-tough-raise-wbna24314870>>. Acesso em: 20 ago. 2017).

A partir dali, os cliques passaram a ter um valor em si mesmos. Michael Jackson criou um modelo inédito, já que, com a recusa da gravadora em investir em um clipe caro para um disco que já era um sucesso, conseguiu financiamento com: uma rede de TV ao cabo e, a própria MTV, e depois ainda faturou com a venda de *home-videos*, além do aumento exponencial na venda do disco. Apesar disso, o caso de *Thriller* tinha características intrínsecas e, por mais que a partir dali os cliques tenham ganhado novo *status*, continuaram em sua maioria sendo produzidos no padrão: financiamento da gravadora, lançamento antes ou no início do lançamento de álbuns e fornecimento gratuito para as redes de TV.

vídeos de música como produtos promocionais para impulsionar as vendas dos álbuns. Morris sempre se arrependera dessa decisão e agora via uma chance de revertê-la. Ele passou 2008 e 2009 supervisionando a criação de um depósito centralizado de mais de 45 mil vídeos que abrangia um material produzido ao longo de mais de quarenta anos. Com o nascimento do Vevo, os videoclipes foram readaptados como ativos econômicos em si mesmos, em alguns casos rendendo mais lucros do que os álbuns que deveriam promover.²²⁸

O lançamento da plataforma VEVO (um acrônimo para *video evolution*) em parceria com o próprio *YouTube* e o sistema de remuneração por vídeos que não fossem de responsabilidade das gravadoras, mas que tivesse conteúdo destas, foi um feito inédito. Desde o Napster, que tentou fazer um acordo para manter o funcionamento do programa com algum tipo de remuneração para as gravadoras, estas sempre se negaram a aceitar qualquer forma de perda no controle na distribuição de suas obras. Mais do que apenas financeira, era uma disputa de poder. O acordo promovido por Morris demonstrou uma nova forma de ver os negócios digitais por parte da tradicional indústria musical. Antes tarde do que nunca.

Hoje em dia, dentre os 50 canais com mais inscritos no *YouTube*, um é o da própria VEVO e outros 12 são os específicos de artistas da plataforma. O Canal *JustinBieberVEVO*, por exemplo, tem 33 milhões de inscritos e é o segundo maior entre todos do *YouTube*. O *Warner Music Group* tem dentre seus artistas quatro canais na lista e só passou a integrar o VEVO junto à *Universal* e à *Sony Music Entertainment* em agosto de 2016,²²⁹ de forma a reunir as três maiores multinacionais da indústria fonográfica. O Brasil entra na lista com quatro canais,²³⁰ sendo um específico de música, o *Kondzilla*, que se autodefine como “a maior produtora de conteúdo audiovisual de música eletrônica de periferia do Brasil. Especializado em videoclipes com audiência de 750 milhões de visualizações por mês”.²³¹

²²⁸ WITT, Stephen. **Como a Música Ficou Grátis**. Rio de Janeiro: Intrínseca. p. 210.

²²⁹ WARNER MUSIC GROUP. Vevo and Warner Music Group Announce Partnership - Premium videos from Warner Music Group artists soon to be available on Vevo-owned properties. **News**. New York, 2 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.wmg.com/news/vevo-and-warner-music-group-announce-partnership-21561>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

²³⁰ WIKIPEDIA. **List of most-subscribed YouTube channels**. 2017. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_most-subscribed_YouTube_channels>. Acesso em: 20 ago. 2017.

²³¹ YOUTUBE. **Canal da Kondilla Filmes, a maior produtora de conteúdo audiovisual de música eletrônica de periferia do Brasil**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/user/CanalKondZilla/about>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Os organismos de gestão coletiva seguiram o exemplo das grandes gravadoras e também miraram os novos modelos de negócio. Assim como o enquadramento como execução pública já era algo sedimentado para transmissões por TV e rádio, buscou-se fazer o mesmo com os novos formatos digitais. No Brasil, a ausência de implementação do chamado “*making available*” deu margem para muito debate sobre o assunto.

A legislação prescreve que a execução pública se caracteriza pela utilização de obras musicais em locais de frequência coletiva, o que parece afastar, a aplicação para fins domésticos. Ocorre que a definição legal de “locais de frequência coletiva” é exemplificativa e, depois de listar locais acessíveis ao público (como bares, teatros, teatros e outros), o legislador conclui incluindo “onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas”.²³² Não parece que esta abertura seja capaz de revogar a própria semântica do termo frequência coletiva, mas as partes interessadas buscam aproveitar-se dessa “brecha”. O *YouTube* passa a ter uma versão brasileira em 2007 e em 2008 foi firmado um primeiro acordo confidencial com o ECAD:

As negociações vinham desde 2008, quando ECAD e YouTube firmaram uma carta de compromisso para estabelecer um regime de cobrança (Ata 350, 18/11/2008). Em 2009, acertou-se que o YouTube destinaria 2,5% do seu faturamento para pagamento dos direitos de execução pública, sempre garantindo, no entanto, um valor mínimo de 150 mil dólares ao ano (Ata 360, 17/09/2009). A distribuição, decidiu-se posteriormente, dar-se-ia de acordo com a quantidade de visualizações dos vídeos, estabelecido, a partir dessa proporção, o corte no valor de R\$ 1. Ou seja, quem menos recebesse, receberia R\$ 1 real, e quem teve um número de visualizações abaixo dessa pessoa não receberia nada (Assembleia Geral do ECAD, Ata 382, 30 de março de 2011).

Na Assembleia Geral do ECAD de janeiro de 2013, a Gerência de arrecadação menciona a intenção de renovar a carta de intenções firmada com o YouTube em 2008. Mas, em maio daquele ano, a plataforma passou a registrar uma resistência na renovação: os representantes jurídicos do YouTube estariam apresentando um novo entendimento

²³² Lei nº 9.610/1998: “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. [...]”

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a 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.

§ 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”.

sobre em quais circunstâncias incidiria o direito de execução pública musical (Ata 411, 15/05/2013), ou seja, entendendo que não caberia ao ECAD a arrecadação pelas atividades do YouTube. Esse entendimento pode ter sido corroborado pelas decisões mencionadas, que, a partir de 2012, começaram a convergir no sentido de afastar do ECAD a cobrança por serviços interativos na Internet.²³³

A situação só passou a ser divulgada na imprensa em 2011. Em entrevista ao caderno Link, do jornal “O Estado de S. Paulo” sobre o acordo, o gerente de arrecadação do ECAD, Mario Sergio Campos, responde que o caso não se trataria de execução pública:

Por que a internet é enquadrada como ‘execução pública’?
Sua pergunta é uma oportunidade de esclarecer. **Não é execução pública. Quando o YouTube coloca à disposição de qualquer pessoa acessar vídeos, isso não se configura execução pública.** A lei de direito autoral hoje prevê a execução bem como a transmissão e a retransmissão. É a mesma coisa que a rádio. Quem paga é a rádio, o YouTube, e não o usuário. A gente não cobra das pessoas que acessam o YouTube em casa, mas do YouTube que hospeda vídeos e tem uma forma de monetização por conta do acesso²³⁴ (grifo nosso).

Na mesma entrevista, o gerente afirma ainda que os artistas que seriam mais bem remunerados em razão do acordo eram o canadense Justin Bieber, a barbadiana Rihanna e a estado-unidense Lady Gaga, sem menções a artistas brasileiros. Para as empresas que atuam no mercado digital e buscam ter licenciamento de direitos autorais, como o próprio *Google*, detentor do *YouTube*, ou a *Apple*, com sua *iTunes Store*, os custos de transação e os riscos de negociar com titulares pulverizados são muito altos. Buscam, assim, as chamadas “one stop shops”:

Para racionalizar a questão da gestão segmentada por gênero de obra ou modalidade de utilização frente aos usuários que necessitam de várias licenças, a solução que mais se recomenda, quando necessária, é a da promoção de coalizões do tipo guichê único ou “ventanillas unicas”, ou ainda “one stop shops”, que trazem benefícios para todas as partes envolvidas.²³⁵

Assim, entidades como o ECAD são importantes para centralizar negociações. Ocorre que, na medida em que tradicionalmente o Escritório arrecada apenas em razão de execução pública, é preciso negociar outros direitos, como o de reprodução, os quais

²³³ VALENTE, Mariana Giorgetti. A História do Sistema Brasileiro de Gestão Coletiva. In: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti. **Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 319.

²³⁴ DIAS, Tatiana de Mello. O YouTube e o Ecad. **O Estado de S. Paulo**. Link. São Paulo, 12 abr. 2011. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/geral,o-youtube-e-o-ecad,10000039804>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

²³⁵ ALMENDRA, Vanisa Santiago Gayoso e. **Estudos Técnicos sobre a Gestão Coletiva de Direitos Autorais**. Brasília: Unesco, 2014.

sairiam do escopo. Em 5 de maio de 2010, é criada a União Brasileira de Editoras de Música (UBEM), que passa a atuar neste sentido. Em 15 de agosto de 2012, a Ata da 401ª reunião da Assembleia Geral do ECAD registra um acordo entre as entidades:

3.3) UBC – Cobrança de direitos de execução pública em serviços de Internet ou outros meios, com características de interatividade (cópias temporárias que permitem acesso offline/escolha de repertório/ acesso individualizado pelo usuário, etc.) – Aprovada a proposta apresentada pela UBC, que traduz a decisão dos editores-UBEM. **Doravante, todos os portais que tenham música e que nas quais haja qualquer tipo de interatividade, serão cobrados apenas pela UBEM, que identificará no contrato que 75% dos valores pagos caberão para o pagamento dos direitos de reprodução (UBEM) e 25% para os direitos de execução pública (ECAD).** ECAD e UBEM deverão fazer uma reunião de trabalho para acertarem os procedimentos operacionais. Os portais serão obrigados por contrato a remeterem as informações necessárias à distribuição. Haverá redução no percentual societário do Ecad pelo fato de não haver participação nem de arrecadação nem de jurídico no procedimento de cobrança. O Sr. Marcio Fernandes, a Sra Clarisse Escorel e a Sra Superintendente vão se reunir para levantarem as questões operacionais de cobrança a serem discutidas com a UBEM. A Sra Superintendente Executiva, posteriormente, fará reunião com os Srs. Mario Sergio e José Pires para definir as informações e seus formatos necessários para os procedimentos de distribuição (grifo nosso).

Neste documento oficial, fica reconhecido pelo ECAD que, nas circunstâncias em que há interatividade, ficaria descaracterizada a execução pública. Assim, em casos como o do *YouTube*, o ECAD teria direito apenas a transmissões ao vivo e outras situações similares, cabendo a maior parcela da arrecadação à UBEM. Ao passo que é compreensível a negociação entre os agentes de mercado e entidades representativas, é bastante controversa a legitimidade da UBEM para negociar em nome de todos os autores.

Enquanto o ECAD tem seu monopólio previsto na legislação, que desde 2013 também traz normas de controle sobre o órgão, e é representativo dos autores, que se vinculam diretamente às associações, a UBEM é uma reunião apenas de editoras, em que os autores são representados de forma indireta. Além disso, a entidade prevê pagamentos de mensalidades e tem outras medidas que afastam editoras menores e, principalmente, inviabiliza a participação de autores independentes. Assim, toda uma gama de autores fica alijada das negociações e da remuneração decorrente justamente da maior parcela dos pagamentos.

Além de tudo isso, a centralização da negociação, que em tese diminuiria custos de transação, na verdade dificultou a continuidade dos acordos com o *YouTube* no Brasil. Depois de uma longa negociação para modificar as regras dos acordos e ameaças da

UBEM e do ECAD para a retirada de seus repertórios da plataforma, o *Google* acabou por ajuizar uma ação judicial contra as duas entidades em 2015. O ponto central da controvérsia diz respeito à forma de identificação dos repertórios. Extrai-se da petição inicial:

É que os demandados, a despeito de seu dever legal de transparência e da natureza pública das informações pertinentes à titularidade dos direitos autorais, insistem em impor ao Google um modelo obscuro de cobrança. Um modelo em que o Google não pode saber, de antemão, quais das obras reproduzidas por usuários no YouTube são de titularidade de associados dos réus, tendo que esperar o final de cada trimestre para, só então, depois de realizadas as reproduções nesse período, saber quais obras estão devidamente licenciadas. Assim, ao invés de poder identificar desde logo se os vídeos postados por usuários reproduzem obras musicais para os quais o Google já tem licença – e, com isso, contratar a inserção de publicidade nos referidos vídeos – o Google estaria obrigado a atuar no escuro.²³⁶

A celeuma se deu sobre o intercâmbio de informações entre as partes, de maneira a permitir a identificação do repertório de titularidade do ECAD e da UBEM de forma antecipada, de maneira que o *YouTube* tivesse meios de gerar publicidade a partir dos vídeos de forma imediata a entrada no ar de cada um. O *Google* apontou a particularidade do *YouTube*, plataforma em que qualquer pessoa pode fazer *upload* de conteúdo de terceiros, ao contrário de outras em que os próprios titulares autorizam a inclusão, por meio de licenciamento direto.

Assim, os objetivos com a ação eram, conforme a inicial: “(i) impedir que os vídeos hospedados no *YouTube* sejam removidos do site por iniciativa dos demandados, assim como (ii) viabilizar o licenciamento de direitos autorais arbitrária e ilegalmente recusado pelos réus”. Alega ainda que as partes firmaram Carta de Intenções que vigorou até 15 de dezembro de 2012, momento no qual começaram as novas negociações, que foram interrompidas em razão da recusa das entidades em fornecer informações prévias ao *Google*.

Os pedidos antecipatórios do *Google* foram aceitos, com o pagamento de valores em juízo e a proibição de que a UBEM e o ECAD tomassem medidas para retirar seus repertórios da plataforma. Em 22 de novembro de 2016, foi publicada a decisão de primeiro grau, favorável ao *Google* ao determinar:

²³⁶ Processo nº 0116365-13.2015.8.19.0001. TJ/RJ - 03/01/2018 05:19:33 - Primeira instância - Distribuído em 31/03/2015. Comarca da Capital. 7ª Vara Empresarial.

- a) FIXAR os percentuais relativos aos direitos autorais devidos pelo Autor aos Réus na seguinte proporção: (i) em favor da UBEM: 3,775% (três inteiros e setecentos e setenta e cinco centésimos por cento) sobre as receitas de anúncios servidos em relação às obras executadas no serviço de streaming no site YouTube; (ii) em favor do ECAD: 1,075% (um inteiro e setenta e cinco centésimos por cento) sobre as receitas de anúncios em relação às obras executadas em execução pública, qual seja, em livestreaming no sítio eletrônico do YouTube;
- b) CONDENAR os Réus a FORNECER ao Autor as obras que compõem os seus acervos, enviando-lhe a informação em formato eletrônico usual de mercado, a cada três meses e até o 5o dia útil de cada trimestre. Com estes dados, deverá o Autor efetuar o cruzamento de informações até o 10o dia útil de cada trimestre, pagando, então, os percentuais acima fixados (alínea a, supra) sobre as receitas de anúncios servidos em relação às obras executadas no quer serviço de streaming quer no serviço livestreaming.

Fica reconhecido que o direito de execução pública se aplica apenas nas transmissões ao vivo e que as entidades têm a obrigação de entregar seus repertórios ao Google, de forma a permitir a identificação das obras. Houve apelação e o caso ainda será julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A celeuma sobre verificação de repertórios e conteúdo não é um caso isolado na disputa entre *Google*, UBEM e ECAD.

Relatório do *Copyright Office* (Escritório de Direitos Autorais) dos Estados Unidos aponta que partes interessadas sugeriram que o governo poderia assumir a tarefa de criar e manter um banco de dados abrangente, incluindo um sistema de identificação padrão. Porém, o documento conclui que não seria adequado o governo começar um trabalho do zero, especialmente porque o universo relevante de dados musicais compreende dezenas de milhões de obras musicais, gravações de som e informações sobre estas. Para além de aspectos legais ou regulatórios, há uma inviabilidade técnica. O papel do governo seria estabelecer incentivos para os atores privados coordenarem seus esforços com vistas a uma base de dados publicamente acessível e autorizada:

Mas, apesar desses esforços, até agora, nenhuma solução abrangente para a questão dos dados emergiu. Em parte, isso parece ser um problema de coordenação de atores privados, muitos dos quais investiram, e compreensivelmente confiam, em seus próprios sistemas de dados e não desejam diminuir o valor desses ativos importantes.²³⁷

²³⁷ “But despite these efforts, so far, no comprehensive solution to the data issue has emerged. In part, this appears to be a problem of coordinating private actors, many of whom are invested in, and understandably rely upon, their own data systems and do not wish to undermine these important assets” (UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. **Copyright and the Music Marketplace a report of the register of copyrights**. Washington, february 2015. Second printing (May 2016, p. 184. Disponível em: <<https://copyright.gov/docs/musiclicensingstudy/copyright-and-the-music-marketplace.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017).

O que se percebe na prática é que os bancos de dados e repertórios organizados têm um valor em si mesmos e há um forte receio das associações de direitos autorais em abrir estes dados não só publicamente, mas mesmo por meios de acordos privados, como ficou demonstrado no caso do *YouTube*. Para além de aspectos de proteção do que se entende ser um ativo, o temor em facilitar a transparência das informações abre margem também para se cogitar que as bases não sejam de fato confiáveis e que uma abertura poderia criar desconfianças sobre o sistema como um todo. Uma das inovações da Lei nº 12.853/2013 foi justamente ampliar a transparência do sistema em relação ao cadastro de obras, que são entendidas como de interesse público, cujo acesso deve ser facultado a qualquer interessado de forma gratuita por meio eletrônico.²³⁸

Nos Estados Unidos, com o *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), foi estabelecido o regime de *safe harbor* (porto seguro), similar ao regime estabelecido da diretiva da UE sobre o comércio eletrônico. Fica estabelecido que os intermediários (provedores de conteúdo como o próprio *YouTube*, por exemplo) não são obrigados a tomar quaisquer medidas ativas para filtrar conteúdos que infrinjam direitos autorais ou monitorar seus sistemas para desativar o acesso a esses materiais, desde que estabeleçam políticas para retirar os conteúdos após aviso de infração, entre outras.

Nos últimos anos, no entanto, os provedores de conteúdo *on-line* enfrentaram uma crescente pressão para empreender uma abordagem mais pró-ativa e houve uma pressão dos titulares de direitos para que fossem tomadas medidas para prevenir ou reduzir infrações de direitos autorais. Assim, houve um movimento para criação de estratégias

²³⁸ "Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 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 o exercício da atividade de cobrança desses direitos. [...]"

§ 6º As associações deverão manter um cadastro centralizado de todos os contratos, declarações ou documentos de qualquer natureza que comprovem a autoria e a titularidade das obras e dos fonogramas, bem como as participações individuais em cada obra e em cada fonograma, prevenindo o falseamento de dados e fraudes e promovendo a desambiguação de títulos similares de obras.

§ 7º As informações mencionadas no § 6º são de interesse público e o acesso a elas deverá ser disponibilizado por meio eletrônico a qualquer interessado, de forma gratuita, permitindo-se ainda ao Ministério da Cultura o acesso contínuo e integral a tais informações.

§ 8º Mediante comunicação do interessado e preservada a ampla defesa e o direito ao contraditório, o Ministério da Cultura poderá, no caso de inconsistência nas informações mencionadas no § 6º deste artigo, determinar sua retificação e demais medidas necessárias à sua regularização, conforme disposto em regulamento.

§ 9º As associações deverão disponibilizar sistema de informação para comunicação periódica, pelo usuário, da totalidade das obras e fonogramas utilizados, bem como para acompanhamento, pelos titulares de direitos, dos valores arrecadados e distribuídos".

mais restritivas do que as previstas na legislação, como a aplicação de filtros ou a implementação de políticas de como a Resposta Graduada (ou “*three strikes*”, em que na terceira alegação de violação de direitos autorais há a suspensão de uma conta de usuário, por exemplo).²³⁹

Em junho de 2007, menos de um ano após a aquisição pelo *Google*, o *YouTube* começa os testes de um sistema de identificação de conteúdo. O chamado *Content ID* funciona a partir do armazenamento de uma base de dados de conteúdo de áudio ou vídeo protegido por direitos autorais. Quando um vídeo é enviado ao *YouTube* por qualquer pessoa, o sistema busca em seu banco de dados por aquele conteúdo. Uma vez encontrada uma correspondência, o sistema aplica automaticamente a política definida pelo titular do direito, dentre as seguintes opções: bloquear o conteúdo, gerar receita ou simplesmente usar as estatísticas geradas pelo sistema em relação ao uso do vídeo.²⁴⁰

Pela sistemática adotada pelo *YouTube*, o acesso prévio às obras protegidas pelos titulares de direitos e também a opção destes em relação a como lidar com as obras tornam-se primordiais. Na medida em que o processo de identificação é feito antes dos vídeos serem disponibilizados ao público, é possível fazer o bloqueio prévio ou monetizar o conteúdo de forma imediata, a depender da escolha dos titulares.

Mais recentemente, o *YouTube*, que tradicionalmente tinha sua receita proveniente de publicidade, passou a criar um modelo de assinatura, similar ao do *Spotify*, em que o uso gratuito é condicionado ao acesso de propagandas, o que não ocorre mediante o pagamento de uma quantia mensal. O serviço foi inicialmente lançado em novembro de 2014 como *Music Key* e oferecia apenas conteúdo musical.²⁴¹

²³⁹ ELKIN-KOREN, Niva. After twenty years: revisiting copyright liability of online intermediaries. In: FRANKEL, Susy; GERVAIS, Daniel. **The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age**. v. 29, Feb. 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2483877>. Acesso em: 20 ago. 2017.

²⁴⁰ YOUTUBE. **YouTube Content ID**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9g2U12SsRns>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

²⁴¹ TREW, James. YouTube unveils Music Key subscription service, here's what you need to know. **Engadget**. 11 Dec. 2014. Disponível em: <<https://www.engadget.com/2014/11/12/youtube-launches-music-key/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

O serviço foi relançado como *YouTube Red* em 31 de outubro de 2015 e expandiu seu escopo para oferecer acesso sem anúncios a todos os vídeos do *YouTube*, além de conteúdos exclusivos. O serviço funciona em conjunto com o *Google Play Music*, portanto, basta assinar um dos serviços para ter acesso automaticamente a outro, pagando uma única mensalidade. Por enquanto só está disponível na Austrália, na Coreia do Sul, nos Estados Unidos, no México e na Nova Zelândia.²⁴² Com o selo do *Google*, entra no mercado para disputar o domínio de serviços como *Netflix* e *Hulu*.

4.7 Tribunais brasileiros e o *streaming*

O *Myspace* é um serviço de *streaming* musical que teve grande destaque nos anos 2000, chegando a ser vendido para o grupo Fox por US\$ 580 milhões em 2005. Pois o ECAD ajuizou ação em que requereu a concessão de tutela inibitória para imediata suspensão da execução das obras musicais, além da condenação ao pagamento de parcelas mensais, inclusive vincendas, desde o início das atividades do serviço, à razão de 7,5% das receitas de publicidade do portal.

O TJ-RJ entende que, embora o acervo musical esteja disponibilizado ao acesso público, uma vez selecionado pelo usuário o conteúdo que deseja ouvir, inicia-se uma transmissão individual e dedicada, cuja execução da obra musical será restrita apenas à localidade daquele usuário. Assim, trataria-se de “distribuição individualizada de fonograma e não uma execução pública musical”. Sobre a argumentação do ECAD acerca de entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia no sentido de que a “comunicação ao público”, ela se refere a um número indeterminado de destinatários potenciais (TJe nº 689/5). O Acórdão manifesta que não há necessidade de aplicação de legislação alienígena quando a brasileira é suficiente, ademais: “Em primeiro lugar, destaca-se que a execução pública, topograficamente, está localizada no capítulo da Lei que trata da comunicação ao público. Diante disso, não se tratam do mesmo instituto, na medida em que aquela é uma das modalidades desta”. Continua:

²⁴² YOUTUBE. **YouTube Red**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/red>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

O ECAD (1º apelante) defende a exigência de autorização e o cabimento da contribuição, pois ao “rol exemplificativo de ‘execução pública’ e ‘local de frequência coletiva’ (art. 68, § 2º e § 3º) os legisladores equipararam aos estabelecimentos físicos elencados **quaisquer outros ‘onde quer que se representem, executem ou transmitam** obras literárias, artísticas ou científicas” (sic – TJe 685/4, grifos do relator).

No entanto, não é correta essa interpretação. Deve-se aplicar aqui a hermenêutica jurídica, a fim de se atingir o conceito técnico que o legislador quis dar à norma.[...]

No caso em julgamento, verifica-se que o §3º do art. 68 da LDA exemplifica como locais de frequência coletiva lugares onde comportem e se evidenciam grupos de pessoas. Diante disso, não é correto desassociar a expressão “onde quer que” prevista no final daquele parágrafo de todo o contexto anterior. [...]

Portanto, o suporte fático da norma exige que muitas pessoas compareçam reiteradamente no mesmo local.

Daí a impossibilidade de se interpretar a execução pública prevista na Lei dos Direitos Autorais à simples concepção de “um número indeterminado de pessoas”, na medida em que o legislador não visou à indeterminação, e sim à **coletividade**.

Diante disso, conclui-se que não cabe ao ECAD fiscalizar e cobrar os direitos autorais pretendidos nesta demanda, uma vez que eles decorrem da **distribuição individualizada** de fonograma. Tal atuação caberá, apenas, aos artistas ou gravadoras.²⁴³

Em 4 de maio de 2016, o tema ganha novos contornos no Brasil com a publicação da Instrução Normativa nº 2/2016 do MinC, que estabelece procedimentos complementares para a habilitação para a atividade de cobrança, por associações de gestão coletiva de direitos de autor e direitos conexos, na internet. A IN já foi referida neste trabalho no tópico sobre liberdade de associação, sendo tratada neste momento de forma breve. Fica definido:

Art. 1º Esta Instrução Normativa estabelece procedimentos complementares para a habilitação para a atividade de cobrança, por associações de gestão coletiva de direitos de autor e direitos conexos, na internet, conforme definido no inciso I do caput do art. 5º da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. [nota do autor: trata-se do Marco Civil da Internet]

Parágrafo único. A atividade de cobrança a que se refere o caput é aquela realizada pelas associações de gestão coletiva sobre as **atividades comerciais, com intuito de lucro, de provedores de aplicações de internet, na acepção do inciso VII do art. 5º da Lei no 12.956, de 23 de abril de 2014, que envolva a exploração, em território nacional, de**

²⁴³TRIBUNAL DE JUSTIÇA DÉCIMA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL N.º 0386089-33.2009.8.19.0001. Apelantes: 1. ESCRITORIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD. 2. FOX INTERACTIVE MEDIA BRASIL INTERNET LTDA. - MY SPACE COM. Apelados: OS MESMOS. Relator: Desembargador BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO (18.672). Rio de Janeiro, 04 de fevereiro de 2015.

conteúdo sobre o qual incidam direitos de autor ou conexos.

Art. 2º A cobrança sobre a utilização de obras, interpretações ou execuções e fonogramas na internet pode ser feita:

- I – pelos próprios titulares de direitos autorais, que poderão praticar pessoalmente os atos referentes à atividade de cobrança na internet;
- II - por meio de gestão coletiva, nos termos desta Instrução Normativa (grifo nosso).

A expressão “atividades comerciais com intuito de lucro que envolvam a exploração de conteúdo sobre o qual incidam direitos de autor ou conexos” se refere a basicamente todo o mercado digital. A opção do MinC foi a de não entrar no debate sobre o que é “execução pública”, mas simplesmente estender o direito de arrecadação às associações de gestão coletiva também para todas as possibilidades de utilização de obras autorais (nomeadamente reprodução, distribuição e comunicação ao público em geral).

De certa forma, por meio de uma instrução normativa, o Brasil institui o “*making available*” sem o devido processo legislativo para aprovação de uma lei sobre o assunto ou assinatura do tratado da OMPI. Ao contrário dos Estados Unidos, em que surgiu uma entidade específica para o âmbito digital, aqui este novo universo fica sob controle do tradicional ECAD no que tange ao mercado musical.

Pela importância e atualidade do tema, um novo importante capítulo veio rapidamente. Em fevereiro de 2017, o STJ julgou um caso que discutia se era devido o pagamento ao ECAD em razão da retransmissão *on-line* da rádio OI nas denominadas modalidades de *streaming*: *simulcasting* (mera retransmissão simultânea da programação da rádio FM) e *webcasting* (com possibilidade de interatividade pelo público). A decisão relatou as especificidades geradas pela possibilidade de interação:

[...] no streaming interativo, o fluxo de informação depende da ação do usuário, que determina o tempo, o modo e o conteúdo a ser transmitido. No caso de músicas, por exemplo, o usuário tem à sua disposição uma grande base de dados de obras musicais e pode escolher quais gostaria de ouvir, a ordem e o momento, montando listas de reprodução próprias,

sem a vinculação a uma programação predeterminada pelo provedor do conteúdo, como ocorre normalmente nas transmissões radiofônicas.²⁴⁴

Entretanto, a interpretação de certa forma “simplificou” o cenário, ao entender que havia execução pública em ambos os casos, assim como que para um local ser considerado como de frequência coletiva é irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de exibição musical, basta as músicas estarem à disposição de uma coletividade frequentadora do “ambiente digital”:

²⁴⁴ “RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. INTERNET. DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. TECNOLOGIA STREAMING. *SIMULCASTING E WEBCASTING*. EXECUÇÃO PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ECAD. POSSIBILIDADE. *SIMULCASTING*. MEIO AUTÔNOMO DE UTILIZAÇÃO DE OBRAS INTELECTUAIS. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. NOVO FATO GERADOR. TABELA DE PREÇOS. FIXAÇÃO PELO ECAD. VALIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia a saber: (i) se é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades *webcasting e simulcasting* (tecnologia *streaming*); (ii) se tais transmissões configuram execução pública de obras musicais apta a gerar pagamento ao ECAD e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia streaming constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais.

2. Streaming é a tecnologia que permite a transmissão de dados e informações, utilizando a rede de computadores, de modo contínuo. Esse mecanismo é caracterizado pelo envio de dados por meio de pacotes, sem a necessidade de que o usuário realize download dos arquivos a serem executados.

3. O streaming é gênero que se subdivide em várias espécies, dentre as quais estão o *simulcasting e o webcasting*. Enquanto na primeira espécie há transmissão simultânea de determinado conteúdo por meio de canais de comunicação diferentes, na segunda, o conteúdo oferecido pelo provedor é transmitido pela internet, existindo a possibilidade ou não de intervenção do usuário na ordem de execução.

4. À luz do art. 29, incisos VII, VIII, "i", IX e X, da Lei nº 9.610/1998, verifica-se que a tecnologia streaming enquadra-se nos requisitos de incidência normativa, configurando-se, portanto, modalidade de exploração econômica das obras musicais a demandar autorização prévia e expressa pelos titulares de direito.

5. De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o streaming é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e que a internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública.

6. Depreende-se da Lei nº 9.610/1998 que é irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de execução musical para a configuração de um local como de frequência coletiva. Relevante, assim, é a colocação das obras ao alcance de uma coletividade frequentadora do ambiente digital, que poderá, a qualquer momento, acessar o acervo ali disponibilizado. Logo, o que caracteriza a execução pública de obra musical pela internet é a sua disponibilização decorrente da transmissão em si considerada, tendo em vista o potencial alcance de número indeterminado de pessoas.

7. O ordenamento jurídico pátrio consagrou o reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público, no qual a simples disponibilização da obra já qualifica o seu uso como uma execução pública, abrangendo, portanto, a transmissão digital interativa (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) ou qualquer outra forma de transmissão imaterial a ensejar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

8. O critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral previsto no art. 31 da Lei nº 9.610/1998 está relacionado à modalidade de utilização e não ao conteúdo em si considerado. Assim, no caso do *simulcasting*, a despeito do conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tonando exigível novo consentimento para utilização e criando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

9. Está no âmbito de atuação do ECAD a fixação de critérios para a cobrança dos direitos autorais, que serão definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado em Assembleia Geral, composta pelos representantes das associações que o integram, e que contém uma tabela especificada de preços. Inteligência do art. 98 da Lei nº 9.610/1998.

10. Recurso especial provido”.

Além disso, é de fácil percepção que tanto o conceito de comunicação ao público (art. 5º, V, da Lei nº 9.610/1998) - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento -, quanto o de execução pública (art. 68, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.610/1998) são de tal modo abrangentes que conduzem à conclusão de que a noção de local de frequência coletiva compreende os espaços físico e digital, incluindo-se neste último as plataformas digitais, notadamente um ambiente que alcança número indeterminado e irrestrito de usuários, existentes não mais em um único lugar ou país, mas em todo planeta, o que eleva exponencialmente a capacidade de exploração econômica das obras.

Da mesma forma, não é possível extrair do texto legal que os critérios da interatividade – situação na qual o usuário seleciona as obras autorais que deseja acessar em local e momento que melhor lhe aprouver –, da simultaneidade na recepção do conteúdo e da pluralidade de pessoas são parâmetros para definir uma execução como pública.

É interessante observar como os já mencionados tratados da OMPI acabaram por influenciar expressamente a decisão, mesmo que não endossados pelo Brasil. O ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva afirmou:

Embora o Brasil não seja signatário do Tratado da OMPI, é incontestável que a Lei nº 9.610/1998 incorporou alguns direitos ali referidos, contemplando dispositivos que atendem às demandas originadas pelos novos meios de comunicação, absorvendo inclusive o direito de colocar à disposição do público, previsto no já transcrito inciso VII do art. 29 da Lei de Direitos Autorais, que pode ser nitidamente relacionado à transmissão via streaming interativo.

Não só isso, a decisão ainda menciona a Diretiva nº 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do seu Conselho. A partir daí conclui que:

Dessa forma, a despeito da complexa arquitetura dos atos de transmissão digital, em que os contornos e limites entre as modalidades básicas de utilização das obras intelectuais – direito de reprodução, direito de distribuição e o próprio direito de comunicação ao público – são tênues, **o direito de colocar à disposição do público** (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) **é um ato de execução pública englobado pela modalidade de direito de comunicação ao público** (art. 5º, V, da Lei nº 9.610/1998).

Para além da interpretação de que o Brasil já tem em sua legislação um direito de “*making available*” ou de colocar à disposição do público (art. 29, VII, da Lei nº

9.610/1998), chama a atenção a conclusão de que este seria um ato de execução pública,²⁴⁵ o que não parece atender a sistemática da Lei nº 9.610/1998, que organiza os direitos de forma separada e independente, até porque, logo antes do artigo 5º que os define, o artigo 4º tem como princípio que “interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais”. Assim, o autor pode licenciar de forma diversa os múltiplos direitos relativos às obras, como consta no artigo 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”.

Neste sentido, curiosamente, o STJ também vai de encontro à própria IN nº 2/2016 do MinC, visto que esta justamente separa os direitos de reprodução, distribuição e

²⁴⁵ Lei nº 9.610/1998: “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

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

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

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

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário”

comunicação ao público²⁴⁶ e prevê:

§ 3º A associação poderá cobrar apenas pelas modalidades de utilização para as quais esteja habilitada e sobre o repertório que represente, mesmo nos casos em que determinada aplicação de internet dependa de mais de uma modalidade de utilização para a sua plena funcionalidade.

A decisão utiliza a Instrução Normativa como base de seus fundamentos, mas, ao tratar apenas do trecho sobre comunicação ao público acerca da execução pública, deliberadamente ignora as outras possibilidades previstas no próprio instrumento.

Ora, entender que há proteção de direitos autorais na disponibilização de obras pela internet não significa deduzir que se trata de execução pública, com consequente gestão coletiva, especialmente na medida em que em esta é administrada por um monopólio legal e de forma praticamente compulsória, como já tratado no capítulo sobre liberdade de associação. Ademais, a IN utilizada como referência trata como execução pública “transmissão que não resulte na obtenção de cópia da obra ou fonograma pelo consumidor nem qualquer forma de transferência de posse ou propriedade”.

Aplicativos como *Netflix* e *Spotify*, só para citar dois que estão entre os mais famosos serviços de *streaming*, permitem a transferência de arquivos de modo que o consumidor possa acessá-los *off-line*, ou seja, sem que se esteja com acesso à internet. Em tese, tal ato poderia ser considerado a transferência da posse das obras, na medida em que

²⁴⁶ “Art. 3º O requerimento de habilitação das associações de gestão coletiva, para fins da cobrança de que trata o art. 2º, deverá cumprir o exigido no § 4º do art. 2º da IN/MinC nº 3, de 7 de julho de 2015, e apresentar a relação de titulares de direitos de autor que optarem por praticar pessoalmente o ato de cobrança, quando a atividade de cobrança se estender também aos provedores de aplicação de internet, nas seguintes modalidades de utilização:

I – a reprodução, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos, em qualquer dispositivo ou suporte, observado o disposto no inciso VI do caput do art. 5º, no inciso IX do caput do art. 29 e no § 1º do art. 30 da Lei nº 9.610, de 1998;

II – a distribuição prevista no inciso VII do caput do art. 29 da Lei nº 9.610, de 1998, realizada mediante venda, locação ou qualquer forma de transferência de propriedade ou posse; ou

III – a comunicação ao público, por qualquer uma das modalidades previstas nas alíneas “a”, “g” e “j” do inciso VIII do caput do art. 29 da Lei nº 9.610, de 1998, conforme a categoria da obra, ou o direito de execução pública previsto na alínea “i” do inciso VIII do caput do art. 29 e no § 2º do art. 68 da Lei nº 9.610, de 1998, para as utilizações de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, por meio de transmissão que não resulte na obtenção de cópia da obra ou fonograma pelo consumidor nem qualquer forma de transferência de posse ou propriedade.

§ 1º Na hipótese do inciso III do caput, quando a utilização pelo provedor de aplicações de internet também oferecer a possibilidade de obtenção de cópia de obra, permanente ou temporária, com transferência de sua posse ou propriedade para o consumidor, poderão ser cobradas adicionalmente do provedor as modalidades dos incisos I e II do caput.

§ 2º A associação deverá informar os termos e condições em que se dá a gestão individual do titular de direito de autor e a sua extensão, indicando se é aplicável a todos os provedores de aplicações de internet que utilizam as obras nas modalidades de utilização descritas nos incisos I a III do caput ou se a incidência quanto a alguns usuários é feita por meio de gestão coletiva”.

tais mecanismos permitem armazenamento em definitivo das obras. Extrai-se ainda do voto do relator:

Na Nota Técnica nº 26 DDI/SE/MinC, colacionada aos autos (fls. 927-961 e-STJ), em que apresentada a referida Instrução Normativa, o Ministério da Cultura destaca que a cobrança de serviços que oferecem obras musicais na internet por parte de sociedade de gestão coletiva de direitos de autor é uma realidade em diversos países, tais como França, Alemanha, Espanha, Itália, Bélgica, Suíça, Reino Unido e outros.

Salienta, ainda, que as associações de gestão coletiva de direitos de execução pública mantêm acordos de reciprocidade com as suas congêneres no exterior, política que permite tanto a cobrança pelo repertório estrangeiro aqui executado e a remessa dos valores à associação do país de origem quanto o repasse às associações brasileiras do montante arrecadado do repertório brasileiro lá executado.

Assim, concluir que a transmissão via streaming não é ato de execução pública poderá ferir o princípio da reciprocidade, bem como poderá extinguir a obrigação de repasse das entidades de gestão estrangeiras dos valores arrecadados em seus países referentes às obras brasileiras nesse tipo de plataforma, a impedir que os artistas e autores nacionais recebam rendimentos oriundos da modalidade de uso de obras.

Verifica-se que, além de fundamentos jurídicos, há uma questão bastante pragmática, tanto na fundamentação da IN nº 02/2016 do MinC, como consequentemente da decisão do STJ. Na medida em que os tratados da OMPI tiveram larga adesão internacional, com quase 100 signatários, dentre eles países centrais para a indústria cultural, sente-se nos tempos atuais reflexos diretos em nosso país, mesmo sem a adesão dos acordos que já completam mais de 20 anos. Em um mercado global, há uma tendência a uma homogeneização das regras jurídicas, especialmente em relação à propriedade intelectual. Nota-se que houve uma clara preocupação no julgamento de tratar da questão de forma, até certo ponto, na medida em que, para além do caso da Rádio Oi, a decisão regula o mercado em geral.

O julgamento teve apenas um voto divergente, do Ministro Marco Aurélio Bellizze, que começa seu voto “alertando para o fato de que o meio virtual não é um meio homogêneo, de sorte que me parece prematura a extração de uma tese jurídica genérica”. Continua:

Nesse diapasão, ressalto que percebo, com todo respeito, pouca utilidade à menção às diretivas europeias e convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual mencionadas no voto. Não porque sejam desimportantes ou irrelevantes, mas porque, **no presente processo, não se debate a mera garantia quanto ao direito de retribuição por aquela execução realizada em ambiente virtual.** Muito embora tanto a Diretiva 2001/29-CE como as convenção WCT e WIPP, negociadas por intermédio da OMPI, asseverem a necessidade de reconhecimento dos

direitos patrimoniais decorrentes do direito do autor nas três modalidades autônomas de disponibilização de obra ao público (making available), deixou-se ao talante dos Estados signatários a regulação para proteção desses direitos.

Ademais, ressalto que a disponibilização via streaming, aqui realizada a partir de programa de radiodifusão “retransmitido” via internet, também não é uniforme. **Há uma diversidade de disponibilizações – algumas com algum grau de interatividade, outras dependentes de atos dos próprios internautas para disponibilização da música no aplicativo**, os quais por vezes correspondem aos próprios titulares dos direitos autorais, e outras automatizadas, independentes de qualquer participação do receptor –, de modo que parece, nesse momento, uma tarefa hercúlea extrair dos presentes autos, uma tese jurídica tão ampla quanto à proposta.

Assim, parece necessário sublinhar que o debate do presente recurso refoge ao mero entendimento quanto a serem ou não devidos direitos autorais pela utilização de obras musicais, literomusicais e fonogramas por meio das tecnologias de streaming via internet. Como bem delimitado pelo Relator, **a controvérsia se refere a definir se os direitos autorais devidos estão inseridos na esfera de gestão do Ecad**, a quem compete unicamente a arrecadação dos direitos autorais e conexos decorrentes da utilização de obras na modalidade de comunicação ao público por execução pública (grifos nossos).

O Ministro Bellizze rebate a interpretação ampla sobre o que seriam locais de frequência coletiva, que abrangeria qualquer situação na rede. Aponta que os locais expressamente mencionados na legislação como tais têm como característica essencial o acesso transitório de pessoas ao mesmo local. Neste sentido, “no ambiente virtual, há ‘locais’ que, da mesma forma, tem seu acesso franqueado a qualquer pessoa, que adentrará exatamente o mesmo local, caso em que todos os frequentadores poderão ter acesso ao mesmo conteúdo ofertado”. Consequentemente:

A esse conceito, contudo, deve-se acrescer a execução pública da obra. Ou seja, em local de acesso coletivo, aberto a qualquer internauta, o conteúdo deverá ser disponibilizado de forma automática, podendo depender ou não de comando para iniciar o processo (apertar o play), mas a programação seguirá tal qual para qualquer outro internauta que se encontre simultaneamente acessando aquele conteúdo. Aí estará configurada a comunicação de obra ao público mediante sua execução pública, tal qual ocorre na transmissão, via streaming na modalidade simulcasting, por exemplo, ou ainda nos casos de sonorização ambiental de sítios eletrônicos.

Isto posto, destaca o voto divergente “que não se trata de afastar a incidência de direitos autorais, mas de afastar a gestão coletiva pretendida pelo Ecad”. Assim:

Com efeito, a disponibilidade desse novo serviço (via *webcasting*) é uma nova exploração, que configura, nos termos, da lei modalidade autônoma, dependente de autorização e retribuição próprias, porém apartada do âmbito de atuação do Ecad. [...]

Assim, deve-se concluir que o serviço de disponibilização ao público, via *webcasting*, de obras transmitidas originariamente por meio de radiodifusão configura um novo serviço, autônomo e distinto da execução pública. Esse novo serviço, embora exponha a obra à coletividade, apenas viabiliza o consumo individual e temporário, que será concretizado apenas a partir da integração da vontade do consumidor, que optará por recebê-la no momento que lhe convier. [...]

Em síntese, apenas as execuções lineares e não interativas, disponibilizadas de forma irrestrita e indeterminada – a todo e qualquer internauta que acesse o local e se limite a iniciar o processo (apertar o “play” ou ligar o aparelho) - reúnem as condições para caracterização de comunicação ao público por execução pública: local de frequência coletiva e execução indiscriminada, o que, no caso dos autos, fica limitada à execução via streaming classificada pelos próprios recorrentes como *simulcasting*.

Em que pese a divergência, além da grande maioria ter apoiado a relatoria, em 9 de outubro de 2017, um recurso posterior para o STF movido pela Oi teve seu seguimento negado de forma monocrática pelo Ministro Alexandre de Moraes, que afirmou ser “irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de execução musical para a configuração de um local como de frequência coletiva”. Desta forma, fica sedimentado muito recentemente no Brasil um alcance superlativo do conceito de execução pública, que abrange usos diversos na internet e estende à estrutura vigente centralizada no ECAD o direito de arrecadação.

4.8 Identificação de obras

A gestão coletiva se justifica pela dificuldade de que os autores e demais titulares possam exercer seus direitos individualmente. Para atender essa demanda, são criadas estruturas organizadas, que cobram taxas por seus serviços de arrecadação e pela posterior distribuição a quem de direito. Ocorre que, mesmo com estas estruturas, convencionou-se o discurso de que a distribuição direta de todo o valor arrecadado, por meio da identificação integral do repertório utilizado pelos usuários, seria inviável.

O sistema de licenciamento global, por meio de *blanket licenses*, especialmente como modelo único ou majoritário, simplifica o trabalho das organizações de gestão coletiva. Porém, o que se percebe é que muitas vezes a preocupação com a arrecadação é

bem maior do que a com a distribuição ou, pelo menos, com uma distribuição adequada e detalhada, que reflita a realidade da utilização das obras. As entidades garantem que serão remuneradas, mas não tomam as medidas para verificar o repertório utilizado, ou ao menos, exigir dos usuários que informem as obras utilizadas.

A suposta inviabilidade técnica para verificação pode esconder uma intenção velada de favorecer a distribuição indireta dos direitos autorais, por mecanismo de amostragem, que privilegia aqueles titulares de direitos autorais que estão no topo da cadeia da indústria musical. Além disso, evita maiores debates sobre a arrecadação de repertórios que estejam em domínio público, sejam de estrangeiros em países que não protejam aqueles direitos, sejam utilizados em situações enquadradas como usos livres de direitos autorais, entre outros. Assim como o licenciamento global simplifica o trabalho de arrecadação, o mesmo ocorre com a distribuição, que tende a ser indireta.

Para além de debates teóricos sobre a efetiva compatibilidade jurídica deste método de distribuição com os preceitos que justificam a proteção dos direitos autorais, as ferramentas tecnológicas já existentes para identificação de obras fonográficas, faz com que a histórica questão da inviabilidade de verificação exata de repertórios esteja já superada. O *Content ID* do *YouTube* é um exemplo desse tipo de tecnologia, que costuma ser chamada de *fingerprinting* (impressão digital) e é aplicável tanto para áudio como vídeo.

Este tipo de ferramenta não é exclusividade do *Google* e tem se disseminado, inclusive em aplicativos gratuitos de para celular. Um exemplo é o do aplicativo *Shazam*, criado em 2002, época em que os *smartphones* eram ainda incipientes. O método para utilizar era discar 2580 no seu telefone e segurá-lo próximo ao alto-falante que tocava a música a ser identificada. A seguir, o usuário receberia uma mensagem SMS (*Short Message Service*), dizendo-lhes o título da música e o nome do artista. Com o lançamento do *iPhone* e depois da *Apple Store*, o *Shazam* foi um dos primeiros aplicativos lançados na plataforma e, em 2011, foi integrada a função de reconhecimento de programas de televisão.²⁴⁷

Qualquer pessoa pode baixar o aplicativo gratuitamente e basta um clique para que o programa comece a identificar a música que estiver tocando no ambiente, processo que

²⁴⁷ SHAZAM. **A nossa missão é ajudar as pessoas a reconhecer e a envolverem-se no mundo à sua volta.** Disponível em: <<https://www.shazam.com/company>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

leva segundos. Em caso de sucesso (o que é frequente), o aplicativo traz informações sobre a música (como letra e capa do álbum) e sobre o artista, com *links* para comprar a música ou ouvi-la nas principais plataformas de *streaming*, entre outras funções. Recentemente, em 11 de dezembro de 2017, a *Apple* adquire a companhia por 400 milhões de dólares. A integração do *Shazam* ao *Siri*, aplicativo da Apple que usa processamento de linguagem para responder perguntas e executar ações, já ocorreu poderá ainda avançar em novas funcionalidades com o sistema operacional iOS.²⁴⁸

Várias empresas, inclusive brasileiras, têm combinado a ferramenta de *fingerprint* com o uso de robôs e *big data* (termo utilizado para definir conjunto muito grande e/ou complexo de dados) para vasculhar emissoras de rádio e TV, assim como sites de música, e comparar os fonogramas executados com aqueles contidos em seus bancos de dados, de forma a detectar músicas e autores. Os algoritmos permitem, além de um controle sobre a execução pública de fonogramas, gerar inteligência competitiva e informações de mercado em geral, assim como traçar perfis dos ouvintes.²⁴⁹

Enquanto a *AudioMonitor* afirma possuir tecnologia própria para reconhecimento automático de conteúdo em áudio e vídeo em milhares de emissoras de rádio e TV²⁵⁰, a *Playax* vai além e vasculha ainda informações de plataformas de *streaming*, sites e redes sociais. Os relatórios permitem aos interessados terem informações precisas sobre a quantidade e origem das execuções de suas músicas. Para além de poder validar as informações recebidas das associações de gestão coletiva, estes mecanismos servem para planejamento de carreira em geral, em questões como agendamento de shows e estratégias de *marketing*.

O próprio ECAD já tem tecnologias semelhantes, que podem ser usadas para rádios:

²⁴⁸ SINGLETON, Micah. Apple confirms it has acquired Shazam. **The Verge**. Tech. 11 Dec. 2017. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2017/12/11/16761984/apple-shazam-acquisition/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

²⁴⁹ REDAÇÃO LINK. Novas plataformas ajudam artistas a mapear desempenho de sua música. **O Estado de S. Paulo**. Link. 22 fev. 2015. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/geral,novas-plataformas-ajudam-artistas-a-mapear-desempenho-de-sua-musica,10000029668>>. Acesso em: 22 jun 2016.

²⁵⁰ AUDIOMONITOR. **O que fazemos**. São Paulo. Disponível em: <<http://audiomonitor.com.br/sobre/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Desenvolvido pelo Ecad em parceria com a PUC-Rio, o Ecad.Tec CIA Rádio é um sistema que reconhece com máxima precisão o DNA da música: seus principais traços e características, como autor, tempo de execução e intérprete. Para cada música, é atribuído um código. Ao armazenar os fonogramas e identificar suas características técnicas, o Ecad.Tec CIA Rádio gera um *fingerprint* (impressão digital) individualizado e único, que é inserido em um banco de dados. A partir daí, sempre que o fonograma for executado, é reconhecido pelo sistema e identificado automaticamente, beneficiando os titulares que têm suas músicas tocadas nas rádios. Além disso, o processo é seguro e auditável, na medida em que é todo digitalizado e rastreável. Com o Ecad.Tec CIA Rádio, o Ecad ganha uma gestão 100% própria para captação, gravação, identificação e armazenamento da informação.

Apesar de a tecnologia ser utilizada em âmbito nacional pelo ECAD desde 2011, nos regulamentos do Escritório não há menção a estes sistemas, tampouco regras que imponham uma obrigatoriedade na utilização deste tipo de ferramenta para todos os usuários. Assim, ainda há a utilização da distribuição indireta, com base em amostras das rádios que são fiscalizadas. Inclusive, o último material disponibilizado pelo órgão tratando deste tipo de tecnologia é um vídeo de 2011, ano em que houve a nacionalização da captação de transmissões.²⁵¹ Posteriormente, em 2014, foi desenvolvida versão semelhante para captação de transmissões televisivas, mas não há informações públicas sobre o número de emissoras captadas e qual a influência desta tecnologia no pagamento dos direitos autorais.²⁵²

De qualquer maneira, já há tecnologia suficiente consolidada para que haja um controle bastante completo sobre execuções públicas de obras musicais, sem necessidade de utilização, ao menos em larga escala como ainda é feito, de remuneração indireta. A problemática que sobrevive ao avanço do *fingerprinting* é a questão da padronização no cadastro de obras. Como explica Pessler:

A rede foi construída como uma plataforma tecnologicamente isenta (multiplataforma), um sistema aberto, nos quais o comportamento é determinado pela interação dinâmica de seus componentes, uma interação entre múltiplas variáveis, e não por uma estrutura mecânica do sistema com seus mecanismos de retração. O que a torna realmente revolucionária é que ela oferece a possibilidade real do controle do fluxo da informação. É possível o rastreamento de informações determinadas, ao longo de uma cadeia de usos. Arquivos musicais que trafegam pela rede o fazem em formato digital, como pacotes de informações (bits), acompanhados por metadados sobre seu conteúdo; portanto, em

²⁵¹ YOUTUBE. **Ecad.Tec CIA Rádio**. Disponível em: <<https://youtu.be/y8746eHa2aU>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

²⁵² Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/noticias/noticias-do-ecad/paginas/ecad-lanca-o-novo-software-ecad-tec-cia-audiovisual.aspx>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

determinado nível, é possível monitorar sua utilização. Metadados são informações sobre informações. Em produtos informacionais, metadados são uma parte do produto que descreve o conteúdo do pacote do produto. Alguns autores classificam os metadados em três categorias: semânticos, estruturais e de controle. Metadados semânticos descrevem o significado do conteúdo, metadados estruturais descrevem o formato e tecnologias utilizadas no conteúdo, e metadados de controle contém informações sobre a produção e a entrega do pacote. Os metadados de controle auxiliam na determinação do status do conteúdo e dos direitos de acesso e utilização do conteúdo, sendo portanto peças-chave em um esquema de gerenciamento eletrônico de licenças.²⁵³

Caso houvesse uma padronização e uma segurança na utilização de metadados que acompanhassem as obras fonográficas, provavelmente sequer seriam necessários os investimentos pesados para desenvolvimento e processamento das tecnologias de *fingerprinting*. Porém, a falta de identificadores únicos e universalmente empregados para milhões de obras musicais e fonogramas no mercado é algo que tem prejudicado a interação entre as próprias sociedades de autores, assim como o diálogo com agentes do mercado há bastante tempo.

No início do mercado digital da música, não houve cuidado em adotar padrões de formatos e comunicação de metadados, até porque o mercado era incipiente. Além disso, muitos dos dados utilizados hoje se originaram na era pré-digital, quando a padronização e a interoperabilidade não eram preocupações críticas e os custos de revisar estas informações agora podem não ser compensatórios para determinados agentes. Como resultado, a indústria sequer implementou convenções padrão para o tratamento de nomes de artistas ou compositores.²⁵⁴ Hoje em dia este modelo, que lembra a confusão de línguas da Torre de Babel, encarece e torna ineficiente o mercado, além de prejudicar a transparência do setor.

²⁵³ PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos Comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet)**: Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014. p. 22.

²⁵⁴ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. **Copyright and the Music Marketplace a report of the register of copyrights**. Washington, May 2016, p. 184. Disponível em: <<https://copyright.gov/docs/musiclicensingstudy/copyright-and-the-music-marketplace.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017

O padrão ISRC é bastante tradicional e, inclusive, obrigatório no Brasil,²⁵⁵ mas o mesmo não ocorre globalmente e há algumas deficiências neste modelo:

O padrão internacional de código para identificar de forma única gravações sonoras e de vídeos musicais é o ISRC (International Standard Recording Code), definido pela norma ISO 3901 e que tem a IFPI como autoridade de registro e secretariado. Tal sistema foi criado muito antes da disponibilidade da Internet, e portanto não possui uma base de dados centralizados dos códigos alocados. Os usuários alocam seus próprios códigos mediante um prefixo a eles atribuído; isto cria uma expectativa razoável de singularidade, mas os outros usuários não são capazes de localizar os códigos alocados, caso desejem utilizá-lo, e não conseguem determinar qual fonograma tal código representa. Além disso, não há maneiras de determinar se o fonograma já teve seu ISRC alocado, portanto são comuns múltiplas alocações. A International ISRC Agency planeja introduzir um registro simplificado que armazenará o ISRC com alguns metadados básicos – provavelmente apenas o título, artista, duração e data de gravação. Ela não deverá conter informações sobre direitos, titularidade, gênero, popularidade ou outros atributos, mas tais classes de dados poderão ser criadas e tornadas interoperáveis por terceiros, utilizando o ISRC como base.²⁵⁶

No intuito de melhorar a situação, em 2006 surge o *Digital Data Exchange, LLC*, posteriormente conhecido como DDEX, por meio de um consórcio de gigantes envolvidos com diversos setores do mercado musical.²⁵⁷ O DDEX padronizou os formatos das informações e o método pelo qual as mensagens são trocadas entre os parceiros de negócios,²⁵⁸ de forma a criar um modelo possivelmente líder de mercado, mas que ainda não pode ser chamado de um padrão de mercado de forma geral.

Em que pese a aparente contradição, há diversos outros padrões utilizados atualmente. A questão é que muitos deles são baseados em informações fornecidas de

²⁵⁵ Lei nº. 9.610/1998: "Art. 113. Os fonogramas, os livros e as obras audiovisuais sujeitar-se-ão a selos ou sinais de identificação sob a responsabilidade do produtor, distribuidor ou importador, sem ônus para o consumidor, com o fim de atestar o cumprimento das normas legais vigentes, conforme dispuser o regulamento".

O artigo 113 é regulamentado pelo Decreto nº. 4.533/2002:

“Art. 1º Em cada exemplar do suporte material que contenha fonograma deve constar, obrigatoriamente, os seguintes sinais de identificação:

§ 2º O suporte material deve conter um código digital - International Standard Recording Code - onde se identifique o fonograma e os respectivos autores, artistas intérpretes ou executantes, de forma permanente e individualizada, segundo as informações fornecidas pelo produtor".

²⁵⁶ PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos Comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet)**: Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014. p. 22.

²⁵⁷ Os membros fundadores foram as gravadoras *EMI Music*, *Sony BMG Music Entertainment* (agora *Sony Music*), *Warner Music Group*, *Universal Music Group*; as sociedades de direitos musicais *Ascap*, *The Harry Fox Agency*, *The MCPS-PRS Alliance Limited* (agora PRS para música), *Sacem* e *SGAE*; e os provedores de serviços digitais *Apple Computer Inc.*, *Microsoft Corp.* e *RealNetworks Inc.*

²⁵⁸ DDEX. **DDEX Past**. Disponível em: <<http://www.ddex.net/ddex-past>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

forma unilateral pelos produtores fonográficos, editoras, associações ou outros agentes. O caso dos desvios de pagamentos da Rede Record, já descritos neste trabalho, demonstra na prática os graves problemas decorrentes deste tipo de cadastro. Ademais, na medida em que os padrões adotados não sejam abertos, de forma que permitam um controle seguro e público, com validações automatizadas, a dificuldade na aferição de dados continuará.

Há uma grande discussão sobre este cenário no âmbito europeu. A Agenda Digital apresentada pela União Europeia em 2010 constitui um dos sete pilares da Estratégia Europa 2020. Propõe explorar melhor o potencial das tecnologias da informação e da comunicação (TIC) para promover a inovação, o crescimento econômico e o progresso. Extraí-se do documento:

Não existe na Europa um mercado unificado no sector dos conteúdos. Por exemplo, para criar um serviço pan-europeu, uma discoteca em linha teria de negociar com inúmeras sociedades de gestão de direitos sediadas em 27 países. Os consumidores podem comprar CD em qualquer loja, mas muitas vezes não podem comprar música via plataformas em linha em toda a UE, porque os direitos são cedidos numa base nacional. Esta situação contrasta com o contexto comercial e os canais de distribuição relativamente simples de outras regiões, nomeadamente os EUA, e é comparável à de outros mercados fragmentados, como os da Ásia. Para manter a confiança dos titulares de direitos e dos utilizadores e facilitar o licenciamento transfronteiras, o regime e a transparência da gestão colectiva dos direitos devem ser melhorados e adaptados ao progresso tecnológico. Soluções mais fáceis, mais uniformes e tecnologicamente neutras para o licenciamento transfronteiras e pan-europeu no sector audiovisual estimularão a criatividade e ajudarão os produtores e os difusores de conteúdos, em benefício dos cidadãos europeus. Essas soluções deverão preservar a liberdade contratual dos titulares de direitos. Estes não serão obrigados a atribuir uma licença para todos os países europeus, mas continuarão a poder livremente restringir as suas licenças a certos territórios e estabelecer contratualmente o nível das taxas de licenciamento.²⁵⁹

O documento resultou na aprovação recente pelo Parlamento Europeu de uma nova Diretiva, sobre gestão coletiva no ambiente digital e licenciamento multiterritorial com intuito de garantir a diversidade cultural, bem como assegurar acesso uniforme ao mercado para todos os repertórios.²⁶⁰ São definidos os requisitos para assegurar o funcionamento

²⁵⁹ COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: uma Agenda Digital para a Europa.** Bruxelas, 19 mai. 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245&from=PT>>. Acesso em: 12 out. 2014.

²⁶⁰ Diretiva 2014/26/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno.

adequado das entidades de gestão e facilitada a outorga de licenças multiterritoriais para direitos sobre obras musicais para uso online no mercado interno. Os provedores de serviços na internet passariam a obter licenças de um pequeno número de entidades operando através das fronteiras europeias, não com organizações separadas para cada estado-membro. Merece destaque a obrigação das entidades respeitarem licenças não comerciais, tais como *Creative Commons*.²⁶¹

O artigo 13º da Diretiva aborda especificamente a “distribuição dos montantes devidos aos titulares de direitos”. São estabelecidos meios e prazos para a identificação dos titulares de direitos que não tenham sido identificados ou localizados. Os valores arrecadados sem identificação dos titulares são definidos como “montantes não distribuíveis”, cabendo aos estados-membros a definição de como regular a utilização, que poderá servir para financiar atividades sociais, culturais e educativas em benefício dos titulares de direitos.

²⁶¹ PESSERL, Alexandre. **Estudos Comparados sobre direitos autorais no ambiente digital** (Internet). Brasília: Unesco (no prelo).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação humana não parece ter limites. Esta tradição criativa inerente à humanidade poderia ser vista de forma plural e coletiva, como um diálogo cultural que interage com diferentes povos e gerações, que influencia e é influenciada, de forma fluída e constante. Porém, em determinado período histórico, a atividade criativa passou a ser encarada sob um viés individualista, que privilegia o tão falado gênio criador, o mito do artista solitário, talvez até alheio ao seu meio social. A partir deste momento, a criação humana começa a ser tratada juridicamente de forma a impor limites.

O processo de reunião dos autores em sociedades indicaria um passo importante para retomar um ideal de coletividade, mas, na prática, acabou justamente por promover a formatação de marcos legais que privilegiaram uma proteção exclusivista. As regras jurídicas vinculadas à criatividade, tradicionalmente, não se preocuparam com o acesso à cultura em primeiro lugar, mas focaram na figura do autor. Este seria o protagonista a ser protegido e o incentivo a este resultaria, por consequência, no florescimento criativo.

A consolidação internacional do direito autoral decorre em grande parte da influência dos órgãos de gestão coletiva. Desde o surgimento destes, ou até mesmo antes, companhias como editoras já tinham grande relevância para o mercado cultural, de forma que o caráter personalizado e individualista dos direitos autorais registrado nas normas já nasceu, propositalmente ou não, antiquado.

É curioso verificar como a tônica imposta aos direitos de autor, por meio da construção de toda uma indústria em torno deste, acabou por naturalizar um modelo de proteção que foi construído há menos de dois séculos como se fosse algo inerente à produção intelectual. Além disso, a narrativa e as terminologias de um período analógico, muito anterior não só à internet, mas também ao surgimento de fonogramas e ao cinema, por exemplo, sobrevivem ao serem reiteradas em novos textos legais, que expandem a aplicação de conceitos feitos em um outro contexto para formas totalmente inéditas de acesso aos bens culturais, em um anacronismo crescente.

Na medida em que as organizações de gestão coletiva se tornaram muito relevantes, tanto em faturamento como em protagonismo nos debates e pressões sobre os legisladores para reformas que ampliassem as medidas restritivas ao acesso às obras autorais, houve uma tentativa de reforçar a imagem de contraposição entre autores e público (ou os chamados usuários), que são tratados como meros espectadores, ou ainda pior, os vilões da história. Não se construiu um sentido de comunhão, em que artistas, produtores culturais e público se inter-relacionassem de maneira horizontal, sem hierarquia. Para aqueles que defendem a aplicação restritiva do direito de autor, ainda funciona uma lógica de emissor/receptor como figuras distintas e estanques, que já não é mais compatível com uma sociedade em rede.

Sob o manto da proteção dos autores como criadores e trabalhadores, estes sim ficaram reféns não só das editoras, mas também das gravadoras (entes que muitas vezes atuam em conjunto), corporações que obtiveram para si uma extensão praticamente completa dos direitos construídos com base na proteção da criação humana e passaram a ter papel importante dentro da gestão coletiva. Assim, além de uma possível disputa teórica sobre a finalidade da proteção de direitos autorais e, de forma mais ampla, culturais, construíram-se também grandes incongruências dentro da narrativa tradicional de proteção, pois, em torno de direitos supostamente individuais, edificou-se toda uma indústria, que se aproveitou da proteção do autor e passou a figurar também como titular original de direitos autorais.

Sob uma ótica mais estrita, o termo “sociedades de autores” sequer pode ser utilizado sem o uso de reticências, diante da intensa participação de outras figuras inclusive na direção das entidades. Os autores, gênios criadores que dependem da remuneração da gestão coletiva para sobrevivência, muitas vezes são os personagens utilizados como um simulacro, um cavalo de Troia que carrega consigo toda uma gama de interesses comerciais que dominam a gestão coletiva.

Mesmo quando de direito privado, as sociedades arrecadam sobre empresários e, em grande medida, população em geral, de maneira compulsória e com baixa possibilidade de negociação sobre valores e critérios. A proteção com viés exclusivista e, comumente, monopolístico, impulsionou uma arbitrariedade na atividade inerente à gestão coletiva, que passou a cobrar, inclusive, em nome de titulares não associados e em situações em que a legislação garantiria a liberdade de utilização das obras, como daquelas em domínio

público, por exemplo. O modelo disseminado de licenciamento global, muitas vezes a única opção dada aos usuários, não só facilita a operação prática, mas permite à gestão coletiva estender sua atuação para além das previsões legais, de maneira que parece ser uma opção estratégica a sua utilização.

Na medida em que se permite o recolhimento de direitos autorais mesmo sem a verificação do repertório utilizado, o discurso que fundamenta a arrecadação, de proteção do autor e da relação deste com sua obra, fica inviabilizado justamente no momento da remuneração. Esta passa a ser feita em larga escala por meio de amostragens e critérios muitas vezes obscuros, que mudam ao sabor do vento, ou de quem está no controle das entidades, muitas vezes advogados, contadores, sócios de gravadoras e editoras, mas não os autores, personagens que justificam todo o sistema.

O resultado é que, ao invés de haver um incentivo ao fomento de novos artistas, muitas vezes estes acabam, sem saber, por remunerar o topo da pirâmide. Aqueles que já estão consolidados, muitas vezes com base em grandes verbas de propaganda, acabam por ter o retorno do seu investimento por meio da distribuição de direitos autorais em montantes expressivos, que incluem verbas não identificadas e/ou decorrentes de obras que não são protegidas.

O mais impressionante é que esta situação se consolidou de tal forma, que praticamente já não é mais questionada. Foi naturalizada como uma imposição das circunstâncias a impossibilidade de identificação das obras que deram origem aos pagamentos. A distribuição por critérios como o de amostragem se dá como algo intrínseco à gestão coletiva, de forma que o método geralmente não sofra questionamentos frontais, no máximo tentativas de mitigação.

Ora, na medida em que os direitos autorais são considerados como pessoais, de natureza privada, será que esta situação se coaduna com a forma como foi construído o direito autoral? Não fica invalidado justamente o discurso que fundamenta a arrecadação?

Verifica-se que o discurso que justifica a arrecadação de direitos autorais por gestão coletiva se demonstra falacioso não só pela deliberada ausência de menção às empresas titulares de direitos conexos, mas também pelo descompasso com o modo como é feita a distribuição. Se é um direito exclusivo e pessoal, que serve para remunerar o trabalho criativo de determinado autor, como pode se conceber que no momento principal, da distribuição, não haja uma linha direta entre a utilização efetiva de determinadas obras e a

remuneração de seus autores? Quando a obra executada, que deu motivo para uma arrecadação, é de autoria de A e a distribuição foi feita para B, todo o fundamento cai por terra.

Se é remuneração por trabalho, cabe um exemplo de certa forma simplório, típico dos manuais de direito, que tenta aplicar a fundamentação com viés trabalhista: em determinada empresa Caio costuma frequentemente cumprir horas extras, exceto no mês de dezembro, ao contrário de Tício, que só faz horas extras no último mês do ano. Se a mesma empresa, em vez de cartão ponto, remunerasse seus dois funcionários por meio de amostragem, haveria grande chance de que Caio acabasse por receber as verbas devidas a Tício. Ou ainda, caso por algum motivo a amostra se desse justamente em dezembro, poderia ocorrer o contrário e todas as horas trabalhadas durante o ano por Caio fossem destinadas a Tício. Da mesma maneira, em outro exemplo um tanto esdrúxulo, se à época do Velho Oeste, um caçador de recompensa novato chamado Marquis Warren recuperasse um prisioneiro pela primeira vez, uma amostragem talvez indicasse que caberia remunerar por tal ato o caçador veterano John Ruth, pelos longos préstimos à Justiça prestados por este anteriormente.

Não há compatibilidade entre o instituto da amostragem com nenhuma das teorias que fundamentam a propriedade intelectual. Seja um direito exclusivamente de propriedade, um direito de personalidade ou ainda de natureza dupla, não parece ser razoável que a remuneração por utilização de uma obra possa, em qualquer hipótese, ser destinada a uma pessoa física ou jurídica que não seja exatamente aquela titular dos direitos, sob pena de invalidar o sistema como um todo. Não só pelos aspectos patrimoniais, de remuneração como contraprestação por um trabalho e incentivo à criação, mas há uma flagrante incompatibilidade com os direitos morais, protegidos em grande parte dos países, como Brasil e França.

O direito à paternidade de uma obra fica totalmente relegado em um sistema que não se preocupa com a exata verificação da utilização das criações autorais. Ao mesmo tempo que o direito de exclusividade de autorização específica para utilização de determinada obra é necessariamente mitigado de início pela gestão coletiva, que negocia repertórios globais de forma indiscriminada, aos autores não é dado sequer o direito de saber sequer de que maneira suas obras foram efetivamente utilizadas no momento da remuneração. A ausência de identificação gera mais essa violação a preceitos que sempre

foram muito caros no desenvolvimento do direito autoral, construção demonstrada no primeiro capítulo deste trabalho.

Ademais, o critério de amostragem, qualquer que seja, por óbvio, favorece os titulares de direitos autorais que estão no topo, que são aqueles que já recebem uma maior remuneração. É uma espécie de Robin Hood às avessas, visto que as obras de artistas de menor expressão tendem a ser justamente aquelas mais prejudicadas, já que há maior chance de não serem identificadas ou captadas pela amostragem, de maneira que acabem por remunerar justamente aqueles já privilegiados pelo sistema.

O *jabá* (ou *payola*) é uma prática reiterada desde a década de 1960, que consiste no pagamento de dinheiro ou fornecimento de vantagens a DJs para que tocassem determinadas músicas com mais frequência. Este favorecimento tomou proporções absurdas nas décadas seguintes e costuma ser tratado como mera verba de publicidade, algo corriqueiro. Na medida em que determinadas músicas são mais executadas, não por seu valor cultural ou popularidade, há uma distorção na lista de mais tocadas, que influencia diretamente na remuneração por amostragem. Assim, este sistema, além dos outros problemas apontados, ainda favorece a corrupção e serve como uma forma de fazer os investimentos em *marketing* retornarem de forma escusa.

Há ainda uma incompatibilidade com os mecanismos legais que protegem os usos livres ou limitações dos direitos autorais. Sem identificação plena, a remuneração pode estar atrelada a diversas situações que não ensejariam necessidade de autorização, como: músicas em domínio público, licenciadas de forma gratuita (por meio de licenças gerais públicas, por exemplo), utilizadas dentro dos critérios da regra dos três passos ou *fair use*, que sejam de titulares não associados, ou até criadas de forma automatizada por mecanismos eletrônicos, por exemplo, em que sequer haveria proteção de direito autoral.

Da forma como o sistema funciona, todas essas possibilidades listadas acabam por não serem respeitadas. Além de um desincentivo a uma gama de possibilidades previstas nas próprias regras de direitos autorais, acaba-se por gerar um pagamento totalmente indevido, que vai destinado a terceiros alheios às obras, independentemente do critério de distribuição indireta utilizado.

Há ainda o caso das obras de estrangeiros residentes em países que não as protejam (ou não protejam os direitos conexos), de países que não tenham convênio com aquele em que houve a utilização ou, ainda pior, quando o convênio preveja que, por reciprocidade,

não haverá repasse, situação recorrente que viola os próprios princípios históricos de direitos autorais.

Mais grave é que, muitas vezes, há identificação das obras, mas, como se verifica que estão entre os casos listados, elas são entendidas como não identificadas, de forma a comporem os chamados “créditos retidos”, que, na prática, são investidos gerando dividendos até o momento que serão distribuídos justamente para o que foi chamado aqui de topo da pirâmide. Não foram construídos pelos legisladores incentivos para que ocorra uma distribuição mais adequada dos direitos autorais.

Mesmo que se entenda verdadeiro o pressuposto de que é inviável a verificação plena das obras pela gestão coletiva e de o direito autoral permita esta prática, o que aqui se assume de forma retórica, haveria meios para evitar a total locupletação que ocorre desde os primórdios da gestão coletiva, cabendo lembrar que no início até critérios societários, no sentido de participação “acionária”, já foram utilizados. Uma primeira medida seria criar incentivo para que os próprios usuários colaborassem com a identificação das obras, de modo que o envio de informações detalhadas e corretas pudessem gerar descontos nos pagamentos, que seriam abatidos do valor destinados à própria gestão coletiva.

No mesmo sentido, eventual fiscalização que verificasse incorreção nas informações poderia gerar multas. Este trabalho relata um caso em que houve desvio dos valores arrecadados da TV Record ao longo de anos, sem que tenha sido registrada qualquer penalidade à empresa. Recentemente foi noticiado que as editoras têm incluído nos contratos de sincronização com produtoras de audiovisual a obrigatoriedade de elaboração do *cue sheet*. Na falta de qualquer previsão legal neste sentido, o próprio mercado parece começar a despertar para a questão.

Uma segunda medida recomendada seria que as obras em domínio público ou nos demais casos listados isentos de pagamento, deveriam gerar abatimento proporcional nos valores arrecadados daqueles que as utilizem. Hoje em dia, a política do ECAD é a de arrecadar e, depois, tomar cuidado para que os valores não sejam recebidos por herdeiros, mas divididos por critério de amostragem, um total absurdo, uma apropriação de valores que faz com que o tão combalido domínio público, que muitas vezes vai atingir obras sem mais valor de mercado, seja indevidamente aproveitado pela sistemática da gestão coletiva. É preciso haver políticas ativas e normas cogentes para proteção do domínio público, das

limitações de direitos autorais e demais casos listados aqui que não deveriam ensejar pagamento, senão ficará autorizada, e até incentivada, na prática, a deliberada apropriação indébita que ocorre não só no Brasil, mas também no cenário internacional.

Por fim, se mesmo com as medidas sugeridas ainda houvesse a possibilidade de que obras não fossem distribuídas, uma opção subsidiária à simples devolução das verbas seria a de destinar os valores para finalidades que não fossem controladas pelos órgãos de gestão coletiva, de forma que estes, ao contrário do que se vê hoje, não tivessem um verdadeiro incentivo para cuidar mais da arrecadação do que da distribuição. A União Europeia publicou a Diretiva nº 26 de fevereiro de 2014 relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno. O artigo 13 da Diretiva aborda especificamente a “distribuição dos montantes devidos aos titulares de direitos” e prevê as medidas que devem ser tomadas para identificar e localizar os titulares de direitos.

Caso o compartilhamento das informações disponíveis aos próprios membros das entidades de direitos autorais não seja suficiente, fica prevista na Diretiva a obrigatoriedade de torná-las públicas. Esta é uma medida fundamental. Tradicionalmente, as organizações de gestão coletiva não divulgam publicamente informação sobre as obras não identificadas. Obviamente, a falta de transparência diminui de sobremaneira a possibilidade de verificação, especialmente no caso daquelas obras de não filiados.

No Brasil é comum ver o ECAD e associações que o compõem fazendo campanhas para incentivar o pagamento de direitos autorais, mas não são feitas campanhas de associação focadas no relevante número de autores que estão, em tese, fora do sistema. A ponderação em destaque pelo termo “em tese” decorre do fato que eles estão fora do sistema no que tange à distribuição, já que não são remunerados, mas estão dentro na arrecadação, já que seu repertório compõem as licenças globais, mesmo sem filiação. Na prática, os autores de menor destaque no mercado não interessam às sociedades, que disputam aqueles de grande expressão e que trarão remunerações de vulto.

Por fim, a Diretiva europeia estabelece que os montantes que ainda não puderem ser distribuídos, mesmo após todas as medidas para identificação, devem ser considerados “não distribuíveis”. Nestes casos, a assembleia geral dos membros da organização de gestão coletiva deve decidir, como utilizá-los. Outra opção é facultada aos estados-membros: garantir que tais montantes sejam utilizados de forma separada e independente,

para financiar atividades sociais, culturais e educativas em benefício dos titulares de direitos.

Nesta parte final, nos parece que a Diretiva poderia ter indicado outros caminhos. Permitir que as próprias organizações que arrecadaram e não conseguiram identificar as obras definam o destino da verba, como já referido, acaba por ser um incentivo para a ineficiência e também acaba por fazer o mesmo que a novel legislação brasileira sobre o assunto: formaliza a prática da distribuição indireta, que entendemos não ser condizente com lógica do sistema de proteção, mesmo que de forma mais controlada. A segunda opção, de financiar atividades em benefício dos titulares, que lembra um pouco o formato do extinto Fundo de Direito Autoral brasileiro, também não nos parece a mais adequada, já que também destina os valores àqueles já estão inseridos no sistema, sem qualquer correspondência com efetiva utilização de obras.

A situação ganha relevância quando inclusive iniciativas legislativas no sentido de regular a atuação das entidades de gestão coletiva acabam por reproduzir, e até impor, o modelo que elimina o vínculo entre obra e autor criado por estas. Além da situação na Europa, o Brasil teve avanços recentes no sentido de regular a gestão coletiva, especialmente com a edição da Lei nº 12.853/2013. Ocorre que as alterações trouxeram a possibilidade de remuneração indireta para o texto legal, inclusive de forma obrigatória depois de cinco anos da arrecadação, sendo que antes sua previsão ocorria apenas nos próprios regulamentos das associações.²⁶²

O ECAD chegou a fazer um estudo para identificar um percentual histórico de valores relativos a obras não identificadas e o resultado não foi uma busca pela diminuição destes percentuais, mas sim por distribuí-los de forma mais célere. Em dezembro de 2017, o Escritório divulgou uma nova rubrica chamada “Antecipação do Prescrito”, um adiantamento dos valores não identificados, que, ao contrário do que previu a recente nova legislação, serão distribuídos não em cinco, mas em dois anos. Este exemplo é ilustrativo de como se faz necessária uma nova e urgente abordagem sobre o tema.

O terceiro capítulo deste trabalho mostra como já há tecnologias avançadas para a

²⁶² “Art. 98. § 10. Os créditos e valores não identificados deverão permanecer retidos e à disposição dos titulares pelo período de 5 (cinco) anos, devendo ser distribuídos à medida da sua identificação.

§ 11. Findo o período de 5 (cinco) anos previsto no § 10 sem que tenha ocorrido a identificação dos créditos e valores retidos, estes serão distribuídos aos titulares de direitos de autor e de direitos conexos dentro da mesma rubrica em que foram arrecadados e na proporção de suas respectivas arrecadações durante o período da retenção daqueles créditos e valores, sendo vedada a sua destinação para outro fim” (Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013).

identificação de obras, mas que a ausência de cadastros padronizados é ainda um empecilho para uma maior correição no intercâmbio de informações e distribuição de valores. A falta de disseminação destas tecnologias e do estabelecimento de padrões muitas vezes é justificado pelo alto custo. Em última medida, os valores que não fossem identificados poderiam ser destinados para investimentos justamente para viabilizar que estas situações não mais ocorram.

A referida Diretiva 2014/26/UE traz em seu artigo 25º um dever de transparência das informações constantes de repertórios multiterritoriais, para tanto o artigo 26º estabelece que estes dados devem ser tratados com rigor tendo “em conta, tanto quanto possível, as normas setoriais voluntárias ou as práticas de intercâmbio de dados desenvolvidas ao nível internacional ou da União”. Em vários trechos da longa Diretiva, a questão da importância de uma boa gestão de dados aparece, mas como se denota do trecho destacado, fica a cargo do setor deliberar sobre o assunto, sem imposições de ações afirmativas neste sentido. Neste ponto, a legislação brasileira é mais assertiva, ao estabelecer o *International Standard Recording Code* (ISRC) como padrão desde 2002, por meio do Decreto nº 4.533.

A ausência de modelos universais de cadastros faz com que, eventualmente, até erros propositais possam ocorrer na inserção de informações. Além disso, é importante que se estabeleça padrões abertos e que permitam autenticação digital, com o registro de quaisquer modificações nos cadastros de obras. Tecnologias como a *blockchain*, que servem como base para as criptomoedas e têm a descentralização como medida de segurança, por meio de *software* com código-fonte aberto, seriam um caminho a ser utilizado como parâmetro.

Na medida em que os modelos anteriores de segurança na rede, por meio de assinaturas digitais, dependem de um terceiro confiável além daqueles que fazem parte da transação, a *blockchain* se diferencia ao ser um modelo baseado nas redes *peer-to-peer*, popularizadas para o consumo de música a partir do Napster, em que as informações circulem sem intermediários. As informações são colocadas em cadeias contínuas e permanentes de dados precisos com carimbos de tempo, amplamente disponíveis e inalteráveis. Seria importante o estabelecimento de um padrão aberto para cadastro das obras, que poderia utilizar como referência às criptomoedas, medida que facilitaria inclusive o pagamento de direitos e que não poderia ser utilizado pelas entidades de gestão

coletiva, como, eventualmente, poderia até substituir as próprias, ao possibilitar pagamentos diretos entre usuários e titulares de direitos de determinada obra.

A questão de cadastros hoje em dia é tão complexa, que serviços de *streaming* musical como *Spotify*, *Apple Music* e *Deezer* optam por terceirizar para as chamadas “agregadoras” a inclusão de obras em suas plataformas. Assim, um artista independente, por exemplo, que queira disponibilizar suas músicas nestes serviços precisará de um intermediário para tanto. É uma maneira das plataformas de *streaming* tentarem diminuir sua responsabilidade por cadastros equivocados, que gerarão pagamentos indevidos. Em que pese esta medida, são diversas as ações judiciais que alegam violações de direitos por parte destes serviços.

Já o *YouTube*, permite aos usuários subirem conteúdos diretamente e, como explicado no terceiro capítulo, criou ferramentas como o *fingerprinting* para buscar reconhecer eventuais direitos autorais. Mesmo assim, também há uma terceirização por meio das *multi-channel networks* (MCNs), que são redes que agregam diversos canais de vídeos e corresponderiam, em parte, ao papel das agregadoras, ao se encarregarem da monetização dos canais e ficarem com percentuais sobre a remuneração. As MCNs acabam por ter um papel de intermediários também quando os vídeos de seus filiados são denunciados por violações de direitos autorais.

O modo como atua o *YouTube* em relação à identificação de obras por meio do *fingerprint*, assim como a política de que, a partir de três denúncias sobre violações de direito autoral, um canal pode ser cancelado, são bastante controversas. Primeiro, os critérios que a plataforma utiliza para verificar a validade de denúncias se baseiam na legislação dos Estados Unidos, mas incorpora também regras próprias, de forma a criar uma espécie de direito exclusivo e automatizado aplicado em uma plataforma gigantesca de alcance de mundial. É um exemplo concreto do que Lessig define como o código (no sentido de fonte, relacionado a *software*) deslocando a lei como a principal defesa da propriedade intelectual no ciberespaço, com o avanço de regras unilaterais e privadas ao invés do direito, sem regulação externa.

Neste sentido, assim como ocorre com a gestão coletiva que recolhe inclusive em situações nas quais não deveria, o *YouTube* exclui canais, que hoje em dia podem ser até fontes exclusivas de renda para criadores, sem maiores discussões. O *fair use*, assim como as situações enquadradas na regra dos três passos da Convenção de Berna e limitações de

direitos autorais em geral são regras subjetivas, então o poder econômico costuma fazer que no caso de disputas a decisão possa pender para o lado da maior corporação, de forma a evitar indenizações e custos judiciais.

O *streaming* é de certa forma democrático, na medida em que permite a artistas de estilos e notoriedades distintas serem encontrados nas mesmas plataformas. Obviamente estas plataformas não estão alheias a estratégias de divulgação (ou até ao *jabá*, mesmo que seja normalmente previsto como infração pelos termos de uso) e, numa comparação com uma loja, é possível que alguns artistas sejam exibidos em vitrines (que hoje em dia podem ser as *playlists*) e outros mais escondidos, assim como em diferentes prateleiras. Nos serviços exclusivos de música, como explicado, é necessária autorização para inclusão das obras. Assim, para que pudessem se estabelecer de forma ampla, Spotify e afins tiveram que fazer acordos com as grandes gravadoras para obter licenças de seus repertórios, que foram negociados de forma integral.

O resultado foi o pagamento de milionários adiantamentos às gravadoras, com o estabelecimento de pagamentos ínfimos posteriores por *stream*. Os artistas não participam dos adiantamentos e recebem só uma parcela dos baixos valores pagos por *play* em suas obras. Este modelo criado pela indústria fonográfica acaba por dar as bases para a toda remuneração decorrente destes serviços, que já gastam parte considerável de sua receita com pagamento de direitos autorais que não necessariamente chegam até os autores. Os independentes não têm poder de barganha e é comum que agregadoras ainda cobrem um terço dos valores a quem têm direito pelo serviço de intermediação.

Junta-se a isto o fato de que muitos dos usuários das plataformas usam versões gratuitas em que a receita de propagandas é pequena. Mesmo as versões pagas têm mensalidades em valores que correspondem ao preço de um CD para ter acesso ilimitado a todo o repertório por 30 dias. Além disso, os custos tecnológicos para manutenção e expansão das plataformas é considerável. A consequência é que os artistas estão insatisfeitos com o que recebem (principalmente aqueles que chegaram a ganhar dinheiro com a venda de formatos físicos) e as plataformas digitais têm dificuldades para gerar lucro.

Parece que a indústria fonográfica, que por algum tempo foi vista em uma posição de fraqueza, conseguiu se fortalecer e impor as regras para este novo mercado, criado à sua margem, às custas dos novos “parceiros” e artistas. Na medida em que o consumo de

música por meio dos serviços de *streaming* ganha cada vez maior protagonismo, não só o sistema de gestão coletiva ganha novo fôlego, quanto o sistema de distribuição indireta fica ainda mais anacrônico, em razão da possibilidade de mensuração exata sobre as obras acessadas.

A distribuição indireta parece ter sido analisada sempre sob um viés prático, sem maiores justificativas teóricas, pois seria o único meio de garantir os direitos de execução pública. Este pragmatismo também parece ter sido a tônica do STJ, ao entender que há execução pública em qualquer tipo de *streaming*, mesmo os interativos, posição que o próprio ECAD não admitia em um passado recente. Ao longo do tempo, pode-se verificar que a opção pragmática se tornou quase uma política deliberada, mesmo que velada, construída diante da ausência de qualquer incentivo para extinção da utilização de critérios como o de amostragem. É chegado o momento de abordar a questão sob um novo enfoque, até porque já existem ferramentas técnicas para possibilitar uma remuneração direta e mais transparente.

REFERÊNCIAS

ALBINSSON, Staffan. The Advent of Performing Rights in Europe. **Music & Politics** 6. Michigan (EUA), 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.3998/mp.9460447.0006.204>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. A Costly Glass of Water: The Bourget v. Morel Case in Parisian Courts 1847-1849. **Svensk Tidskrift För Musikforskning**: Swedish Journal of Music Research. Suécia, p. 59-70. 2014. Disponível em: <http://musikforskning.se/stm-sjm/sites/default/files/pdf/Albinsson_STM-SJM_2014_webb_1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

ALMENDRA, Vanisa Santiago Gayoso e. **Estudos Técnicos sobre a Gestão Coletiva de Direitos Autorais**. Brasília: Unesco, 2014.

ANDERSON, Chris. **A Cauda Longa**: do mercado de massa para o mercado de nicho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 29.

ARIENTE, Eduardo Altomare. **A Função Social da Propriedade Intelectual**. São Paulo: Lumen Juris, 2015.

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

_____. **Direito da Internet e da Sociedade de Informação**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

_____. Representatividade e Legitimidade das Entidades de Gestão Coletiva de Direitos Autorais. In: GUEDES, Armando Marques et al. (org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. Lebre de Freitas**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

AUDIOMONITOR. **O que fazemos**. São Paulo. Disponível em: <<http://audiomonitor.com.br/sobre/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BAND, Jonathan; BUTLER, Brandon. Some Cautionary Tales about Collective Licensing, **American University Washington College of Law**, Washington, v. 21, p. 695, 2013. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.msu.edu/ilr/vol21/iss3/7>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. **O Conceito de Propriedade Intelectual**. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/110.doc>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BILLINGTON, Michael. **Beaumarchais, the dramatist behind The Marriage of Figaro and The Barber of Seville, was more than a mere playwright - he shaped the 18th century**, 2006. Disponível em:

<<https://www.theguardian.com/music/2006/jan/06/classicalmusicandopera>>. Acesso em: 20 de ago. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. O Poder Legislativo e o Direito de Autor. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 101, p. 140, jan./mar. 1989.

BONASSA, Elvis Cesar. Weffort descarta intervencionismo no Ecad. **Folha de S. Paulo**. Ilustrada. São Paulo, 26 out. 1995. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/10/26/ilustrada/3.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRAGA, Glória. **Anteprojeto da Lei de Direitos Autorais**. 31 ago. 2010, Rio de Janeiro [para] FERREIRA, Juca. Brasília. Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/wp-content/uploads/2010/09/ECAD.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. Secretaria-Geral. **CODEAC**: Relatório geral do Ministério da Educação e Cultura 1977. Brasília, Ministério da Educação e Cultura, Departamento de Documentação e Divulgação, 1978. p. 31.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. AREsp 802891 / RJ - 2015/0272995-4. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. 29 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/158600644/stj-29-08-2017-pg-2240>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no 2.054-4/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Acórdãos, 02 abril 2003. p. 113.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação civil no AC: 00000186020108240023 Capital 0000018-60.2010.8.24.0023 – Santa Catarina. Relator: Fernando Carioni. 28 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. Agravo de Instrumento. Processo nº 0011505-90.2017.8.19.0000. Ação Originária no 017822-04.2017.8.19.0001.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento. Processo nº 2122733-41.2017.8.26.0000. Relator(a): Clara Maria Araújo Xavier. Agravante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Agravada: Azul Music Multimídia Eireli. Comarca: São Paulo.

BUREAU DE L'UNION INTERNATIONALE POUR LA PROTECTION DES ŒUVRES LITTÉRAIRES ET ARTISTIQUES. **Le Droit d'Auteur**. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/120/wipo_pub_120_1890_10.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CABRAL, Sérgio. **Ataulfo Alves**: vida e obra. São Paulo: Editora Lazuli, 2016.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2006.

CELIZIC, Mike. Director: Funds for “Thriller” were tough to raise. **Today**. Pop Culture. 25 Apr. 2008. Disponível em: <<https://www.today.com/popculture/director-funds-thriller-were-tough-raise-wbna24314870>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CHANAN, Michael. **Repeated takes**: a short history of recording and its effects on music. Londres: Verso, 1995.

CHAVES, Antônio. O ECAD (Escritório Central de Arrecadação e distribuição). **Revista de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 77, p. 53-63, 1982. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66941>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Collective Management of Copyrights and Human Rights. Nashville: Daniel J. Gervais ed., 2010. p. 93. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2311. Acesso em: 20 ago. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: uma Agenda Digital para a Europa**. Bruxelas, 19 mai. 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245&from=PT>>. Acesso em: 12 out. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE DIREITO AUTORAL. **Deliberação nº 02/1980**. 2ª Câmara. Relator: Henry Mario Francis Jessen. Brasília, jul. 1980. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/documents/18021/130362/Delibera02-1980-2cam1.pdf/bd28fc6e-2b54-4564-9645-124d385506e5>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. **Direito Autoral: Pareceres 1984/1987**. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/documents/10883/38605/Parecer107-1986.pdf/68af7d0b-664d-4449-9dc7-9afdaa105f77>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CONVENTION NATIONALE. **Décret de la Convention Nationale du Dix neuf Juillet 1793, l'an deuxième de la république française**. République Française, 1793. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/pdf/f_1793_1.pdf>. Acesso em: 3 set. 2017.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direitos de Autor e Antitruste: convergências e tensões**. In: Boletim GEDAI. Florianópolis: GEDAI, 2012.

DDEX. **DDEX Past**. Disponível em: <<http://www.ddex.net/ddex-past>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

DIAS, Tatiana de Mello. O YouTube e o Ecad. **O Estado de S. Paulo**. Link. São Paulo, 12 abr. 2011. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/geral,o-youtube-e-o-ecad,10000039804>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

DICOLA, Peter C.; TOUVE, David. Licensing in the Shadow of Copyright. **Stanford Technology Law Review**, v. 17, p. 429-430, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2625300>. Acesso em: 20 ago. 2017.

DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em Busca do Juiz Plagiador:** contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ECAD. **Posicionamento Relatório Final CPI.** Brasília, 24 abr. 2012. Disponível em: <http://respostadoecad.ecad.org.br/Posicionamento_Relatorio_Final_CPI.aspx>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. **Regulamento de Arrecadação.** Artigo 10. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/regulamento-de-arrecadacao/Documents/Regulamento%20Arrecadação.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. **Mais de R\$ 1 Bilhão distribuídos para 259 mil artistas...** 15 dez. 2017. Twitter: @Ecad_Oficial. Disponível em: <https://twitter.com/Ecad_Oficial/status/941779391117512704>. Acesso em: 18 dez. 2017.

ELIAS, Norbert. **Mozart:** sociologia de um gênio. Rio de Janeiro: Zahar, 1995.

ELKIN-KOREN, Niva. After twenty years: revisiting copyright liability of online intermediaries. In: FRANKEL, Susy; GERVAIS, Daniel. **The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age.** v. 29, Feb. 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2483877>. Acesso em: 20 ago. 2017.

FARIA, Tânia Luísa F. e. Gestão Coletiva de Direitos de Autor e Direito da Concorrência: O Ótimo é Inimigo do Bom ou Vice-Versa - Reflexões a Propósito do Caso CISAC. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro.** Lisboa, v. 2, n. 11, 2013. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/04/2013_11_00000_Capa.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

FELDMAN, Robin. **Rethinking Patent Law.** Massachusetts: Harvard Uni Press, 2012.

FISHER, William. **Theories of Intellectual Property.** Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

FOR THE PROTECTION OF PLAYS. A Large Delegation of Managers and Dramatists in Washington to Plead of their Rights. **The New York Times.** Washington, 18. Feb. 1896. Disponível em: <<http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=9C05E0DE123EE333A2575AC1A9649C94679ED7CF>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

FUSCO, Camila. iTunes chega ao Brasil em outubro pelo varejo. **Folha de S. Paulo.** Mercado. São Paulo, 26 mai. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me2605201104.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

GERVAIS, Daniel. **Collective Management of Copyrights and Related Rights.** Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

GRAVELLE, J. G. **Money for Something: Music Licensing in the 21st Century**. Washington, DC: Congressional Research Service, 2016. Disponível em: <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key_workplace/1493>. Acesso em: 20 ago. 2017.

JASZI, Peter. Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of “Authorship”. **Duke Law Journal**, n. 2, 1991.

JODAEIYE Nader az Simin. Roteiro: Asghar Farhadi. Irã: Imovision, 2011. DVD.

JUNGSMANN, Mariana. Senado aprova projeto sobre Ecad em sessão com participação de Caetano Veloso e Roberto Carlos. **Agência Brasil – Empresa Brasil de Comunicação**. Brasília, 3 jul. 2013. Cultura. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-07-03/senado-aprova-projeto-sobre-ecad-em-sessao-com-participacao-de-caetano-veloso-e-roberto-carlos>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

KOSKINEN-OSSON, Tarja; LOWE, Nicholas. **Educational Material on Collective Management of Copyright and Related Rights**. Module 2: Management of copyright and related rights in the field of music. Genebra: WIPO, 2012.

LANDES, William M.; POSNER, Richard. An Economic Analysis of Copyright Law. **Journal of Legal Studies**, v. 18, n. 2, p. 325-363, jun. 1989. Disponível em: <<http://www.sfu.ca/~allen/copyright.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

LE CHAPELIER, Isaac-René-Guy. **Rapport fait par M. Le Chapelier au nom du Comité de constitution sur la pétition des auteurs dramatiques, dans la séance du jeudi 13 janvier 1791, avec le décret rendu dans cette séance**. Paris: Impr. nationale, 1791. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/pdf/f_1791_1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

LESSIG, Lawrence. **Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy**. Bloomsbury Academic: Londres, 2008.

_____. **Free Culture: the nature and future of creativity**. Nova Iorque: Penguin Books, 2005.

LESSIG, Lawrence. Laes that Choke Creativity. **TED**, Mar. 2017. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/larry_lessig_says_the_law_is_strangling_creativity?utm_campaign=tedsread—b&utm_medium=referral&utm_source=tedcomshare>. Acesso em: 20 ago. 2017.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LOREN, E. Mulraine. Fair Play Fair Pay: The Need for a Terrestrial Public Performance Right and General Copyright Reform, **3 Belmont L. Rev.** 71, n. 102, 2016.

LOUIS XVI. **Arrêt du Conseil d’État du Roi, qui établit un Bureau de Timbre pour la Musique**. 1786. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/pdf/f_1786_1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

LUNNEY, Glynn. Copyright Collectives and Collecting Societies: The United States Experience. In: GERVAIS, Daniel. **Collective Management of Copyrights and Related Rights**. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

MACHADO, Rosi Marques. Da indústria cultural à economia criativa. **Alceu**. v. 9, n. 18, jan./jun. 2009. Disponível em: <[http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/Alceu%2018_artigo%206%20\(pp83%20a%2095\).pdf](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/Alceu%2018_artigo%206%20(pp83%20a%2095).pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2017.

MARQUES, João Paulo Remédio. Propriedade intelectual – tendências globais. In: CASTRO, Ana Célia; POSSAS, Cristina de Albuquerque; GODINHO, Manuel Mira. **Propriedade Intelectual nos Países de Língua Portuguesa: Temas e Perspectivas**. Rio de Janeiro: E-papers, 2011.

MEDEIROS, Jotabê. Há dez anos, Rolling Stones faziam show histórico na praia de Copacabana. **UOL Música**. 18 fev. 2016. Disponível em: <<https://musica.uol.com.br/noticias/redacao/2016/02/18/ha-dez-anos-rolling-stones-faziam-show-historico-na-praia-de-copacabana.htm>>. Acesso em 20 ago. 2017.

MINC. **Consulta Pública para Modernização da Lei dos Direitos Autorais**. Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/consulta/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

MOREL, Leonardo de Moraes. **Impactos das Inovações em Serviços no Mercado Brasileiro de Música: o caso da tecnologia streaming**. 2017. Dissertação (Mestrado). Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

MORELLI, Rita de Cássia Lahoz. **Arrogantes, Anônimos, Subversivos: interpretando o acordo e a discórdia na tradição autoral brasileira**. 1998. Tese (Doutorado). Departamento de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 1998.

MUSICAL TIMES. The Law of Musical Copyright. In: **The Musical Times and Singing Class Circular**. United Kingdom, v. 18, n. 411, May 1877, p. 214-216. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3355407>. Acesso em: 20 ago. 2017.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direitos de Autor e Liberdade de Informação**. Coimbra: Almedina, 2008.

PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos Comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet): Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas**. Brasília: Ministério da Cultura, 2014.

PIASKOWSKI, Nathalie. Collective Management in France. In: GERVAIS, Daniel. **Collective Management of Copyrights and Related Rights**. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

PICCIOTTO, Sol; CAMPBELL, David. Whose molecule is it anyway? Private and social perspectives On intellectual property. In: HUDSON, Alistair. **New perspectives on property law, obligations and Restitution**. London: Routledge-Cavendish, 2003.

PREUBISCHEN STAATEN. **Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten.** 1837. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/pdf/d_1837a_1.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

REDAÇÃO LINK. Novas plataformas ajudam artistas a mapear desempenho de sua música. **O Estado de S. Paulo.** Link. 22 fev. 2015. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/geral,novas-plataformas-ajudam-artistas-a-mapear-desempenho-de-sua-musica,10000029668>>. Acesso em: 22 jun 2016.

ROSEN, Zvi S. The Twilight of the Opera Pirates: A Prehistory of the Exclusive Right of Public Performance for Musical Compositions. **Cardozo Arts and Entertainment Law Journal.** v. 25, p. 48, 2006. Disponível em: <<http://cardozoaelj.com/wp-content/uploads/Journal%20Issues/Volume%2024/Issue%203/Rosen.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

SACEM. **Acte de Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique, Passé à Paris, devant M^e Halphen, notaire, et son collègue.** Le 31 Janvier 1851. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/pdf/f_1851_1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SANTIAGO, Oswaldo. **Aquarela do Direito Autoral.** Rio de Janeiro: UBC, 1985.

SCIENCE, Chico. Da Lama ao Caos. Intérprete: Chico Science & Nação Zumbi. In: **Da Lama ao Caos.** Chaos, Faixa 1, Disco 2, 1994. CD.

SHAZAM. **A nossa missão é ajudar as pessoas a reconhecer e a envolverem-se no mundo à sua volta.** Disponível em: <<https://www.shazam.com/company>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SILVA, Guilherme Coutinho. **Acesso às Obras Fonográficas na Sociedade Informacional.** 2011. Dissertação (Mestrado). Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

SINGLETON, Micah. Apple confirms it has acquired Shazam. **The Verge.** Tech. 11 Dec. 2017. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2017/12/11/16761984/apple-shazam-acquisition/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SISARIO, Ben. New Venture Seeks Higher Royalties for Songwriters. **The New York Times.** Media. Washington, 29 out. 2014. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2014/10/30/business/media/new-venture-seeks-higher-royalties-for-songwriters.html?_r=0>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SOUZA, Allan Rocha de Souza. **A Função Social dos Direitos Autorais:** uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

STANGL, Andre; PAMPONET FILHO, Reinaldo. O valor da música. In: PERPETUO, Irineu Franco; SILVEIRA, Sergio Amadeu da. **O Futuro da Música depois da Morte do CD.** São Paulo: Momento Editorial, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5062**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 27 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5062ementa.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

TORREMANS, Paul L. C. Collective Management in United Kingdom (and Ireland). In: GERVAIS, Daniel. **Collective Management of Copyrights and Related Rights**. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

TORRI, Veronica. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Defesa da Concorrência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TREW, James. YouTube unveils Music Key subscription service, here's what you need to know. **Engadget**. 11 Dec. 2014. Disponível em: <<https://www.engadget.com/2014/11/12/youtube-launches-music-key/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. **Copyright and the Music Marketplace a report of the register of copyrights**. Washington, May 2016, p. 184. Disponível em: <<https://copyright.gov/docs/musiclicensingstudy/copyright-and-the-music-marketplace.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

VALENTE, Mariana Giorgetti. A História do Sistema Brasileiro de Gestão Coletiva. In: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti. **Da Rádio ao Streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá, 2010.

WARFIELD, Patrick. John Philip Sousa and “The Menace of Mechanical Music”. **Journal of the Society for American Music**, v. 3, n. 4, p. 431-463, 2009. Disponível em: <<http://proxyau.wrlc.org/login?url=https://search.proquest.com/docview/1570322?accountid=8285>>. Acesso em: 10 set. 2017.

WARNER MUSIC GROUP. Vevo and Warner Music Group Announce Partnership - Premium videos from Warner Music Group artists soon to be available on Vevo-owned properties. **News**. New York, 2 Aug. 2016. Disponível em: <<http://www.wmg.com/news/vevo-and-warner-music-group-announce-partnership-21561>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

WIKIPEDIA. **List of most-subscribed YouTube channels**. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_most-subscribed_YouTube_channels>. Acesso em: 20 ago. 2017.

WILF, Steven. Copyright and Social Movements in Late Nineteenth-Century America. **Faculty Articles and Papers**. n. 42, 2011. Disponível em: <http://digitalcommons.uconn.edu/law_papers/42>. Acesso em: 24 set. 2017.

WITT, Stephen. **Como a Música Ficou Grátis**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

YOUTUBE. **Canal da Kondilla Filmes, a maior produtora de conteúdo audiovisual de música eletrônica de periferia do Brasil.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/user/CanalKondZilla/about>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. **Ecad.Tec CIA Rádio.** Disponível em: <<https://youtu.be/y8746eHa2aU>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. **YouTube Content ID.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9g2U12SsRns>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. **YouTube Red.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/red>>. Acesso em: 20 ago. 2017.