

A GESTÃO PESSOAL DOS DIREITOS AUTORAIS E OS NOVOS NEGÓCIOS DO MERCADO MUSICAL

Ana Frazão

Professora de Direito Civil, Comercial e Econômico da Universidade de Brasília – UnB.

Sumário: **1** A compreensão dos novos modelos de negócios de música a partir do seu pressuposto comum: a invocação da autorização legal para a gestão pessoal de direitos autorais – **1.1** A sonorização ambiental mediante sublicenciamento decorrente de licenciamento direto com remuneração apenas do compositor: o caso da empresa *ListenX* – **1.2** A sonorização ambiental mediante sublicenciamento de repertório “próprio” elaborado a partir de pretensão licenciamento direto, com remuneração por direitos autorais e conexos: o caso da empresa *Azul Music/Music Delivery* – **1.3** Síntese – **2** A gestão coletiva e a gestão individual de direitos autorais no ordenamento jurídico brasileiro – **2.1** O papel da gestão coletiva na defesa de direitos autorais – **2.2** O ECAD e o *modus operandi* da gestão coletiva no Brasil – **2.3** A gestão pessoal de direitos autorais e conexos na Lei nº 9.610/98 e no Decreto nº 8.469/2015 – **2.4** A impossibilidade de gestão coletiva por empresas privadas: o modelo legal brasileiro é de regulação da gestão coletiva e de monopólio legal do ECAD para arrecadação e distribuição – **2.5** Síntese – **3** A necessidade e a adequação do modelo de gestão coletiva previsto na Lei nº 9.610/98 diante das peculiaridades do modelo de direitos autorais brasileiro (*Droit d’Auteur*) – **3.1** A complexidade do modelo de direitos autorais de obras musicais adotado no Brasil – **3.2** Os direitos conexos e a necessária proteção de seus titulares – **3.3** Síntese: A gestão coletiva centralizada pelo ECAD como única forma de operacionalização do modelo de direitos autorais de obras musicais adotado no Brasil – **4** O descumprimento, pelos novos modelos de negócio, dos requisitos impostos pela lei para a gestão coletiva – **5** A idoneidade do modelo de gestão coletiva segundo a legislação concorrencial – **6** Resposta

Consulta

Tive a honra de ser consultada pelo ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição a respeito da legalidade de novos modelos de negócio que vêm surgindo no mercado musical. Estes, apesar de suas diferenças, têm em comum o fato de ofertarem músicas ou serviços musicais com base na pretensa possibilidade de se furtarem à gestão coletiva centralizada pelo ECAD, sob o fundamento de que estariam realizando “gestão pessoal de direitos autorais”, o que seria supostamente autorizado pelo §15 do artigo 98 da Lei nº 9.610/98, modificada pela Lei nº 12.853/2013.

Diante desse quadro, indaga o consultante se tais modelos de negócio podem ser considerados gestão pessoal de direitos autorais, bem como se são compatíveis com o monopólio legal do ECAD para a gestão coletiva e com a própria estrutura do sistema de proteção de direitos autorais e conexos adotada pela legislação brasileira.

1 A compreensão dos novos modelos de negócios de música a partir do seu pressuposto comum: a invocação da autorização legal para a gestão pessoal de direitos autorais

1.1 A sonorização ambiental mediante sublicenciamento decorrente de licenciamento direto com remuneração apenas do compositor: o caso da empresa *ListenX*

O primeiro modelo de negócio a ser analisado consiste na prestação de serviços de sonorização ambiental de estabelecimentos comerciais a partir do sublicenciamento de obras musicais anteriormente licenciadas pelos seus compositores. Neste caso, a ofertante dos serviços musicais obtém seu repertório por meio do sublicenciamento de repertório detido por outra empresa que, por sua vez, obteve as músicas diretamente dos compositores. A partir daí, a empresa brasileira não apenas transmite as obras musicais a seus clientes, como também fornece estrutura tecnológica de gestão da sonorização ambiental por intermédio de programa de computador.

Tal modelo de negócio é o que se verifica em empresas brasileiras como a *MSolutions*, cujas práticas foram objeto de representação pelo ECAD perante o Ministério da Cultura em 07.12.2016, e a *ListenX*, exemplo que será adotado para a presente análise, até mesmo diante da já existente litigiosidade, uma vez que a empresa figura em lide com o ECAD.

Segundo informações prestadas pela *ListenX* no âmbito da Ação nº 017822-04.2017.8.19.0001, que tramita perante a 4ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ, a *ListenX*, “é uma das empresas que tem operado um negócio que constitui tendência internacional, mas somente recentemente desembarcou no Brasil. Trata-se do fornecimento de soluções digitais que permitem a estabelecimentos comerciais executar música ambiente”.¹

¹ Petição da ListenX, §2º.

Ainda de acordo com os dados fornecidos pela empresa, a *ListenX* presta serviços de sonorização ambiental por intermédio da criação de programação musical personalizada, segundo as características do negócio e marca de outras empresas. O modelo de negócio da *ListenX* consiste, portanto, na criação de *playlists* executadas por um *software* proprietário cuja programação musical é transmitida pelo sistema de áudio do estabelecimento “como se fosse uma rádio própria da loja, podendo até incluir vinhetas personalizadas com informações ou eventuais promoções”.²

Como se pode observar, a “matéria-prima” das atividades da *ListenX* são as músicas. Logo, fator essencial do seu modelo de negócio é a forma pela qual o seu repertório é obtido, o que ocorre, segundo a empresa, por meio do chamado “licenciamento direto de direitos autorais”, realizado mediante a celebração de contrato de licença de direitos autorais com a empresa norte-americana *Navarr Enterprises, Inc. (AudioSparx)*, em razão do qual conta com “mais de 121.000 músicas para fins de sublicenciamento dos direitos de exploração comercial e execução pública às suas clientes”.³

Por fim, a *ListenX* informa ser a *AudioSparx* detentora de direitos de distribuição e exploração comercial, na forma do artigo 54 da Lei de Direitos Autorais, uma vez que a empresa norte-americana atua como editora de parte do repertório licenciado. É importante notar, desde já, que, nos termos da legislação norte-americana, baseada no sistema de *Copyright* – a ser explorado posteriormente –, tais negociações somente protegem os compositores, não alcançando os intérpretes que executam suas composições gravadas – os chamados “direitos conexos” –, como acontece na legislação brasileira.

Baseando sua tese no §15 do artigo 98 da Lei nº 9.610/98 e no artigo 13 do Decreto nº 8.469/2015, a *ListenX* sustenta serem legítimos negócios jurídicos nos quais, em negociação com a empresa estrangeira detentora dos direitos autorais, participa de sublicenciamento sem qualquer intermediação de associação de gestão coletiva no Brasil ou no exterior. Assim, no seu entender, não deveria haver qualquer participação do ECAD no negócio, o qual deveria ser somente comunicado do licenciamento para que cessasse suas atividades de cobrança.

Acrescente-se, ainda, que a internacionalização da avença produz estrutura complexa para a comunicação ao ECAD da realização do negócio direto: caso o compositor – que é o único titular do direito considerado na avença – não

² Petição da *ListenX*, §8º.

³ Petição da *ListenX*, §10.

esteja filiado a alguma associação de gestão coletiva brasileira, mas apenas a associação estrangeira, esta comunicará a realização do negócio à entidade brasileira que a represente, a qual, por sua vez, comunicará a avença ao ECAD.⁴

A operação que constitui a essência do modelo de negócio é, portanto, complexa. Por essa razão, vale a pena apresentar exemplo concreto, retirado do acervo *AudioSparx*. Para tanto, escolheu-se o compositor Michael Keck,⁵ que conta com um total de 561 faixas listadas no repertório da *AudioSparx*. Na linha da descrição fornecida pela *ListenX*, a operação ocorre nas seguintes etapas: (i) Michael Keck licencia diretamente as obras das quais é titular para a *AudioSparx*; (ii) A *AudioSparx* sublicencia as mesmas obras para a *ListenX*; (iii) A *ListenX*, por sua vez, realiza novos sublicenciamentos para as empresas à quais presta serviços de rádios corporativas e *musical branding*.

Sob a ótica das notificações, a operação requer as seguintes etapas: (i) A *AudioSparx* notifica a *American Society of Composers, Authors and Publishers* (ASCAP), associação de gestão coletiva norte-americana à qual Keck é filiado, para que esta cesse as cobranças de direitos autorais relativas à faixa licenciada naquele país; (ii) A ASCAP repassa a notificação a seus parceiros internacionais, de modo a cientificar sua parceira brasileira, a União Brasileira de Compositores (UBC);⁶ (iii) A cobrança de direitos autorais pelas execuções em território brasileiro por meio da gestão coletiva seria suspensa em relação àquele fonograma a partir da comunicação do licenciamento direto pela UBC ao ECAD.

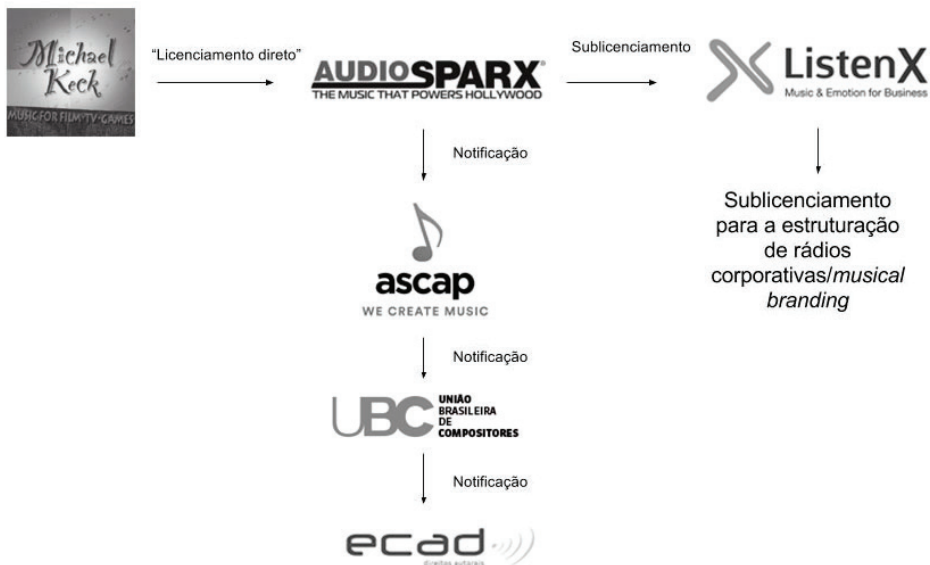
Ressalte-se, portanto, que, por mais que o ECAD não participe diretamente da relação, sua notificação é necessária para que se suspendam as cobranças por gestão coletiva, o que, no entender da *ListenX*, seria admitido pelo §15 do artigo 98 da Lei de Direitos Autorais.

⁴ Tal sistemática se dá – como também ressaltou a petição da *ListenX* (§22) – em razão da vedação constante do artigo 97, §2º, da Lei de Direitos Autorais, segundo o qual o titular de direitos autorais somente pode estar filiado a uma entidade. Pode-se, ainda, mencionar a hipótese de o titular não estar filiado a qualquer entidade, quando a comunicação se daria pela comunicação direta do titular ao ECAD.

⁵ O perfil de Michael Keck no *website* da *Audiosparx* pode ser verificado no seguinte *link*: <<https://www.audiosparx.com/MichaelKeck>>.

⁶ Disponível em: <<https://www.ascap.com/help/international/affiliated-foreign-societies>>. Acesso em: 6 out. 2017.

A operação pode ser representada graficamente da seguinte maneira:



Observe-se que o único titular de direitos autorais levado em consideração na operação é o próprio compositor Michael Keck, não sendo mencionados quaisquer outros sujeitos que tenham feito parte da gravação da faixa, ainda que seu amplo repertório seja composto de fonogramas dos mais variados gêneros – desde ritmos latinos até o *New Age* e o *R&B* –, que contam com os mais variados instrumentos, a exemplo de vocais masculinos e femininos, sopro, percussão, teclados, entre outros.

Já se percebe, a partir de uma visão preliminar da operação, a maior aproximação do modelo de negócios com o sistema de *Copyright* – cujo foco é a proteção dos direitos do compositor –, e o seu distanciamento de sistemas como o brasileiro, que têm por foco igualmente a proteção dos direitos conexos.

Com efeito, em negócios como o descrito, os direitos conexos dos artistas intérpretes e executantes são frontalmente prejudicados, já que se pode burlar a estrutura de parcerias que as entidades norte-americanas fazem com as associações brasileiras, a fim de que tais artistas – os titulares de direitos conexos – sejam igualmente remunerados pelas execuções em território brasileiro.

Como se mostrará posteriormente, o *Copyright* é revestido de forte carga patrimonial, de sorte que, nas situações específicas em que o direito norte-americano reconhece hipótese análoga aos direitos conexos de artistas intérpretes ou executantes, a distribuição de remuneração se dá a partir de desdobramento da parcela devida ao compositor, e não em razão de direito autônomo.

Vale ressaltar que o próprio sistema de gestão coletiva nos Estados Unidos é diverso do que se adota no Brasil. Basta perceber que as associações de gestão coletiva não são organizadas em torno de escritório central – como ocorre no Brasil com o ECAD, que detém monopólio legal de distribuição e arrecadação –, mas concorrem entre si.

O fato de a gestão coletiva não ser exclusividade de uma entidade específica nos Estados Unidos é justamente o que permite o surgimento de empresas como a *AudioSparx*, o que é inconcebível no modelo brasileiro de gestão coletiva. Nesse sentido, a legislação norte-americana diferencia as “sociedades de direitos de execução” (*performing rights societies*), assim entendidas como as associações que licenciam o direito à execução pública em nome do detentor do direito de autor, categoria que engloba entidades como a ASCAP; dos “licenciantes” (*licensors*), entidades que, em maior ou menor grau, por deterem em conjunto, controlarem ou administrarem *copyright* de obras musicais, têm a prerrogativa de licenciar tais direitos (U.S.C., 17, §114, E).

Dessa maneira, ainda que no sistema norte-americano também seja vedada a filiação a múltiplas associações, não haveria óbice para que determinado compositor fosse filiado a uma associação e, ao mesmo tempo, integrasse a lista de artistas da *AudioSparx*, ou mesmo para que sequer fosse filiado a alguma associação, uma vez que não há monopólio legal de gestão coletiva naquele país.

Adicione-se, ainda, que a retribuição por direitos conexos não se dará por meio desses intermediários, mas ficará a cargo de um agente privado, sem fins lucrativos (*nonprofit agent*), encarregado de distribuir receitas entre autores e detentores de direitos conexos, isto é, de realizar a gestão coletiva na distribuição (U.S.C., 17, §114, G, 3). No entanto, tal arranjo não é admitido pelo direito brasileiro, como se mostrará a seguir, já que o ECAD detém o monopólio legal de arrecadação e distribuição da retribuição por execuções públicas às associações de gestão coletiva que, por sua vez, devem observar requisitos específicos para que sejam assim consideradas.

Além dos aspectos já mencionados, é importante perceber que os sublicenciamentos do negócio – tanto da *AudioSparx* para a *ListenX* como da *ListenX* para os seus clientes – não são atos pessoais, nos quais o titular dos fonogramas autoriza por si mesmo e diretamente o uso de suas obras. Na verdade, os negócios com os usuários são feitos por intermédio de mandatária – a *AudioSparx* –, que recebe autorização genérica para que possa sublicenciar os direitos a quem lhe aprover, fazendo retornar ao titular o montante recolhido, com base no qual incidirá a sua respectiva comissão em razão da intermediação.

Trata-se, portanto, não de gestão pessoal dos direitos autorais pelo próprio compositor, exercida por ele diretamente em nome próprio, mas sim de gestão

ampla e mediante representação genérica e abrangente, a partir da delegação de poderes que o compositor faz para a *AudioSparx*.

Pode-se, ainda, trazer outro exemplo ainda mais sensível para a posterior demonstração de que o referido modelo de negócios viola as regras brasileiras, que acolhem o sistema de gestão coletiva exatamente para compatibilizar os interesses de todos os titulares de direitos autorais envolvidos. Nesse sentido, pode-se mencionar a faixa *Brazilian Bossa with Vocal*,⁷ que consta da base da *AudioSparx* e, embora esteja creditada apenas à compositora norte-americana Regina Smoler,⁸ apresenta vocalista masculino não identificado que canta Bossa Nova em português brasileiro.

Importa notar, nesse exemplo, que o intérprete brasileiro não apenas deixa de receber a retribuição lhe é devida em razão das execuções em território nacional, protegidas pela Lei nº 9.610/98, como sequer é creditado por sua participação. Tudo isso acontece porque o modelo de negócio da *ListenX*, como se demonstrará a seguir, ainda que possa ser viável no modelo de proteção a direitos autorais norte-americano, não se afigura possível no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o conjunto de direitos tutelados pela Lei de Direitos Autorais e o papel central do ECAD para sua efetiva proteção.

Felizmente o próprio Poder Judiciário brasileiro já está atento para a complexidade da questão e o risco inerente a tais modelos de negócio, mesmo que por meio de decisões ainda não definitivas. Nesse sentido, é interessante mencionar que, na Ação nº 017822-04.2017.8.19.0001 – em que a *ListenX* requer que o ECAD se abstenha de quaisquer atos de cobrança de seus clientes, pleiteando também que o Juízo declare a legalidade de seu modelo de licenciamento direto –, houve uma primeira decisão proferida em caráter de tutela provisória que determinou a suspensão, pelo ECAD, das cobranças de parcelas oriundas de direitos autorais, com vistas a evitar o *bis in idem*, tendo em vista que uma série de autores de obras musicais teriam concedido autorizações diretas – sem autorização do ECAD – por intermédio da *ListenX*.

No entanto, no âmbito do Agravo de Instrumento nº 0011505-90.2017.8.19.0000, a Desembargadora-Relatora atribuiu efeito suspensivo ao recurso do ECAD, sob o acertado fundamento de que a controvérsia legal recai não sobre a atuação do ECAD, mas sim da *ListenX*. Segundo a Relatora, “se há dúvida em definir o que seja licenciamento direto, dúvida não há da legalidade da cobrança

⁷ Disponível em: <https://www.audiosparx.com/sa/summary/play.cfm/crumb.31/crumc.0/sound_iid.312843>. Acesso em: 6 out. 2017.

⁸ Disponível em: <<https://www.audiosparx.com/ReginaSmoler>>. Acesso em: 6 out. 2017. O *website* oficial da compositora está disponível em: <<http://www.rsmolermusic.com/rsmolerbio.html>>. Acesso em: 6 out. 2017.

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”.

É importante ressaltar que, para além de defender-se na ação da *ListenX* na Justiça Estadual do Rio de Janeiro, o próprio ECAD já se reportou ao Ministério da Cultura, competente para fiscalizar a gestão coletiva de direitos autorais no Brasil, a respeito do fato de empresas com modelo de negócio similar à *ListenX*⁹ estarem ilicitamente realizando gestão coletiva de direitos de execução pública musical, o que aguarda ainda pronunciamento final do órgão.

Uma coisa é certa: o modelo de negócios descrito é tudo menos gestão pessoal. Afinal, exige não apenas a interposição de empresa entre compositor e empresa interessada na execução pública, mas também a interposição de empresa norte-americana que obtém licenças diretas baseadas no sistema de *Copyright* para, então, sublicenciar tais obras a empresa brasileira que, por sua vez, prestará serviços de sonorização ambiental.

Embora todo esse procedimento seja justificado pelos interessados com base na possibilidade de gestão pessoal dos direitos autorais, nos termos do §15 do artigo 98 da Lei nº 9.610/98, é fácil verificar que o negócio, longe de ser pessoal e diretamente realizado pelo compositor, requer uma dupla representação para que possa ser existir, já que o compositor precisa nomear uma primeira mandatária – no exemplo da *ListenX*, a *AudioSparx* – que, por sua vez, delega seus poderes de representação a uma segunda mandatária – no caso da *ListenX*, a própria *ListenX*.

1.2 A sonorização ambiental mediante sublicenciamento de repertório “próprio” elaborado a partir de pretensão licenciamento direto, com remuneração por direitos autorais e conexos: o caso da empresa *Azul Music/Music Delivery*

O segundo modelo de negócios a ser analisado não deixa de ser uma simplificação da estrutura do primeiro, na medida em que não envolve intermediários estrangeiros como a *AudioSparx*. Nesse segundo caso, a empresa de sonorização ambiental não “importa” seu repertório de ente estrangeiro, mas constrói seu próprio repertório por meio da obtenção de autorizações diretas concedidas

⁹ Foram representadas pelo ECAD ao Ministério da Cultura as seguintes empresas prestadoras de serviço de sonorização ambiental: AMURCO, MSOLUTIONS COMUNICAÇÕES LTDA e DIGVOX 2001 PRODUÇÕES E COMÉRCIO LTDA.

pelos próprios artistas, de maneira semelhante ao que faz a *AudioSparx*, e, então, oferta as músicas para os usuários.

Esse segundo modelo de negócios afasta-se do primeiro também pelo fato de ser composto por operações realizadas total ou principalmente no território brasileiro e ainda pelo fato de reconhecer serem devidas parcelas oriundas de direitos conexos, distribuindo a seus titulares a devida retribuição, juntamente com aquela destinada ao autor.

O exemplo escolhido para a análise do segundo modelo é o da empresa *Azul Music*, por meio de sua unidade de negócios *Music Delivery*, inclusive mencionada pela *ListenX* em sua petição inicial na ação judicial mencionada no item anterior. A *Azul Music*, segundo a página da própria empresa na internet,¹⁰ é uma “Gravadora e editora musical independente”, que “conta com distribuição própria e equipe de vendas em todo o território nacional, além de parceiros estratégicos em mais de 40 países”.

O *Music Delivery*, por sua vez, consiste na unidade de negócios da *Azul Music* responsável pela prestação de serviços de sonorização ambiental, que, segundo o próprio *site* da empresa,¹¹ “É um serviço inovador que oferece música ambiente para estabelecimentos comerciais, **com liberação dos pagamentos das taxas de execução pública ao ECAD**” (grifo nosso). De forma semelhante à *ListenX*, o *Music Delivery* fornece programa de computador próprio a ser executado *online* ou a partir de mídia física oferecida pela empresa.

Acrescente-se, ainda, que o *website* do *Music Delivery* refere-se à “garantia jurídica” constante do §15 do artigo 98 da Lei nº 9.610/98, alegando que a empresa “se responsabiliza por todas as liberações junto às associações de gestão coletiva de direitos autorais que integram o ECAD, emitindo o documento de ISENÇÃO da cobrança para o local e período contratados”. É importante notar que a apresentação do serviço como alternativa à cobrança do ECAD constitui importante aspecto do *marketing* da *Azul Music*. Na página “Quem somos” do referido *website*¹² fica destacada a mensagem “Música ambiente & identidade musical com liberação dos pagamentos ao ECAD”.

Outro fator diferenciador do modelo da *Azul Music* para o da *ListenX* fica evidenciado quando se analisa a página “Para artistas” do *website* acima aludido,¹³ em que a empresa reconhece que o contrato celebrado entre artistas e a empresa “diz respeito apenas aos direitos de execução pública nos clientes atendidos pelo MUSICDELIVERY, ou seja, o artista e os titulares continuam com

¹⁰ Disponível em: <<http://www.azulmusic.com.br/quem-somos>>. Acesso em: 6 out. 2017.

¹¹ Disponível em: <http://www.musicdelivery.com.br/pages/para_empresas>. Acesso em: 6 out. 2017.

¹² Disponível em: <http://www.musicdelivery.com.br/pages/quem_somos>. Acesso em: 6 out. 2017.

¹³ Disponível em: <http://www.musicdelivery.com.br/pages/para_artistas>. Acesso em: 6 out. 2017.

total liberdade para fechar quaisquer outros contratos e ainda receber do ECAD os repasses de outras fontes como TV, rádio e shows”.

Ademais, importa acrescentar que os contratos não são celebrados somente com os compositores – como se verificou no modelo da *Audiosparx/ListenX* –, mas com todos os titulares (“artistas, compositores, gravadoras, editoras e músicos”), de sorte que o problema oriundo da desconsideração total dos direitos conexos não se faz presente no segundo modelo de negócio.

Em síntese, a licença concedida pelos detentores de direitos autorais e conexos à *Azul Music* para implementação do serviço *Music Delivery* produz modelo híbrido, no qual sobre uma mesma obra poderá incidir tanto a proteção do ECAD quanto a do *Music Delivery*, que se encarrega de remeter ao ECAD as notificações sobre sua operação no âmbito das execuções públicas em estabelecimentos comerciais.

Nesse ponto, repete-se um dos problemas encontrados no modelo da *ListenX*, na medida em que, novamente, subverte-se a ideia de gestão pessoal – isto é, exercida pelo próprio titular de direito de autor ou conexo –, uma vez que é pessoa jurídica interposta que se encarrega de conceder autorizações de execução pública para usuários, o que, longe de ser gestão pessoal, é verdadeira gestão coletiva, atividade que compete exclusivamente ao ECAD.

Tanto é assim que o *website* do *Music Delivery* apresenta detalhes específicos sobre a remuneração devida pelas relações firmadas pela empresa com os artistas. De acordo com a página: “As remunerações aos titulares – artistas, compositores, gravadoras, editoras e músicos – são feitas de acordo com a utilização das músicas nas playlists. **O MUSICDELIVERY repassa 24% (vinte e quatro por cento)** dos valores recebidos (menos impostos) a cada trimestre” (grifo nosso). Sendo certo que o *Music Delivery* alcança tanto direitos de autor quanto os que lhes são conexos, a empresa discrimina o percentual a ser direcionado às diversas classes de titulares envolvidos, conforme representado na tabela abaixo:

Forma de distribuição da remuneração arrecadada pelo *Music Delivery*

TITULAR	PORCENTAGEM
Compositores/autores	7%
Intérpretes (artista solo, dupla ou banda)	7%
Editora musical (ou direto para os autores)	4%
Gravadora ou produtor fonográfico	4%
Músicos acompanhantes	2%
TOTAL	24%

Fonte: Music Delivery.

A existência de tabela de distribuição de direitos autorais como a colacionada acima reduz ainda mais a aceitabilidade do argumento segundo o qual o *Music Delivery* realiza gestão pessoal, na forma do §15 do artigo 98 da Lei de Direitos Autorais. Ora, além de a empresa representar todos os titulares de direitos autorais envolvidos na avença – os quais não estão gerindo pessoalmente os seus direitos –, ela cuida da arrecadação e distribuição de direitos autorais dos diversos titulares envolvidos em uma obra musical.

Não há razão, portanto, que diferencie tal prática da gestão coletiva. Na verdade, a atividade que a *Azul Music/Music Delivery* pretende caracterizar como gestão pessoal consiste justamente no que a lei reservou, no artigo 99 da Lei de Direitos Autorais, com exclusividade ao ECAD: a arrecadação coletiva e distribuição de parcelas oriundas de direitos autorais e conexos.

É essencial que se perceba que, mesmo que fosse legítima a arrecadação e distribuição realizada pelo *Music Delivery*, a parcela distribuída aos titulares dos direitos sobre a obra musical executada em público é bastante inferior àquela paga pelo ECAD. Vale acrescentar que a definição de valores tão reduzidos é justamente o que a legislação regente da gestão coletiva pretende combater ao estabelecer, no §4º do artigo 99 da Lei nº 9.610/98, que os valores devidos aos titulares serão não de meros 24%, mas de 85% dos valores arrecadados a partir de 2017.¹⁴

Como se verá em seção específica deste parecer, a gestão coletiva se caracteriza por inúmeras salvaguardas, como percentuais mínimos de distribuição e outros critérios de transparência e *accountability* que não relegam a remuneração dos artistas ao arbítrio de um agente econômico, mas à gestão fiscalizada e regulada de uma entidade que, embora privada, exerce nitidamente atividade de interesse público. Com isso, já se pode perceber que os preços baixos cobrados por empresas como as descritas nos casos concretos ora narrados somente fazem sentido com o achatamento da remuneração dos artistas, fenômeno que a legislação de proteção aos direitos autorais pretende combater.

1.3 Síntese

O objetivo da presente seção foi demonstrar, a partir de dois exemplos, que, apesar das diferenças, ambos os modelos de negócios estão em desacordo com a legislação brasileira, na medida em que representam verdadeira gestão

¹⁴ O dispositivo mencionado conta com regra de transição inserida pela Lei nº 12.853/2013, iniciando com 77,5% na data de publicação da lei para, em 2017 (quatro anos após a publicação do diploma), totalizar 85%.

coletiva de direitos autorais, já que possuem em comum a característica de que a gestão dos direitos autorais não é feita direta e pessoalmente pelos respectivos titulares, mas sim por intermediários que, a exemplo da *ListenX* e da *Azul Music*, atuam na evidente condição de mandatários, função que é exclusiva do ECAD e das associações que o compõem.

Tais arranjos contratuais, como se demonstrará com mais ênfase nas seções seguintes, além de usurparem a competência exclusiva do ECAD para a arrecadação e distribuição de direitos autorais e conexos, prejudicam em grande medida a proteção concedida aos artistas, deixando de atribuir parcelas devidas ou reduzindo substancialmente sua retribuição, e mesmo aos usuários e ao interesse público relativo à distribuição de obras musicais, já que os referidos negócios não estão sujeitos aos rígidos requisitos impostos pela Lei nº 9.610/98 em termos de autorização, funcionamento, *accountability* e transparência.

Negócios congêneres ao da *ListenX* ainda apresentam o agravante de nem mesmo considerarem os direitos conexos, tanto para efeitos de atribuição da autoria, como para efeitos da remuneração pela execução das obras musicais.

Logo, a pretexto de estarem realizando gestão pessoal de direitos autorais, tais modelos de negócio, assim como outros semelhantes, estão realizando verdadeira gestão coletiva, com sérias repercussões para a proteção dos direitos autorais no Brasil, como se passará a analisar a partir da seção seguinte, cujo objetivo é esclarecer o conceito e os limites da gestão pessoal para o fim de reforçar que negócios semelhantes aos ora descritos não podem ser considerados como tal.

2 A gestão coletiva e a gestão individual de direitos autorais no ordenamento jurídico brasileiro

2.1 O papel da gestão coletiva na defesa de direitos autorais

No que diz respeito às obras musicais, qualquer que seja o seu suporte – físico ou digital –, a gestão dos direitos autorais é de extrema complexidade. Nesse sentido, explica José de Oliveira Ascensão que, ao contrário do titular de direitos autorais sobre obras editoriais, que geralmente negocia diretamente com editoras, o mesmo não ocorre com titulares de obras musicais que queiram dar exploração comercial a suas criações, sobretudo se pretender veiculá-las pelas vias da radiodifusão ou do audiovisual.¹⁵

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais, cit., p. 150-151.

Com efeito, diante da multiplicidade de titulares de direitos sobre um mesmo fonograma – compositores, intérpretes, músicos, entre outros – e da impossibilidade prática de que cada um deles possa controlar a execução pública das obras sobre as quais recaiam seus direitos e ainda possa obter, individualmente, a remuneração que lhes é devida em todos esses casos, a gestão coletiva acaba sendo a única forma de assegurar a efetividade de todos os direitos autorais envolvidos.

Ao passo que a delegação da gestão a terceiros é mera faculdade dos autores de obras editoriais, no caso das obras musicais “o autor terá quase fatalmente de recorrer a outrem para seu exercício”.¹⁶ A ubiquidade que caracteriza os objetos dos direitos de autor e conexos – especialmente no que toca às obras musicais – permite que as criações protegidas sejam executadas simultaneamente por diversos sujeitos, o que compromete em grande medida a capacidade de controle dessas execuções pelo titular dos direitos.¹⁷

Por essa razão, a jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal como do Superior Tribunal de Justiça sempre compreendeu a necessidade e a importância da gestão coletiva para a defesa dos direitos autorais sobre obras musicais como a melhor – se não a única – forma de assegurar efetividade aos direitos autorais de todos os envolvidos.¹⁸

Tais dificuldades se potencializam na atualidade, em que a evolução tecnológica¹⁹ e as crescentes necessidades práticas de mecanismo capaz de fiscalizar de maneira mais eficiente a utilização de criações protegidas pelos direitos autorais e conexos e de arrecadar equitativamente a respectiva remuneração fazem com que a gestão coletiva²⁰ seja o caminho mais apto a garantir a tutela dos proventos de todos os interessados.

¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais, cit., p. 151.

¹⁷ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Problemas actuais da gestão do direito de autor: gestão individual gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

¹⁸ Ver voto da Ministra Nancy Andrigui (STJ, 3ª T., REsp nº 1.424.004/GO, Rel. Min. Nancy Andrigui, julg. 25.03.2014).

¹⁹ DELGADO, Antonio. *Derecho de autor y derechos afines al de autor*. Madrid: Instituto de Derecho de Autor, 2007, p. 373.

²⁰ A origem da gestão coletiva na impossibilidade material de se controlar individualmente os direitos autorais e conexos é sintetizada por Michele Braun e Luiz Gonzaga Silva Adolfo: “A ideia de fundação de um organismo de arrecadação de direitos autorais estruturado surgiu, segundo Hammes, quando, em 1850, os compositores Paul Henrion e Vitor Parizot e o editor Ernest Bourget estavam em um café-concerto *Ambas-sauders*, onde a orquestra executava as músicas dos autores. Decidiram não pagar pelo que usufruíram no café-concerto enquanto não lhes pagassem pela execução das músicas. Os músicos e o editor ganharam a causa. Esse fato encorajou outros compositores a se engajarem ao propósito, pois já se vislumbrava a dificuldade em controlar, individualmente, os direitos que começavam a lhes serem reconhecidos” (BRAUN, Michele; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. A gestão coletiva dos direitos autorais no Brasil, cit., p. 199).

Daí por que a gestão coletiva de obras musicais, embora não seja propriamente uma obrigação imposta a todos os compositores ou artistas, acabe sendo a única alternativa prática para a fruição dos seus direitos, cuja eficácia está em larga medida condicionada à adesão à entidade competente para a realização de gestão coletiva.²¹ Nas palavras de José de Oliveira Ascensão, a gestão coletiva não é *forçada*, mas sim *forçosa*,²² uma vez que a não aderência a pelo menos um sistema da gestão coletiva, embora seja uma opção por parte do autor, impedirá que ele receba eficazmente os seus direitos.²³

E nem se afirme que a gestão coletiva estruturada pela Lei nº 9.610/98, pelo fato de ser centralizada no ECAD, assim como ocorria na lei anterior, padeceria de qualquer vício de inconstitucionalidade. Com efeito, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.054,²⁴ o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de reconhecer a constitucionalidade da solução criada pelo legislador brasileiro, ao desenhar um sistema de gestão coletiva centralizado pelo ECAD.

Tal solução, ao ver do Supremo Tribunal Federal, seria totalmente proporcional e compatível com a Constituição, até porque a adesão do titular de direitos autorais a alguma associação vinculada ao ECAD não poderia ser vista como uma obrigação, diante da liberdade associativa. Todavia, a ausência de associação teria como indesejável e necessária consequência afastar o autor dos benefícios da gestão coletiva, prejudicando-o consideravelmente no que diz respeito à obtenção de remuneração pela execução de músicas sobre as quais titularize direitos autorais.

2.2 O ECAD e o *modus operandi* da gestão coletiva no Brasil

Existem várias formas de estruturar a gestão coletiva de direitos autorais, conforme as características e idiosincrasias de cada país. É claro que, em um país filiado ao *Copyright*, que privilegia os compositores, o sistema pode ser mais flexível, o que possibilita inclusive a existência de diversas associações arrecadadoras. Entretanto, em países que, como o Brasil, estão filiados ao sistema de *Droit d'Auteur*, a complexidade da gestão dos direitos conexos limita as alternativas disponíveis para uma gestão coletiva eficiente.

²¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais, cit., p. 151.

²² ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais, cit., p. 151.

²³ Ver REBELLO, Luiz Francisco. Gestão colectiva do direito de autor: um requiem adiado. In: *Estudos de direito da comunicação*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 181-182.

²⁴ STF, Tribunal Pleno, ADI 2.054, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julg. 2.4.2003.

Embora a questão das diferenças entre o *Copyright* e o *Droit d'Auteur* deva ser explorada somente na seção seguinte, é importante adiantar, desde já, que a escolha do legislador brasileiro, ao optar pelo monopólio legal do ECAD na gestão coletiva, longe de ser arbitrária, foi a melhor solução para compatibilizar todos os direitos autorais envolvidos, diante das características do nosso sistema. Tal aspecto foi muito explorado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2054,²⁵ em que o Ministro Sepúlveda Pertence e todos aqueles que o seguiram destacaram que “a unificação do processo de arrecadação e distribuição pelo ECAD é de suma importância para a manutenção do sistema de gestão coletiva dos direitos autorais”.

Feito esse esclarecimento preliminar, é importante lembrar que a gestão coletiva de direitos autorais e conexos no direito brasileiro é realizada por associações privadas ligadas ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, que recebe da lei a prerrogativa exclusiva de arrecadar os recursos provenientes do uso de obras musicais protegidas e de distribuir essas parcelas a associações às quais os titulares dos direitos estejam filiados. O funcionamento do modelo brasileiro de gestão coletiva está descrito no texto do artigo 99, *caput*, da Lei de Direitos Autorais, que deixa claro que a gestão coletiva, no Brasil, é um monopólio legal do ECAD, esclarecendo os seus parágrafos uma série de características do escritório central de cobrança unificada.

A Lei nº 9.610/98, como se verá a seguir, ainda impõe uma série de requisitos a serem observados pelo ECAD para assegurar a necessária transparência quanto a suas atividades, uma vez que o escritório central age em nome dos titulares de direitos autorais filiados às várias associações que o compõem. Embora seja natural a existência de diversos entes associativos encarregados de realizar a gestão coletiva, em relação aos quais são igualmente impostas várias exigências tanto para a sua autorização como para o seu funcionamento, cabe exclusivamente ao ECAD a arrecadação e a distribuição.

A gestão coletiva, portanto, se realiza tanto em função da garantia de eficácia da arrecadação, na medida em que supera as limitações individuais tanto dos autores – para cobrar pessoalmente a remuneração a que os titulares de direitos fazem jus, diante da existência de interesses de diversos titulares de direitos autorais e conexos na execução pública de determinada obra musical e da dificuldade de monitorar todas as formas de utilização e execução pública de suas músicas – como dos usuários – com relação aos quais seria impossível exigir que negociassem sempre com todos os titulares de direitos autorais. Ademais, a gestão coletiva centralizada pelo ECAD, além de unificar a cobrança

²⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI 2.054, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julg. 2.4.2003.

e distribuição que aloque de modo equitativo as parcelas devidas a cada um desses sujeitos, é a única forma de preservar o interesse público relacionado ao acesso do público à música.

O ECAD, por sua vez, é composto por sete associações de gestão coletiva de direitos autorais de criações musicais, cada qual encarregada de estabelecer o valor da remuneração devida a seus associados e redistribuir a eles as parcelas recolhidas pelo ECAD. A cobrança e arrecadação de retribuições pelo escritório central obedece a extenso regulamento,²⁶ no qual são discriminadas as diretrizes do ente arrecadador para a fixação de preços e as condições mediante as quais são concedidas as autorizações para execuções públicas musicais, execuções musicais ao vivo, execuções musicais mecânicas ou transmissões musicais à distância. Assim, recolhidas as parcelas, tais valores são distribuídos às associações que os titularizarem para que, então, sejam repassados aos titulares dos direitos autorais a elas associados.

Também é importante destacar que, devido às características dos direitos autorais sobre obras musicais, a gestão coletiva é a regra em nosso ordenamento, diante do seu caráter forçoso, já adiantado anteriormente. Basta lembrar que ao tratar da comunicação das obras musicais ao público, o artigo 68, §4º, da Lei nº 9.610/98, deixa claro que “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”, esclarecendo o §5º que “quando a remuneração depender da frequência do público, poderá o empresário, por convênio com o escritório central, pagar o preço após a realização da execução pública”.

2.3 A gestão pessoal de direitos autorais e conexos na Lei nº 9.610/98 e no Decreto nº 8.469/2015

Como se verificará com profundidade ao longo deste parecer, até por ser *forçosa*, mas não *forçada*, a Lei nº 9.610/98 não obriga aos autores a vinculação ao sistema de gestão coletiva e, mesmo que pertencentes a alguma associação do sistema de gestão coletiva, a lei os autoriza a praticar a gestão pessoal dos seus direitos autorais. É precisamente tal autorização que se encontra no centro das discussões relacionadas aos novos modelos de negócio no mercado musical, porque todos eles, apesar das diferenças, têm baseado sua atuação na possibilidade de gestão pessoal.

²⁶ Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/regulamento-de-arrecadacao/Documents/Regulamento%20Arrecada%C3%A7%C3%A3o%202016.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2017.

Com efeito, dispõe o §15 do artigo 98 da Lei de Direitos Autorais que “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”.

Ora, ao assim fazer, a lei procurou diferenciar claramente a gestão pessoal, que é feita diretamente pelo próprio titular dos direitos autorais, da gestão coletiva, que é feita pela associação mandatária do titular de direitos autorais, dentre uma daquelas que são associadas do próprio ECAD.

É por essa razão que se torna necessária a comunicação a que se refere a parte final do §15 do artigo 98, cuja finalidade é a de alertar a associação de gestão coletiva sobre a intenção do titular de assumir a defesa judicial de seus direitos autorais, bem como sua cobrança (art. 98, *caput*) e a definição dos preços a serem cobrados (art. 98, §3º).

Vale ressaltar que, ao se referir ao titular de direitos autorais, a Lei nº 9.610/98, obviamente, incluiu nessa expressão os titulares de direitos conexos. Como muito bem ressaltado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no RESP nº 1.114.817,²⁷ a partir de lição de Mauricio Cozer, a expressão “autor” abrange igualmente os “direitos conexos”. Se dúvida houvesse a respeito, o artigo 13 do Decreto nº 8.469/2015 a afastaria por complexo, ao expressamente se referir também aos direitos conexos.

Assim, a lei possibilita a gestão dos direitos autorais e conexos sobre músicas pelos próprios titulares, alternativa que não é propriamente uma novidade trazida pela Lei nº 12.853/2013, que modificou a topografia dos dispositivos da Lei de Direitos Autorais, pois sua redação original já contava com parágrafo único do artigo 98 que assim dispunha: “Os titulares de direitos autorais poderão praticar, pessoalmente, os atos referidos neste artigo, mediante comunicação prévia à associação a que estiverem filiados”.

Da mesma maneira, tampouco se trata de inovação da Lei nº 9.610/98, tendo em vista que a possibilidade de gestão pessoal já era ventilada pela Lei de Direitos Autorais anterior (Lei nº 5.988/73), que no parágrafo único de seu artigo 104 estabelecia que: “Sem prejuízo desse mandato, os titulares de direitos autorais poderão praticar pessoalmente os atos referidos neste artigo”. Reforça-se, assim, a intuição já citada acima, de que a gestão coletiva jamais foi *forçada*, mas *forçosa* em razão das circunstâncias,²⁸ podendo ser afastada excepcionalmente nos casos de gestão pessoal.

²⁷ STJ, 4ª T., REsp nº 1.114.817/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 3.12.2013.

²⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais, cit., p. 151.

Contudo, é claro que a atividade de gestão coletiva de obras musicais é praticada exclusivamente, por expressa disposição legal, pelas associações de músicos filiadas ao ECAD. A gestão pessoal, portanto, não se opõe à gestão coletiva, já que a primeira é pessoal e, portanto, sem intermediários, enquanto a segunda é caracterizada pela concessão de mandato por parte do autor à associação para que esta pratique atos em seu nome.

Aliás, não bastasse a própria terminologia adotada pela Lei nº 9.610/98 – gestão pessoal –, o Decreto nº 8.469/2015 reforça o caráter pessoal e direto da alternativa do §15 do artigo 98, ao tratar da questão sob o título “Gestão individual de direitos”, reforçando que a exceção ao sistema da gestão coletiva ocorre tão somente aos atos praticados pessoalmente pelos titulares de direitos autorais, como fica claro por seu artigo 13.

A denominação “Gestão individual”, utilizada expressamente pelo Decreto, confirma o argumento segundo o qual a gestão pessoal não é compatível com a intermediação que caracteriza a gestão coletiva, perfazendo-se com a defesa direta e *intuitu personae* dos direitos autorais em questão, o que restringe a sua aplicabilidade.

É exatamente pelo fato de a gestão pessoal ser impraticável em relação a todas as formas de execução pública das músicas, como já se viu amplamente na seção anterior, é que se trata de uma exceção ao sistema de gestão coletiva, apenas se viabilizando naquelas hipóteses em que os titulares de direitos autorais pretendem exercê-la, o que normalmente ocorrerá em relação a alguns eventos específicos.

É por essa razão que, mesmo nessas hipóteses, a comunicação a que se refere o §15 suspende a cobrança pelo ECAD exclusivamente em relação aos atos indicados pelo titular, remanescendo a competência do ECAD para representá-lo – e conseqüentemente cobrar e arrecadar a remuneração pela execução de suas obras – em relação a todas as utilizações que não tenham sido excepcionadas pela gestão pessoal.

Adicione-se, nesse sentido, que o §1º do artigo 13²⁹ do Decreto nº 8.469/2015, ao dispor sobre a comunicação prévia da gestão individual sobre obras e fonogramas com titularidade compartilhada, exige que todos os titulares manifestem o seu interesse na gestão pessoal e comuniquem suas respectivas associações. Tal circunstância realça novamente a excepcionalidade do instituto, que somente se aplicará na eventualidade de todos os titulares de direitos praticarem a gestão de maneira personalíssima e em conjunto, hipótese difícil de ocorrer no mercado musical.

²⁹ Segundo o texto do dispositivo: “No caso das obras e dos fonogramas com titularidade compartilhada, a comunicação prévia deverá ser feita por todos os titulares às suas respectivas associações”.

Com efeito, para que seja válida a gestão pessoal, ou somente um titular concentra todos os direitos sobre determinado fonograma – o que poderia ocorrer caso um mesmo sujeito fosse compositor, intérprete e músico – ou todos os titulares envolvidos precisam fazer a comunicação respectiva.

Daí a lição de José de Oliveira Ascensão, ao destacar a importância da gestão coletiva para os direitos autorais de obras musicais.³⁰ Com isso, pode-se perceber que o sentido da gestão pessoal, seja na lei atual, seja no direito anterior,³¹ é o de gestão pessoal e sem intermediários. Exatamente por ser pessoal, o seu campo de incidência acaba se restringindo a determinados eventos específicos, em relação aos quais é mais fácil aos titulares exercerem diretamente seus direitos, sem comprometer a competência geral do ECAD para cobrar e arrecadar direitos autorais em relação a todas as demais hipóteses não abarcadas pela gestão pessoal.

A exceção ocorreria caso o autor quisesse ficar de fora da gestão coletiva, sofrendo todos os reveses de ter que, por sua conta e risco, gerir pessoalmente a cobrança de todos os direitos autorais do seu interesse. Nesses casos, o mais interessante para o autor seria a desfiliação da associação a que faz parte, já que o §15 do artigo 98 da Lei nº 9.610/98 parte da premissa de que, exatamente por ser a filiação mantida, a gestão pessoal será pontual e não comprometerá a gestão coletiva em relação a todas as demais formas de execução pública das obras em questão.

Por todas essas razões, a gestão pessoal acaba sendo excepcional e restrita,³² não afastando a gestão coletiva como regra. É por essa razão que o Superior Tribunal de Justiça já teve várias oportunidades para asseverar que a possibilidade de gestão pessoal não afasta a gestão coletiva como regra do nosso sistema. É o que fica claro, por exemplo, do voto do Ministro Luis Felipe Salomão no Recurso Especial nº 1.114.817/MG,³³ bem como do voto da Ministra Nancy Andrichi no Recurso Especial nº 983.357/RJ,³⁴ ao asseverar que “a ‘gestão

³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autorial*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 346.

³¹ Importa acrescentar que a possibilidade legal de gestão pessoal constava também da Lei nº 2.415/55, conforme comenta Antônio Chaves: “A Lei nº 2.415, de 09-02-1955, que dispõe sobre a outorga de licença autorial para a realização de representações e execuções públicas e para transmissões pelo rádio ou televisão, acrescentou pertencer ao autor, o direito de outorgar licença, e m todo o território nacional, para a realização de representações, execuções públicas e teletransmissões pelo rádio e pela televisão, direito esse que tanto pode ser exercido pelo autor, pessoalmente, como pelas sociedades legalmente constituídas para defesa de direitos autorais às quais for filiado” (Direito de Autor. Apanhado Histórico. Legislação Brasileira de Caráter Interno. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 80, p. 284-303, 1985).

³² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autorial*, cit., p. 346.

³³ STJ, 4ª T., REsp nº 1.114.817/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 3.12.2013.

³⁴ STJ, 3ª T., REsp nº 983.357/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 3.9.2009.

coletiva' é a regra e 'gestão individual' a exceção que, nessa condição, deve ser expressa". O voto da Ministra traz em seu texto a opinião de José Carlos Costa Netto,³⁵ para quem o direito do autor à gestão individual não tem o intuito de descaracterizar ou mesmo enfraquecer o mandato legal conferido ao ECAD.

Entretanto, as alternativas que a Lei nº 9.610/98 confere ao autor são duas: ou a gestão coletiva centralizada pelo ECAD, que é a regra, ou a gestão pessoal, feita diretamente por ele, sem qualquer intermediário e que, exatamente pelas suas dificuldades, acaba tendo que ser pontual e excepcional.

O problema dos novos negócios do mercado musical, tal como os modelos já analisados no presente parecer, é que eles pretendem implementar, à margem da lei, uma terceira alternativa: a gestão coletiva centralizada por empresas privadas. Tal opção, como já se adiantou, nem está albergada pela autorização legal para a gestão pessoal – até porque está longe de ser gestão pessoal –, nem é compatível com o modelo de gestão coletiva existente no Brasil, como será mais bem desdobrado a seguir.

2.4 A impossibilidade de gestão coletiva por empresas privadas: o modelo legal brasileiro é de regulação da gestão coletiva e de monopólio legal do ECAD para arrecadação e distribuição

Como já se viu, o que empresas como a *ListenX* e a *Azul Music* fazem não tem nada de gestão pessoal. Trata-se de gestão coletiva privada de direitos autorais, o que não pode ocorrer no Brasil, seja por estar fora da hipótese excepcional prevista pelo §15 da Lei nº 9.619/98, seja por ser incompatível com o modelo legal de gestão coletiva, que é baseado em um mercado regulado e protagonizado pelo ECAD, que detém o monopólio legal para a cobrança e a arrecadação.

É importante ressaltar que, nesse contexto, a necessidade de regulação e o protagonismo do ECAD decorrem do fato de que tal atividade não é propriamente privada. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.054,³⁶ o Ministro Sepúlveda Pertence chega a cogitar do ECAD como um prestador de serviço público por delegação legislativa. E o caráter híbrido do ECAD foi também confirmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ,³⁷ em que se descreveu as

³⁵ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998, p. 150.

³⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI 2.054, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julg. 2.4.2003.

³⁷ STF, 2ª T., RE nº 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. 11 out. 2005.

associações filiadas ao ECAD como verdadeiros “espaços públicos não estatais”, bem como pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo um bom exemplo o Recurso Especial nº 1.114.817/MG,³⁸ em que o voto do Ministro Luis Felipe Salomão deixa clara a natureza jurídica *sui generis* do ECAD.

A justificação parlamentar da Lei nº 12.853/2013, que modificou a Lei nº 9.610/98, ajuda bastante a compreender as razões e os mecanismos da gestão coletiva de direitos autorais no direito brasileiro, esclarecendo (i) a necessidade de as associações pertencentes ao sistema serem fortemente reguladas, diante dos importantes interesses públicos que estão em jogo, os quais repercutem nos deveres fiduciários dos administradores de tais associações, (ii) a razão de ser do monopólio legal do ECAD e o verdadeiro destinatário de todo o sistema legal de gestão coletiva de direitos autorais, que é o público e (iii) a inexistência de outra opção de acesso às músicas que não o ECAD, motivo pelo qual os deveres fiduciários dos seus administradores devem ser reforçados.

Dessa maneira, a justificação da lei reforça o que já foi enfatizado ao longo desse parecer: diante dos inúmeros e importantes interesses relacionados aos direitos autorais e ao acesso à música e à cultura em geral, é de rigor a adoção do modelo de gestão coletiva de direitos autorais centralizada pelo ECAD.

A gestão coletiva de direitos autorais não é, portanto, uma atividade privada, sujeita apenas às demandas do mercado e que possa ser exercida por quem quer que tenha interesse. Trata-se de mercado fortemente regulado, que apenas possibilita o ingresso dos agentes dispostos a cumprir os requisitos legais e desde que observem o monopólio legal do ECAD no que diz respeito ao protagonismo da gestão coletiva.

Tanto é assim que o §4º do artigo 68 da Lei nº 9.610/98 afirma que “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”, evidenciando que a única possibilidade de gestão coletiva no ordenamento brasileiro é aquela centralizada pelo ECAD.

Por outro lado, ao tratar da gestão coletiva, a Lei nº 9.610/98 não somente enuncia a possibilidade de associação de titulares de direitos autorais e conexos, mas também regula de forma detalhada o seu regime jurídico, os princípios regentes dessas associações, os direitos de voto dos associados, seu papel na elaboração do preço e na defesa judicial e extrajudicial dos direitos de seus filiados, entre outros assuntos pertinentes.

O artigo 98, cujo *caput* dispõe que as associações se tornam mandatárias de seus filiados para a defesa de seus direitos, conta com amplo conjunto de

³⁸ STJ, 4ª T., REsp nº 1.114.817/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 3.12.2013.

parágrafos adicionados pela Lei nº 12.853/2013, cujo objetivo foi o de conferir maior transparência e caráter equitativo à gestão coletiva de direitos autorais. A reforma de 2013 serviu, assim, não para alterar o modelo associativo que possibilita a gestão coletiva, mas para reforçar aspectos da vida associativa ao estabelecer padrões de cuidado transparentes e objetivos.

Como já se disse, a cobrança de remuneração pela execução de obras musicais se torna eficaz apenas pela via da gestão coletiva em virtude da impossibilidade prática da cobrança individual, por parte do titular dos direitos, por cada execução pública de suas obras.³⁹ É em reconhecimento a essa dificuldade que a lei regula de forma específica as associações de gestão coletiva.

Segundo José de Oliveira Ascensão,⁴⁰ as associações representativas de autores surgem como resposta à ausência de entidades especializadas na defesa dos direitos de autor. De acordo com Ascensão, as associações têm duas funções precípuas: (i) o exercício de papel tipicamente sindical; e (ii) “satisfazer uma necessidade mais específica, referente a certas categorias de direitos autorais, que é a de assegurar a percepção efetiva dos créditos que ao titular cabem em contrapartida da utilização da sua obra”.

Diante da complexidade dos interesses envolvidos, optou o legislador brasileiro, claramente, por um mercado regulado e protagonizado por um único agente responsável pela cobrança e arrecadação dos direitos autorais decorrentes da gestão coletiva – o ECAD –, alternativa cuja constitucionalidade foi amplamente referendada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.054.⁴¹

Por essa razão, além de todos os motivos já expostos para comprovar que o §15 do artigo 98 da Lei nº 9.610/98 não chancela os modelos de negócio em discussão, ainda há um fundamental: o referido dispositivo não se encontra apartado da disciplina minudente da vida associativa encontrada na lei, mas se relaciona com tal sistemática na medida em que descreve hipótese excepcionalíssima na qual a gestão coletiva poderá ser afastada. Por essa razão, a única exceção ao sistema de gestão coletiva previsto pela lei é a gestão pessoal, feita diretamente e sem qualquer intermediação de mandatário.

³⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., *passim*; PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Problemas actuais da gestão do direito de autor, cit., *passim*; BRAUN, Michele; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. A gestão coletiva dos direitos autorais no Brasil, cit., *passim*.

⁴⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., p. 339. Continua o autor: “Mas ganha uma intensidade muito particular no referente à música ligeira: o compositor não pode escutar todas as emissoras, ou entrar em todos os locais de dança, para verificar se a sua música é ou não executada. Terá fatalmente de recorrer a uma sociedade que o represente. E em situação semelhante está o autor da letra nas obras lítero-musicais” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., p. 340).

⁴¹ STF, Tribunal Pleno, ADI nº 2.054, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julg. 2.4.2003.

Se o autor precisar ou desejar exercer seus direitos por meio de um mandatário, terá que necessariamente se filiar a alguma das associações componentes do ECAD, uma vez que a lei não permite outras formas de gestão coletiva.

É por esse motivo que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.054,⁴² o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de declarar a constitucionalidade do sistema de arrecadação unificada pelo ECAD, sob o fundamento de que, embora não se pudesse obrigar o autor a se filiar a qualquer associação e nem se obrigar as associações a se filiarem ao ECAD, a consequência da não associação é a impossibilidade de se beneficiar da gestão coletiva.

Mutatis mutandis, a lei não estabelece dever de filiação de um autor a qualquer associação, mas tão somente fornece os meios para que tal filiação seja possível. Basta lembrar que, como também aludiu o Min. Pertence, diferentemente de hipóteses como a da advocacia, em que o indivíduo somente será considerado advogado se filiado à Ordem dos Advogados do Brasil, um autor não deixará de ser autor por não estar filiado, mas apenas não fará parte da sistemática de gestão coletiva.

Se, de um lado, a associação de músicos que não estiver filiada ao ECAD estará reduzida a suas funções sindicais, já que estará impedida de realizar gestão coletiva, de outro lado o músico que não estiver filiado a associação de gestão coletiva igualmente não poderá fazê-lo. No entanto, a ausência de filiação não pode servir de pretexto para a fraude à norma legal que garante às associações a exclusividade para a gestão coletiva de direitos autorais e conexos.

Em síntese, embora não se possa cogitar da associação compulsória a qualquer entidade de gestão coletiva, a falta da filiação faria com que a defesa dos direitos autorais e conexos somente ocorresse por parte das pessoas físicas, mediante gestão pessoal, nas hipóteses restritas em que isso é possível. Daí afirmar o Min. Sepúlveda Pertence que, muito embora não haja obrigação de filiação, a gestão coletiva prevista na lei é condição de eficácia da arrecadação de direitos autorais.

Não é por outra razão que, como já se referiu, a filiação a associação de músicos, embora não seja forçada, é forçosa. Daí porque autores como José de Oliveira Ascensão argumentam que a possibilidade legal de gestão pessoal é mera ficção que não reflete a realidade, pois não é aplicável na prática para obras musicais, “que vão ser objeto de uma pluralidade de utilizações exigidas pela cultura de consumo, como a utilização radiofônica”.⁴³ Não se pode imaginar que “os milhares de execuções diárias de uma canção em voga fossem objeto de

⁴² STF, Tribunal Pleno, ADI nº 2.054, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julg. 2.4.2003.

⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., p. 346.

outros tantos processos de autorização prévia” pessoalmente realizados pelos detentores de direitos de autor e conexos sobre a obra.⁴⁴

Com isso, pode-se perceber que o sentido do §15 do artigo 98 da Lei de Direitos Autorais não é o de apartar o autor de sua associação ou do sistema de gestão coletiva, mas tão somente de marcar a possibilidade episódica de se excepcionar a incidência das normas de gestão coletiva em execuções públicas específicas nas quais seja viável a realização de gestão pessoal.

A notificação no prazo de 48 horas, assim, não indica dispensa genérica da cobrança de retribuição pelo ECAD – mesmo porque o detentor de direitos autorais ou conexos continuará filiado à associação –, mas apenas a suspensão momentânea da cobrança, para um evento ou execução específica, caso não haja interesses de outros titulares de direitos envolvidos. É essa, inclusive, a percepção de Greeley⁴⁵ sobre o modelo europeu, que permite que titular individual de direitos de autor licencie suas obras sem desfiliar-se da associação a que pertence, o que, segundo a autora, é de difícilíssima consecução mesmo no ambiente digital.

Dessa maneira, os modelos de negócio analisados não realizam gestão pessoal; realizam gestão coletiva que não é permitida por lei, motivo pelo qual violam não apenas o §15 do artigo 98 da Lei nº 9.610/98, como também todos os demais dispositivos legais que asseguram o monopólio legal do ECAD para a cobrança e arrecadação dos direitos autorais da gestão coletiva e que preveem diversos requisitos para a entrada e o funcionamento das associações que fazem parte do sistema, requisitos esses que não são cumpridos pelos agentes privados que agora se arvoram em criar esquemas paralelos de gestão coletiva de direitos autorais no Brasil.

2.5 Síntese

O objetivo desta seção foi o de definir o sentido da gestão coletiva e da gestão pessoal na Lei nº 9.610/98, com vistas a esclarecer seu âmbito de aplicação e compreender a função e o modo de funcionamento do modelo brasileiro de gestão coletiva de direitos autorais e conexos. A sistemática da legislação brasileira, estruturada em torno de um escritório central ao qual se filiam as diversas associações representativas de músicos e que conta com monopólio legal de arrecadação e distribuição de retribuições oriundas de direitos autorais e conexos tem por objetivo dar efetividade à legislação ao superar a impraticabilidade da gestão individual.

⁴⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., p. 346.

⁴⁵ GREELEY, Kristen. Recommendations, Communications, and Directives, oh my: how the european union isn't solving its licensing problem. *Georgetown Journal of International Law*, v. 44, 2013, p. 1537.

Certo é que a Lei nº 9.610/98 garante aos titulares de direitos autorais e conexos a faculdade de administrar suas obras de maneira pessoal. No entanto, tal possibilidade se restringe à gestão sem intermediários e que, exatamente por isso, não tem o condão de afastar permanentemente a prerrogativa do ECAD de zelar, com exclusividade, pela gestão coletiva dos direitos autorais e conexos.

Tanto é assim que há necessidade de comunicação da gestão pessoal à associação a que estiverem vinculados. Parte-se da premissa de que os titulares dos direitos autorais permanecerão na associação, submetendo-se à gestão coletiva como regra, notificando-a para os casos pontuais em que exercem pessoalmente os seus direitos.

Portanto, a constatação da excepcionalidade do §15 do artigo 98 da Lei nº 9.610/98 já é suficiente para mostrar a ilegalidade de modelos de negócio que, a exemplo da *ListenX* e da *Azul Music/Music Delivery*, utilizam-se do permissivo legal para implementarem verdadeira gestão coletiva, ao arrepio do monopólio legal do ECAD.

Com efeito, o permissivo legal não autoriza nem (i) o licenciamento direto de obras musicais para utilização genérica e indiscriminada de outras empresas, o que é incompatível com a autorização em 48 horas no que diz respeito a apresentações específicas; nem (ii) a interposição de intermediários – nos casos concretos tomados como exemplos, as próprias *Audiosparx/ListenX* ou *Azul Music/Music Delivery* – para a arrecadação de remuneração, já que a gestão individual é aquela realizada de forma direta e personalíssima, uma vez que a gestão coletiva é exclusiva das associações; nem, muito menos, (iii) a atribuição, apenas ao autor, da prerrogativa de licenciar livremente obras que envolvessem direitos conexos, na medida em que não tem legitimidade para a defesa dos direitos de terceiros e tampouco tem legitimidade para realizar gestão coletiva.

Vale ressaltar que as duas primeiras preocupações se referem à generalidade dos modelos de negócio do mercado musical que buscam se utilizar indevidamente da autorização legal para a gestão pessoal, enquanto a terceira se refere a todos os negócios que, tal como o da *ListenX*, desconsideram os direitos conexos que incidem sobre os fonogramas objeto dos licenciamentos.

Uma coisa é certa: é característica comum dos novos modelos de negócio do mercado musical a possibilidade de sublicenciamento das canções por meio de empresas – e não direta e pessoalmente pelos próprios autores – e para fins amplos e não previamente determinados, o que subverte por completo a lógica do §15 do artigo 98 da Lei nº 9.610/98, já que não há gestão pessoal quando o autor se utiliza de um intermediário que faz as vezes de associação de gestão coletiva sem sê-lo e que ainda obtém autorização ampla para sublicenciar o repertório como bem entender.

Ora, ainda que se admitisse o licenciamento direto – o que não ocorre, como se demonstrará a seguir –, se empresas como a *Audiosparx/ListenX* ou a *Azul Music/Music Delivery* sublicenciam as obras musicais a diversos outros usuários, seria necessário notificar a associação à qual os artistas correspondentes ao repertório estão filiados a cada sublicenciamento, e não apenas no momento de licenciamento direto.

Fica claro, assim, que modelos de negócio não se compatibilizam com a gestão coletiva de monopólio do ECAD, além de ainda desconsiderarem as peculiaridades do Direito Autoral brasileiro, negligenciando os múltiplos sujeitos titulares de direitos e mesmo as razões de interesse público que são equacionadas pela arrecadação unificada da gestão coletiva, como se mostrará a seguir.

3 A necessidade e a adequação do modelo de gestão coletiva previsto na Lei nº 9.610/98 diante das peculiaridades do modelo de direitos autorais brasileiro (*Droit d’Auteur*)

3.1 A complexidade do modelo de direitos autorais de obras musicais adotado no Brasil

Para além de ser incompatível com a gestão pessoal, conforme estabelecida pelo §15 do artigo 98 da Lei de Direitos Autorais brasileira, modelos de negócio como os da *ListenX*, *Azul Music* e congêneres não se amoldam ao sistema de direitos autorais acolhido pelo ordenamento brasileiro. São as peculiaridades do sistema de Direito de Autor, tal como adotado pela Lei nº 9.610/98, que tornam a gestão coletiva prevista na lei – o que inclui a existência de um escritório central ao qual compete exclusivamente a arrecadação e distribuição de remuneração – a única forma de operacionalizá-lo.

Como se procurará mostrar ao longo da presente seção, os modelos de negócio em discussão descumprem várias dessas regras pois, além de violarem o monopólio legal do ECAD, (i) não atendem a nenhum dos requisitos legais exigidos para a defesa do interesse público e (ii) ainda fixam a remuneração dos autores livremente, em percentuais muito inferiores aos previstos na Lei 9.610/98. No caso específico de modelos similares ao *ListenX*, ainda há a violação frontal de direitos conexos, os quais são completamente desconsiderados em seus negócios, tanto sob o aspecto moral – as músicas são licenciadas sem os créditos dos titulares dos direitos conexos – como sob o aspecto material – os titulares de direitos conexos nada recebem pelas negociações dos fonogramas.

Uma das razões pelas quais isso acontece tem a ver com a distinção entre os dois grandes sistemas de proteção de direitos autorais, uma vez que os novos modelos de negócios têm clara inspiração no sistema do *Copyright*, em relação ao qual podem ser compatíveis, mas nenhuma compatibilidade com o sistema de *Droit d'Auteur*, acolhido pelo Brasil, como por vários países de tradição continental.

Com efeito, no modelo acolhido pelo sistema brasileiro, a figura do autor ou do artista assume posição central, uma vez que a criação intelectual é indissociável de sua subjetividade e que, nesse sentido, todos os agentes que tiverem feito parte da criação de determinada obra serão titulares tanto de direitos morais quanto de direitos patrimoniais. Por essa razão, não se pode falar em proteção de direitos autorais e em gestão desses direitos, portanto, sem levar em consideração os chamados “direitos conexos”, “direitos afins” ou “direitos vizinhos” aos direitos de autor, sendo importante igualmente ressaltar a dimensão de interesse público que a proteção de tais direitos representa.

Como é intuitivo, o sistema de *Droit d'Auteur*, além de apresentar maior complexidade, torna a gestão coletiva dos direitos autorais ainda mais necessária, diante da multiplicidade de direitos autorais que por ele protegida, tanto sob a dimensão moral, como sob a dimensão patrimonial. Em face igualmente do interesse público inerente à proteção não só dos autores como também dos usuários, a gestão coletiva regulada e encabeçada por um órgão que, como o ECAD, detém o monopólio legal da cobrança e da arrecadação, torna-se uma solução necessária e adequada, tal como já salientou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.054.⁴⁶

3.2 Os direitos conexos e a necessária proteção de seus titulares

Já se viu que alguns dos atuais modelos de negócio sobre música desconsideram por completo os direitos conexos relacionados aos fonogramas licenciados, motivo pelo qual, embora possam ser compatíveis com o sistema de *Copyright*, são incompatíveis com o sistema de *Droit d'Auteur*, que protege também os direitos conexos.

Os direitos conexos ou vizinhos, assim, complexificam ainda mais o emaranhado de direitos envolvidos em obras protegidas por direitos autorais, sobretudo no que toca às obras musicais. No direito brasileiro, a Lei de Direitos

⁴⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI nº 2.054, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julg. 2.4.2003.

Autorais, em seu artigo 89, expressamente equipara os direitos conexos aos direitos de autor, sem prejuízo das garantias dos criadores das obras intelectuais: “As normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão”. Em seguida, a Lei nº 9.610/98 descreve os direitos que cabem a cada uma das categorias de detentores de direitos conexos, garantindo aos intérpretes e executantes tanto direitos patrimoniais quanto morais (arts. 90 e 92) e, aos produtores fonográficos e empresas de radiodifusão, sobretudo direitos patrimoniais sobre a reprodução das obras que pretendam veicular (arts. 93 e 95).

Note-se, portanto, que os direitos conexos constituem direitos autônomos com relação aos direitos de autor propriamente ditos, na medida em que são titularizados por sujeitos distintos e emergem de atos de criação que não se confundem, seja no momento, seja no conteúdo, com o ato que dá origem primeira à obra. Tratam-se, na verdade, de intervenções artísticas ou técnicas que, ao longo do tempo, agregam novas qualidades à obra em questão, fazendo aderir novos interesses a eventuais reproduções daquela peça. Basta notar que os direitos conexos previstos em lei constituem rol exemplificativo,⁴⁷ uma vez que novos direitos conexos podem surgir a partir da introdução de novas intervenções sobre a obra e igualmente merecer proteção legal, como é o caso, no campo artístico, do *remixing*⁴⁸ e, no campo técnico, do *webcasting* ou *simulcasting*.⁴⁹

Tendo em vista essa autonomia, é natural que os direitos conexos individualmente considerados e os direitos de autor também constituam parcelas autônomas de retribuição, cada qual devida ao responsável por cada um dos contributos à obra original. É necessário observar que a quantidade de interessados – e, portanto, de credores – em uma execução pública de obra musical é diretamente proporcional à quantidade de artistas participantes daquele fonograma. Nesse sentido, Antônio Chaves aduz que “artistas serão, pois, sim, todos aqueles profissionais indicados, e outros ainda que possam ser acrescidos ao rol meramente exemplificativo da lei, mas que revelem, na sua atuação, dotes criadores que personalizem a sua interpretação”.⁵⁰

⁴⁷ CHAVES, Antônio. *Direitos conexos*, cit., p. 30.

⁴⁸ CARBONI, Guilherme. Direito autoral nas atividades de DJ e produção de música eletrônica. *Migalhas*. 15 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204282,41046-Direito+autoral+nas+atividades+de+DJ+e+producao+de+musica+eletronica>>. Acesso em: 6 out. 2017.

⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. A cobrança de direitos autorais sobre as obras musicais e fonogramas transmitidos via internet. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 6, p. 2-25, out./dez./2015.

⁵⁰ CHAVES, Antônio. *Direitos conexos*, cit., p. 47.

Por essa razão, inclusive para efeitos de gestão coletiva, obras musicais poderão ser tão simples quanto aquela em que um mesmo sujeito compõe letra e melodia de canção que ele próprio executará com voz e violão em gravação por si mesmo produzida e posteriormente distribuída na *web*; e tão ou mais complexas do que a sinfonia executada por orquestra composta por regente, coro, cordas, madeiras, metais, percussão e teclas, distribuída por grande gravadora e resultante de arranjo de composição já existente, cada qual fazendo jus à sua parcela de remuneração, tanto músicos quanto gravadora, arranjador e compositor.⁵¹

É justamente essa multiplicidade de interesses que justifica a afirmação segundo a qual a regra forçosamente será a da gestão coletiva, restando hipóteses extremamente restritas nas quais se poderia cogitar de gestão pessoal. No sistema de *Copyright*, que prioriza o compositor, é mais fácil a negociação pessoal e mesmo a gestão coletiva é mais simples. Aliás, é por isso que não há apenas uma associação de cobrança e arrecadação de direitos autorais sobre músicas nos Estados Unidos.

Importa notar que mesmo o direito norte-americano, que historicamente garantia direitos tão somente aos autores propriamente ditos, acolheu sistemática análoga à de direitos conexos no âmbito do *Digital Performance Right in Sound Recordings Act* de 1995. O diploma em questão obriga que, após a arrecadação da retribuição devida, uma entidade sem fins lucrativos se encarregue de destinar aos músicos executantes 50% da remuneração percebida por transmissões de áudio digital, sendo 45% para os artistas principais (*featured artists*) e 5% para músicos com menor destaque (*nonfeatured musicians/vocalists*), cabendo o restante ao autor da obra (U.S.C., 17, §114).

Contudo, não se pode afirmar que a lógica dos direitos conexos foi transportada em sua totalidade para o sistema do *Copyright*, uma vez que aos intérpretes e executantes somente se atribui parcela de remuneração, cabendo exclusivamente ao autor a autorização de execução pública (U.S.C., 17, §106). A tendência do *Copyright* à remuneração tão somente do autor – e, por conseguinte, da gravadora ou de outro ente que adquira os direitos – se verifica pelo fato de o diploma de 1995 se aplicar tão somente às transmissões digitais realizadas no território dos Estados Unidos, não havendo que se falar em qualquer remuneração ao artista intérprete ou executante em transmissões terrestres, isto é, pela via da radiodifusão, e tampouco na reprodução dessas obras em outros países.

Tal dificuldade se dá em razão do fato de os Estados Unidos não serem signatários da Convenção de Roma, internalizada no Brasil pelo Decreto

⁵¹ Ampla descrição dos diversos potenciais detentores de direitos conexos é realizada por MORAES, Walter. *Artistas intérpretes e executantes*, cit., p. 94-139.

nº 57.125/65, que confere proteção internacional aos direitos conexos dos artistas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão. No entanto, por mais que os Estados Unidos ainda conservem em grande medida a tradição pura do *Copyright*, o país já reconhece direitos de intérpretes e executantes em seu território, de sorte que o não pagamento da remuneração devida a esses artistas é também ilícito naquele ordenamento, nos termos do que se viu acima.

Adicione-se que, ainda que os intérpretes e executantes norte-americanos não fizessem jus a retribuição no sistema de *Copyright* antes da lei de 1995, já eram titulares de direitos conexos em território brasileiro, já que podem filiar-se a associações de gestão coletiva nos Estados Unidos que sejam parceiras das brasileiras, sendo de direito o seu pagamento com base, portanto, no sistema brasileiro. Por outro lado, se um negócio como o da *ListenX* ocorresse totalmente nos Estados Unidos em período posterior à lei de 1995, o licenciante mesmo assim teria que pagar os direitos conexos na forma daquele diploma.

Já o direito brasileiro confere especial proteção aos direitos conexos – que mesmo no direito norte-americano merecem guarida em alguma medida –, de sorte que não se pode cogitar de modelo que remunere somente o autor da música, mas também todos os titulares de direitos conexos envolvidos, fato que torna imprescindível a manutenção de modelo sofisticado de gestão coletiva.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵² apresenta uma série de casos nos quais se pode verificar que os direitos conexos são autônomos em relação aos direitos de autor propriamente ditos, razão pela qual as obras musicais são permeadas por diversos interesses de atores distintos.

Assim, pode-se perceber que jurisprudência é pacífica não somente em relação à importância de se assegurar os direitos conexos, como em relação ao papel fundamental que a gestão coletiva centralizada pelo ECAD tem no sistema de direitos autorais brasileiro.

3.3 Síntese: A gestão coletiva centralizada pelo ECAD como única forma de operacionalização do modelo de direitos autorais de obras musicais adotado no Brasil

Ao longo deste parecer, já se afirmou em diversas oportunidades que a gestão individual, embora facultada pela Lei nº 9.610/98, não se afigura viável

⁵² No julgamento do REsp nº 1.219.273/RJ (STJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 24.4.20140, a relatora faz uma descrição de inúmeros julgados no mesmo sentido. Ver também STJ, 3ª T., REsp nº 1.207.447/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 12.6.2012; STJ, 3ª T., REsp nº 363.641/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 27.6.2002; STJ, 3ª T., REsp nº 1.219.273/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 24.4.2014.

como a regra, seja pela multiplicidade de direitos de vários sujeitos que normalmente diz respeito a um fonograma – o que necessariamente ensejará a gestão coletiva, de exclusividade do ECAD –, seja pela dificuldade que o titular tem de fiscalizar pessoalmente todas as execuções públicas de suas obras de maneira eficiente.

Também se procurou demonstrar que o modelo de gestão coletiva adotado pelo Brasil, com a centralização do ECAD, decorre das complexidades do sistema de direitos do autor e das suas diferenças em relação ao modelo de *Copyright*. Daí por que, diferentemente do modelo norte-americano, no qual é perfeitamente possível que três associações (ASCAP, BMI e SESAC) concorram na arrecadação em gestão coletiva de direitos autorais, devendo o responsável pelo pagamento da retribuição pagar a todas as associações que tiverem executadas faixas de artistas a elas filiadas, é difícil, para não dizer impossível, imaginar a operacionalização do modelo brasileiro sem um escritório central que, por força de expressa disposição legal (Lei nº 9.610/98, art. 99), detém a prerrogativa exclusiva de arrecadar e distribuir as parcelas devidas.

Tais constatações mostram as razões pelas quais os novos modelos de negócio do mercado musical não se sustentam: (i) utilizam-se indevidamente da possibilidade legal de gestão pessoal dos direitos autorais para exercerem verdadeira gestão coletiva, que viola o monopólio legal do ECAD; (ii) não protegem os direitos dos autores de acordo com as normas reguladas pela Lei nº 9.610/98 e, alguns casos, ainda desconsideram por completo os direitos conexos; e (iii) não atendem aos requisitos de autorização, funcionamento, *accountability* e transparência que a lei considera essenciais para resguardar os direitos dos autores, dos usuários e o próprio interesse público relacionado à disseminação da cultura.

Com efeito, as estruturas complexas que definem modelos de negócio como os da *ListenX* e da *Azul Music* em nada se assemelham com a gestão pessoal, realizada à conta do próprio autor, uma vez que se caracterizam pela existência de intermediários encarregados de licenciar, recolher retribuições e distribuí-las ao titular do direito. Na verdade, os modelos de negócio são claramente gestão coletiva, em que as empresas prestadoras dos serviços fazem as vezes de ente arrecadador mandatário de seus associados.

Modelos de negócio como os da *ListenX* são ainda mais hostis ao ordenamento brasileiro, uma vez que negligenciam os direitos conexos, subvertendo completamente o sistema de direitos autorais adotado pelo Brasil e prejudicando o trabalho de inúmeros artistas que teriam direito a serem remunerados por terem suas músicas executadas em território nacional.

Por outro lado, se tais modelos levassem em consideração os direitos conexos, tal como ocorre com o modelo da *Azul Music*, ficaria ainda mais evidenciado

que se trata realmente de gestão coletiva, uma vez que realizada por intermediário que gerencia os direitos de diversos titulares. Com efeito, a atividade realizada pela *Azul Music/Music Delivery*, em nada se diferencia daquela realizada pelo ECAD.

Por essa razão, demonstrado que a gestão coletiva centralizada pelo ECAD não apenas é solução constitucional, adequada e proporcional para gerenciar os direitos autorais do Brasil, não se pode admitir que o sistema inteligentemente construído pelo legislador seja burlado por modelos de negócio que pretendem exercer formas de gestão coletiva paralelas àquela exercida pelo ECAD.

4 O descumprimento, pelos novos modelos de negócio, dos requisitos impostos pela lei para a gestão coletiva

Além de usurparem a competência legal do ECAD, os novos modelos de negócios partem da premissa de que agentes privados possam negociar e cobrar direitos autorais sem estarem sujeitos a qualquer dos requisitos legais impostos para tal, muitos dos quais voltados para a defesa do interesse público relacionado à proteção dos direitos autorais.

Sobre essa questão, é importante destacar que a Lei nº 9.610/98 sofreu sensíveis alterações em razão da edição da Lei nº 12.853/2013, que modificou os artigos 97 e seguintes da Lei de Direitos Autorais para impor deveres de cuidado acentuados às associações de gestão coletiva, tendo em conta a fundamental atividade de interesse público que prestam ao gerirem direitos autorais. A criação de parâmetros para a criação dessas associações e para a atuação do ente arrecadador foi medida essencial para garantir transparência e efetividade do mecanismo de cobrança e arrecadação.

Com isso, por mais que as associações de gestão coletiva tenham natureza jurídica de direito privado, se encontram em posição diferenciada pelo fato de, como já pontuou o Supremo Tribunal Federal, exercerem “função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social”, de modo que “integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal”.⁵³

Tanto é assim que, de acordo com o §1º do artigo 97 da Lei de Direitos Autorais, “As associações reguladas por este artigo exercem atividade de interesse público, por determinação desta Lei, devendo atender a sua função social”.

⁵³ STF, 2ª T., RE nº 201.819, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 11.10.2005.

Não é por outra razão que o Projeto de Lei que ensejou a modificação da Lei nº 9.610/98 em 2013 contava com cinco frentes básicas, novamente segundo o relatório do Senador Humberto Costa, (i) transparência, (ii) eficiência, (iii) modernização, (iv) regulação e (v) fiscalização.

A regência de tais diretrizes gerais é facilmente verificável com a leitura do texto modificado da Lei nº 9.610/98. Basta perceber que o diploma conta com procedimento especial de habilitação de associações à atividade de cobrança das parcelas correspondentes aos direitos de seus associados junto ao Ministério da Cultura (art. 98-A, *caput* e §1º). A habilitação consiste na apresentação de uma série de documentos e informações – enumeradas pelas alíneas do inciso II do artigo 98-A – destinadas a demonstrar que a entidade solicitante “reúne as condições necessárias para assegurar uma administração eficaz e transparente dos direitos a ela confiados e significativa representatividade de obras e titulares cadastrados” (art. 98-A, II).

Uma vez habilitadas, as associações são incumbidas de uma série de obrigações no sentido dos eixos que orientaram a reforma, sendo legalmente obrigadas, inclusive, a prestar contas regular e diretamente a seus associados, sob pena de prestação de contas forçada pelo Ministério da Cultura (art. 98-C). Adicione-se, ainda, que o artigo 100-A da Lei de Direitos Autorais prevê que os dirigentes das associações responderão solidariamente, com seus bens particulares, por desvio de finalidade ou quanto ao inadimplemento das obrigações para com os associados, por dolo ou culpa.

Por fim, importa notar que a lei prevê critérios até mesmo para a quantificação do valor devido aos autores e titulares de direitos conexos, prevendo que, em 4 anos da publicação da lei (portanto, em agosto de 2017), a parcela destinada aos autores e demais titulares não será inferior a 85% do valor arrecadado (art. 99, §4º).

A idoneidade de tais critérios frente à importância da existência de salvaguardas aos interesses dos titulares de direitos autorais e conexos no âmbito da gestão coletiva foi ratificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.062,⁵⁴ quando foi atestada a constitucionalidade dos dispositivos incluídos na Lei de Direitos Autorais pela Lei nº 12.853/2013. De acordo com o voto do Ministro-Relator Luiz Fux, a lei de 2013 introduziu medidas salutares à prevenção da obtenção de rendas extraordinárias pelo ente arrecadador em razão da vantagem informacional de que dispõe em razão de sua centralidade, o que poderia ter o condão de subverter seu papel instrumental de proteção aos direitos autorais.

⁵⁴ STF, Tribunal Pleno, ADI 5.062, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 27.10.2016.

Nesse sentido, entendeu o Min. Fux que a maior transparência da gestão coletiva de direitos autorais – objetivo precípua do diploma modificador de 2013 – consubstancia finalidade legítima, uma vez que “busca eliminar o viés rentista do sistema anterior e, com isso, promover, de forma imediata, os interesses tanto de titulares de direitos autorais (CRFB, art. 5º, XXVII) quanto de usuários (CRFB, art. 5º, XXXII)”.

É patente, portanto, que a atividade de gestão coletiva é amplamente disciplinada pelo legislador e se encontra sob supervisão do Ministério da Cultura, demonstrando que a própria lei previu uma série de exigências como contrapartida à exclusividade legal de arrecadação e distribuição de parcelas oriundas da execução pública. Tal circunstância reforça a preocupação de José de Oliveira Ascensão,⁵⁵ ao mostrar que a gestão coletiva é fortemente permeada por interesses coletivos dos artistas representados e mesmo pelo interesse público de fiscalização e repressão a atividades lesivas aos direitos autorais, o que se faz necessário em razão da centralização e da exclusividade de que goza o órgão arrecadador.

É importante acrescentar que a imprescindibilidade do controle da gestão coletiva de direitos autorais não decorre tão somente do monopólio legal de que goza o ECAD, mas da própria natureza dos direitos autorais que, por definição, geram monopólios sobre as criações que protegem, o que “bastaria já para tornar indispensável uma supervisão, para assegurar que as regras mínimas da concorrência sejam respeitadas”.⁵⁶

O mesmo, contudo, não ocorre com os modelos de negócio apresentados pela *ListenX* e pela *Azul Music*, que, muito embora igualmente lidem com direitos de milhares de músicos – e, por analogia, exerceriam atividade de interesse público –, não realizam quaisquer esforços para demonstrar transparência quanto a seus critérios de operação. Pelo contrário, as atividades das empresas se dão de maneira pouco transparente, seja quanto às cobranças, seja quanto aos seus métodos de gestão dos direitos autorais.

É importante observar que, no caso da *Azul Music*, a empresa apresenta tabela na qual, ao afirmar que os artistas farão jus a 24% do valor arrecadado, discrimina os valores devidos a cada um dos titulares envolvidos na obra em questão. Especial atenção merece ser direcionada ao valor da remuneração dos artistas. A alíquota de 24% é consideravelmente inferior à alíquota legal que,

⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais, cit., p. 172.

⁵⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais, cit., p. 173.

no ano de 2017, passará de 82,5% para 85%, na forma da norma progressiva contida no §4º do artigo 99 da Lei de Direitos Autorais.

O Decreto nº 8.469/2015 ainda prevê outras garantias para os usuários, tal como a prevista no artigo 7º, segundo o qual “a cobrança terá como princípios a eficiência e a isonomia, e não deverá haver discriminação entre usuários que apresentem as mesmas características”.

Ora, tais constatações são suficientes para demonstrar que a vantagem competitiva dos modelos de negócios ora analisados – que divulgam seus serviços em razão de preços mais baixos do que os cobrados pelo ECAD – reside justamente na redução das parcelas repassadas aos autores, despidos de qualquer proteção legal sobre seus rendimentos, contrariamente ao que ocorre no modelo legítimo de gestão coletiva. Por conseguinte, os preços praticados pela *ListenX* e pela *Azul Music* só se justificam em razão do achatamento da remuneração dos artistas, fenômeno que não ocorre na atividade do ECAD em razão da norma legal imperativa.

Na verdade, além de o valor de 24% ser consideravelmente baixo para remunerar os titulares de direitos autorais e conexos, vale lembrar que o alto valor da taxa de retenção pelo ECAD foi um dos argumentos que ensejou a condenação do escritório central pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em procedimento administrativo sancionador.⁵⁷ No caso em questão, o Conselheiro-Relator afirmou que, tendo em vista que a margem de retenção do ECAD era consideravelmente alta, não se estaria ampliando mercados, possibilidades de acesso ou a massificação do consumo, mas sim uma extração de renda advinda de seu poder econômico. Note-se que, no caso apreciado pelo CADE, o ECAD e as associações retinham 24% dos valores arrecadados, ao passo que os 76% restantes eram repassados aos titulares. No caso da tabela apresentada *Azul Music*, ocorre a situação oposta: ao passo que os artistas recebem apenas 24%, a empresa retém 76% das parcelas recolhidas.

A diferença entre as duas situações é que, ante a ausência de controles ao poder de mercado do ECAD – o que ensejou a representação junto ao CADE –, a Lei nº 12.853/2013 introduziu mecanismos destinados a corrigir tal distorção, de maneira a reconduzir as entidades de gestão coletiva “ao papel que justifica sua existência”, isto é, à proteção dos direitos autorais e conexos, conforme pontuou o Min. Fux no já mencionado acórdão do Supremo Tribunal Federal.⁵⁸

O ECAD, portanto, dispõe hoje de regulação que objetiva justificar seu monopólio legal. Em sentido oposto, empresas como a *ListenX* e a *Azul Music*

⁵⁷ CADE, Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83, Rel. Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, julg. 20.3.2013.

⁵⁸ STF, Tribunal Pleno, ADI nº 5.062, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 27.10.2016.

buscam brechas normativas para atuar à margem da legislação e, assim, obter rendimentos desproporcionais – e prejudiciais aos interesses envolvidos – em razão da inobservância das regras imperativas.

Por conseguinte, pode-se concluir não somente que a gestão coletiva de direitos autorais centralizada pelo ECAD e realizada pelas associações habilitadas junto ao Ministério da Cultura e pelo escritório central é a melhor alternativa, senão a única, para atender à finalidade precípua da arrecadação centralizada de direitos autorais: a efetiva remuneração dos titulares de direitos autorais e conexos, passível de supervisão e controle por seus filiados e pelas entidades regulatórias.

5 A idoneidade do modelo de gestão coletiva segundo a legislação concorrencial

O modelo de gestão coletiva estabelecido pela legislação brasileira não somente se apresenta como o mais adequado para tutelar direitos de autor e direitos conexos, mas também – sobretudo a partir da reforma de 2013 – se estrutura de maneira hígida no que diz respeito ao atendimento das exigências dos princípios constitucionais da ordem econômica e dos ditames da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011).

A legitimidade da gestão coletiva de direitos autorais pelo ECAD foi questionada perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83,⁵⁹ quando, com a devida vênia, aquela autarquia equivocadamente entendeu que a sistemática de fixação de preços pelo ECAD, juntamente com as associações que o compõem, constituiria cartelização.

A decisão do CADE baseou-se no voto do Conselheiro-Relator Elvino de Carvalho Mendonça, que, embora acertadamente tenha afirmado que a gestão coletiva se adequa claramente à gestão dos direitos autorais, na medida em que promove a proteção de artistas muitas vezes hipossuficientes em face de um sem número de ocasiões nas quais as obras são reproduzidas, equivoca-se ao entender que a fixação de valores de retribuição constituiria colusão. Segundo o Relator, a ausência de livre negociação de preços para os repertórios licenciados configuraria prática anticoncorrencial, de sorte que não seria legítima a fixação conjunta dos valores a serem cobrados pelas execuções das obras musicais.

⁵⁹ CADE, Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83, Rel. Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, julg. 20.3.2013.

Nesses termos, o Relator entendeu que se havia formado cartel entre o ECAD e as associações por fixação do valor dos direitos relativos à execução pública das obras musicais, além de ter verificado abuso de posição dominante das entidades Representadas por criarem mecanismos para impedir o funcionamento de outras associações de gestão coletiva.

Contudo, em divergência inaugurada pelo Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, acertadamente se afirmou que “No caso, a meu ver, a impossibilidade de competição entre as Associações é uma inviabilidade de fato, que decorre da estrutura mesma do sistema brasileiro de proteção de direitos autorais e conexos”. Com isso, o Conselheiro afirma que, por mais que a competição no âmbito da arrecadação e distribuição de parcelas oriundas de direitos de autor e conexos seja possível em tese – como ressaltou o Conselheiro-Relator, tanto que ocorre em sistemas estrangeiros –, tal possibilidade não existe no contexto específico do sistema brasileiro.

A Lei de Direitos Autorais confere ao ECAD e às associações o monopólio legal dessas atividades, de sorte que a concorrência no setor mediante a segregação de repertórios em entidades distintas que compitam por preços – como propôs o relator – é impossível no ordenamento pátrio, seja em razão de expressa disposição legal instituindo a exclusividade, seja em razão da imperiosa proteção dos direitos conexos. A necessidade de remuneração tanto do autor quanto dos artistas intérpretes ou executantes impede faticamente que – como sói ocorrer no sistema norte-americano –, associações ofereçam repertórios distintos com preços diversos, já que as associações não detêm direitos sobre a obra como um todo, mas sim sobre as frações que são titularizadas por seus associados.

No mesmo sentido, no voto divergente proferido à época por esta parecerista, se afirmou que, a despeito dos argumentos do Conselheiro-Relator, a fixação conjunta de preços ou condições de negociação entre as associações componentes do ECAD não pode ser considerada prática colusiva. Sendo claro que a Lei de Direitos Autorais confere monopólio ao ECAD no que concerne às atividades de arrecadação e distribuição, é forçoso reconhecer que desse monopólio legal decorra, por razões estruturais, “um sistema de fixação de preços que se distancia dos padrões tradicionais de concorrência, mas que não configura, necessariamente, um ilícito antitruste”. Acresce que, nos termos do voto divergente, “o simples fato de se admitir o concerto no âmbito de cada associação já demonstra que, em razão das peculiaridades do Direito Autoral e da gestão coletiva, não estamos em um âmbito no qual prevaleça a livre concorrência”.

Desse modo, não havia ilícito concorrencial na fixação conjunta da remuneração e na sistemática brasileira de gestão coletiva, embora tenha prevalecido equivocadamente, naquela oportunidade, a posição esposada pelo Conselheiro-

Relator. De toda sorte, a discussão ficou totalmente superada com a Lei nº 12.853/2013, que expressamente prevê, no §8º do artigo 99 que “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”, esclarecendo o §9º que “o ente arrecadador cobrará do usuário de forma unificada, e se encarregará da devida distribuição da arrecadação às associações, observado o disposto nesta Lei, especialmente os critérios estabelecidos nos §§3º e 4º do art. 98”.

Acresce que as modificações da Lei de Direitos Autorais tiveram o objetivo de tornar mais transparente e responsável o exercício da gestão coletiva pelo ECAD e pelas associações, além de definir o Ministério da Cultura como órgão regulador encarregado da fiscalização do monopólio legal de arrecadação e distribuição de parcelas oriundas de direitos autorais e conexos.

Logo, o modelo de gestão coletiva de forma alguma é incompatível com a legislação concorrencial, até porque é fixado por lei de mesma hierarquia da Lei nº 12.529/2011. Dessa maneira, por mais que haja considerável espaço para a aplicação da legislação antitruste, esta terá que se dar de forma compatível com o monopólio legal do ECAD, ainda mais depois que a Lei nº 12.853/2013 introduziu uma série de parâmetros para sua fiscalização e controle.

Tal observação é importante porque, apesar de todas as ilegalidades já mencionadas, as novas empresas do mercado musical entendem que têm direito de prosseguir com seus negócios, sem que o ECAD possa exercer suas competências legais e legítimas no controle da gestão coletiva de direitos autorais. Tal circunstância tem propiciado considerável litigiosidade entre estes e o ECAD, o qual tem legitimamente procurado defender o seu monopólio legal, impedindo que qualquer empresa privada possa realizar gestão coletiva de direitos autorais.

Ao assim fazer, o ECAD está no exercício regular de um direito e de um dever, não sendo razoável atribuir ao ECAD qualquer tipo de abuso ou de criação de barreiras à entrada nos mercados. Afinal, como já se viu, trata-se de mercado regulado pela Lei nº 9.610/98, que somente permite a gestão coletiva nos termos ali previstos.

Na verdade, o comportamento de empresas como a *ListenX* e *Azul Music* amolda-se perfeitamente ao que a doutrina denomina por “empreendedorismo evasivo”,⁶⁰ na medida em que procuram, ao invés de desafiar frontalmente a regulação formal, buscar alguma brecha ou zona de penumbra para justificar a sua atuação. No caso concreto, a brecha encontrada foi o §15 do artigo 98 da Lei nº 9.610/98, sob o fundamento de que estariam exercendo gestão pessoal.

⁶⁰ ELERT, Niklas; HENREKSON, Magnus. Evasive entrepreneurship. *Small Business Economics*, v. 47, n. 1, p. 95-113, jun. 2016.

Entretanto, como se demonstrou, não há qualquer possibilidade de considerar tais modelos de negócio como gestão pessoal, assim como é inequívoco que contrariam frontalmente o monopólio legal do ECAD. Dessa maneira, é totalmente legítima a defesa do ECAD de suas prerrogativas, tanto à luz da Lei nº 9.610/98, como à luz da legislação concorrencial, uma vez que esta não autoriza que agentes privados ingressem em mercados regulados sem a devida autorização, sem atenderem aos requisitos exigidos pela lei e ainda usurpando competências de ente a que a própria lei concedeu monopólio legal para a cobrança e a arrecadação de direitos autorais.

Não obstante a ilegalidade de tais modelos de negócio ser flagrante, até diante da anterior condenação pelo CADE, a postura do ECAD foi extremamente cautelosa. Optou por não se insurgir de pronto contra os novos prestadores de serviços musicais até que pudesse compreender perfeitamente a lógica subjacente dos arranjos contratuais.

No entanto, a partir do momento em que ficou claro que empresas como a *ListenX*, a *Azul Music* e congêneres estavam exercendo verdadeira gestão coletiva de direitos autorais, burlando a Lei nº 9.610/98 e usurpando a competência do ECAD, outra alternativa não houve senão se opor a tais modelos de negócio e ainda acionar o Ministério da Cultura.

Dessa maneira, a oposição do ECAD aos novos modelos de negócio não pode ser considerada um ilícito concorrencial. Na verdade, a conduta dessas empresas é que é ilegal, já que atuam em mercados regulados sem atender a nenhum dos requisitos para tal.

Como reforço, vale destacar que artigo 1º do Decreto nº 8.469/2015 é claro ao prever que “o exercício da atividade de cobrança de direitos autorais a que se refere o art. 98 da Lei nº 9.610, de 1998, somente será lícito para associações que obtiverem habilitação do Ministério da Cultura, nos termos do art. 98-A da referida lei, observadas as disposições deste Decreto”, prevendo o inciso II do artigo 30 como infração administrativa “exercer a atividade de cobrança em relação ao capítulo II”, que é o que trata do sistema de gestão coletiva centralizado pelo ECAD (Dec. nº 8.469/2013, arts 6º a 9º; Lei nº 9.610/98, art. 98, §§2º a 5º).

6 Resposta

Como se procurou demonstrar ao longo do estudo, os modelos de negócio analisados não podem ser considerados gestão pessoal de direitos autorais, assim como não são compatíveis nem com o monopólio legal do ECAD para a centralização da gestão coletiva nem com a estrutura do sistema de proteção de direitos autorais e conexos adotado pela legislação brasileira.

Com efeito, as alternativas que a Lei nº 9.610/98 confere ao autor são duas: ou a gestão coletiva centralizada pelo ECAD, que é a regra, ou a gestão pessoal, feita diretamente pelo autor, sem qualquer intermediário e que, exatamente pelas suas dificuldades, acaba tendo que ser pontual e excepcional.

Os modelos de negócio analisados não se enquadram na exceção da gestão pessoal ou individual de direitos autorais, pois as gestoras dos direitos autorais são empresas privadas que agem como intermediárias dos autores, atuando na evidente condição de mandatárias, função que é exclusiva do ECAD e das associações que o compõem.

Na verdade, os referidos modelos de negócio pretendem implementar, à margem da lei, uma terceira alternativa: a gestão coletiva centralizada por empresas privadas, o que nem está albergado pela autorização legal para a gestão pessoal nem é compatível com o modelo de gestão coletiva existente no Brasil, que exige dos mandatários rigorosos critérios de acesso, a fim de assegurar a proteção dos autores, dos usuários e do interesse público, por meio de parâmetros de transparência e *accountability*.

Com efeito, a gestão coletiva de direitos autorais não é atividade privada, sujeita apenas às demandas do mercado e que possa ser exercida por quem quer que tenha interesse. Trata-se de mercado fortemente regulado, que apenas possibilita o ingresso dos agentes dispostos a cumprir os requisitos legais de acesso e funcionamento e desde que observem o monopólio legal do ECAD.

Ademais, os novos modelos de negócio prejudicam, em grande medida, a proteção concedida aos artistas, na medida em que deixam de atribuir parcelas remuneratórias devidas – como pode acontecer nos modelos de negócio que desconsideram os direitos conexos envolvidos – ou reduzem substancialmente as parcelas de remuneração – como ocorre nos modelos de negócio que remuneram os autores em percentual muito inferior ao determinado pela lei.

Dessa maneira, a oposição do ECAD a tais negócios, longe de ser abusiva, decorre do exercício regular de um direito e de um dever inerentes ao monopólio que a lei legitimamente lhe atribui, opção cuja constitucionalidade já foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal e se mostra como a mais adequada para a proteção dos direitos autorais sobre músicas no Brasil.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FRAZÃO, Ana. A gestão pessoal dos direitos autorais e os novos negócios do mercado musical. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 187-226, out./dez. 2017. Parecer.
