

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Felipe Augusto de Araújo Pereira

O ECAD E O VIÉS PATRIMONIALISTA DOS DIREITOS AUTORAIS

Curitiba

2010

Felipe Augusto de Araújo Pereira

O ECAD E O VIÉS PATRIMONIALISTA DOS DIREITOS AUTORAIS

Monografia apresentada à Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Said Staut Junior

Curitiba

2010

Dedico este trabalho a Ana Francisco de Araújo e Maria José Valim Pereira (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar aos meus irmãos Lilian e Maurício, por me darem a base e o porto seguro que apenas uma família unida poderia fazer. Agradeço à minha mãe, Ana pelo amor e paciência infinitos e pela eterna inspiração a ser uma pessoa mais honesta e correta. Ao meu pai, por encarar o mundo e a vida de olhos e braços abertos, desejando ansiosamente o desconhecido sem deixar detalhes como a distância entre o Brasil e a Malásia ficarem no caminho do conhecimento e do progresso pessoal. Agradeço aos amigos do cursinho, do futebol, do pebolim; não os menciono expressamente aqui mas em nenhum momento esqueci de vocês. Agradeço ao Partido Democrático Universitário por me permitir viver experiências únicas, indo desde uma viagem impulsiva ao Paraguai até formar parte do Centro Acadêmico mais cobiçado e resiliente deste país e neste (curto demais) período enfrentar grandes medos e grandes vitórias. Sou também imensamente grato à Heloísa, minha amada, por todo o carinho nas melhores e piores horas, por junto comigo enfrentar a distância que sempre foi pequena demais pra nos separar.

RESUMO

Esta monografia traz uma análise crítica do atual Direito Autoral brasileiro na música usando como gancho o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade responsável pela cobrança e distribuição de valores devidos pela utilização de obras musicais. O modelo de gestão coletiva adotado no Brasil, consagrado nas Leis nº 5.988/73 e nº 9.610/98 é baseado nas associações de gestão coletiva, que acabam servindo aos interesses das grandes empresas titulares de direitos patrimoniais de autor. A criação do ECAD unificou a cobrança e a distribuição, mas gerou grandes distorções. Inserindo o Escritório no contexto de uma indústria cultural voltada muito mais ao lucro que à cultura propriamente dita, faz parecer razoável afirmar que sua fiscalização pelo Estado brasileiro, tal como ocorre com outras pessoas jurídicas que tem por escopo a distribuição de lucros, é cabível.

Palavras-chave: Direito autoral, indústria cultural, ECAD.

ABSTRACT

This monograph brings a critical analysis of Brazilian copyright in music using the *Escritório Central de Arrecadação e Distribuição* (Central Office for Collection and Distribution), an entity responsible for collecting and distributing importances owed for the use of musical works. The collective management model adopted in Brazil, established in the laws nº 5.988/73 and nº 9.610/98 is based in collective management associations, which end up catering to the interests of the large companies that are entitled to the copyrights (except moral rights). The creation of the *ECAD* unified collection and distribution, but led to great distortions. Placing the Office in the context of a cultural industry concerned much more with profit than with culture in itself, makes it seem reasonable to affirm that its inspection by the Brazilian State, as is the case with other legal persons that strive to distribute profits, is appropriate.

Keywords: Copyright, cultural industry, *ECAD*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I – O ECAD E O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	
Seção I – Regime anterior à Lei nº 5.988/73.....	10
Seção II – Na Lei nº 5.988/73.....	13
Seção III – Na Lei nº 9.610/98.....	18
Seção IV – A Convenção de Berna e sua influência.....	24
CAPÍTULO II – VISLUMBRANDO O ENFOQUE PATRIMONIALISTA DOS DIREITOS AUTORAIS	
Seção I – O ECAD e a proteção do titular de “patrimônio” autora.....	27
Seção II – A indústria cultural e a submissão do autor ao capita.....	31
Seção III – a proposta de revisão à Lei nº 9.610/98.....	36
CONCLUSÃO.....	45
BIBLIOGRAFIA.....	49

INTRODUÇÃO

O tema dos Direitos Autorais, assim como tantos outros na seara jurídica, tem sido discutido cada vez mais sob uma perspectiva crítica, não limitada à mera descrição e interpretação da lei.

O pensamento de Horkheimer e Adorno, no tocante à chamada *Indústria Cultural* mostra-se de grande pertinência no trato deste ramo jurídico; afinal, se os interesses do sistema capitalista exercem no mínimo uma forte influência sobre a própria criação das obras artísticas, não faz tanto sentido falar em direitos morais e direitos patrimoniais¹, já que o aspecto realmente importante a ser protegido é o lucro gerado pelas obras.

Vale lembrar que neste trabalho, a análise terá como foco as obras musicais, pois são o objeto da atuação do ECAD, além da crença deste aluno que cada forma de expressão artística é digna de análise que considere suas particularidades, sob pena de se chegar a conclusões e soluções jurídicas inócuas.

Além da contribuição da Escola de Frankfurt, autores como Marcia Tosta Dias e Sérgio Staut Jr. trazem aportes indispensáveis à análise que aqui se pretende fazer; logicamente a visão tradicional do tema não pode e nem será ignorada.

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição é uma “*sociedade civil, de natureza privada, instituída pela Lei Federal nº 5.988/73 e mantida pela atual Lei de Direitos Autorais brasileira – 9.610/98*”².

Segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem a competência exclusiva de fiscalizar a arrecadação e distribuição dos valores pagos pela utilização de obras musicais em locais públicos, entre outros, conforme se observa:

“(...)A Lei não impôs ao Poder Público o dever de fiscalizar o pagamento de direitos autorais. Ao contrário, permitiu a criação de um escritório central (Art. 99 da Lei 9.610/98) com esta finalidade. Ao ECAD, e só a ele, compete o dever de fiscalizar o correto pagamento dos direitos de autor. Atribuir tal encargo ao Poder Público - sob pena de ser solidariamente responsável pelo pagamento - é fazer algo que a Lei não fez.(...)”
(STJ, 3ª Turma, REsp 871.887-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ-e 26/10/2006)

¹ A própria lei 9610/98 lança mão deste termo no Capítulo II de seu Título III, denominado: *Dos Direitos Morais do Autor*.

²ECAD. A instituição. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=16>>. Acesso em 07/09/2009.

A simples existência deste órgão e sua consagração como principal defensor dos chamados “Direitos Autorais” na música –na verdade o órgão atua em relação aos direitos patrimoniais de autor- já demonstra que o interesse preponderante em jogo neste ramo jurídico é o do lucro que é gerado pelas obras musicais.

Outro ponto de grande interesse no desenvolvimento do trabalho é o projeto apresentado pelo Ministério da Cultura para a revisão da Lei 9.610/98, tendo como um de seus pontos mais polêmicos o regulamento do ECAD.

Parece interessante abordar em primeiro lugar o caminhar recente do ordenamento jurídico pátrio quanto aos direitos autorais em paralelo com o do ECAD, o que ao mesmo tempo oferece suficiente contextualização e serve como introdução à crítica que será feita, não simplesmente ao órgão em si, mas sim ao viés patrimonialista que este evidencia.

A visão da doutrina autoralista mais tradicional e as respostas que oferece à questão da proteção dos autores de obras musicais será detalhada em seguida, sem prejuízo de um sólido complemento realizado com especial ênfase na Convenção de Berna, imensamente influente na estrutura dada aos direitos autorais no Brasil e em vários outros países.

Após informar o leitor da melhor forma possível sobre o contexto do trabalho e trazer as visões atualmente mais aceitas sobre o assunto, pode-se passar ao aspecto crítico, sempre à luz do pensamento de teóricos que enriqueçam a visão que se adotará e também, quando apropriado, considerando a opinião dos interessados no próprio tema, quais sejam, os autores, intérpretes e também daqueles que se vêem no dever de pagar pela utilização das obras musicais.

CAPÍTULO I – O ECAD E O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Seção I – Regime anterior à Lei nº 5.988/73

Passemos a verificar a situação jurídica anterior à edição deste diploma legal.

A Convenção de Berna, conforme o texto revisado em Paris no ano de 1971³, deixa a cargo das legislações nacionais a regulamentação da proteção dos direitos autorais e dos meios processuais por meio dos quais esta se dará:

Art. 5º:

2) O gozo e o exercício desses direitos não estão subordinados a qualquer formalidade; esse gozo e esse exercício independentes da existência da proteção no país de origem das obras. Por conseguinte, afora as estipulações da presente Convenção, a extensão da proteção e os meios processuais garantidos ao autor para salvaguardar os seus direitos regulam-se exclusivamente pela legislação do país onde a proteção é reclamada.

Portanto, no tocante à arrecadação da remuneração patrimonial por uso de obras musicais se observava a aplicação de diversas fontes legais, entre outras o Código Civil de 1916, nos artigos de 649 a 673, que dispõem sobre a “*Propriedade Literária, Científica e Artística*”; Pedro Orlando⁴ também elenca as Leis 4.790/24 e 5.492/28 como ampliadoras do direito autoral como um todo, bem como a já citada Convenção de Berna de 1886 e a convenção assinada pela Quarta Conferência Pan-americana, válida no Brasil a partir de 1915.

Obviamente, não se pode perder de vista que a idéia de remuneração pelo uso de obras musicais ganhou relevo muito maior com a evolução nos meios de difusão, principalmente o rádio, que já na obra de Orlando⁵ foi objeto de estudo pelas repercussões que teria –e sem dúvida teve– na sociedade.

José de Oliveira Ascensão esclarece que anteriormente à edição da Lei 5.988/73 -no século anterior à edição desta, por sinal- já haviam surgido associações representativas dos autores que exerciam, entre outras, a função de

³ Disponível em <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/cv_berna.pdf>. Acesso no dia 09/09/2010

⁴ ORLANDO, Pedro. *Direitos autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 10.

⁵ ORLANDO, Pedro. *Obra citada*. p. 23

“assegurar a percepção efetiva dos créditos que ao titular cabem em contrapartida da utilização da sua obra”⁶.

Como demonstra o julgado colacionado por José Cretella Júnior no seu *O Direito Autoral na Jurisprudência*, muito antes de se falar em um escritório central⁷ já se conferia legitimidade ativa às Associações de Titulares de Direitos de Autor para buscar por via judicial a tutela dos direitos autorais de seus filiados, no caso em questão, por meio de interdito proibitório:

“Realmente, nos salões de ambos os clubes vinham sendo executadas músicas do repertório sob a guarda da autora, tendo cessado a autorização no momento em que deixaram os réus de efetuar o pagamento das novas contribuições impostas pela representante dos compositores. Nesse ponto, parece-nos encontrar a inteira razão com a argumentação da primeira apelante, cuja posse ficou robustamente provada, nem tendo sido mesmo contestada pelas outras recorrentes. Representante dos compositores, todos seus filiados, obrigou-se a autora a zelar pelo patrimônio musical que lhe foi confiado. É sempre detentora de todo aquele patrimônio, tanto que lhe é lícito autorizar, simultaneamente, a vários clubes, a execução da mesma música”⁸

Rita de Cássia Lahoz Morelli explica que estas entidades tinham a função de cobrar os direitos de autor, o que as ligava ao mercado desde o início, “(...), contudo, pode-se falar em supervalorização das funções econômicas das entidades pelos dirigentes pioneiros. Eles atribuíam-lhes um papel econômico muito mais importante que aquele que citamos, na medida em que agiam e falavam como se as entidades não fossem simples intermediárias entre autores e usuários na arrecadação e na distribuição de direitos constitucionalmente estabelecidos, mas as fontes originárias dos direitos autorais, aos quais os titulares não teriam acesso em sua condição de

⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2 ed. Refundida e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.p. 619

⁷ Conforme dispõe a Lei 9.610/98: “Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.”. A Lei 5.988/73, por sua vez, dispunha o seguinte: “Art. 115. As associações organizarão, dentro do prazo e consoante as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos direitos relativos à execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou lítero-musicais e de fonogramas.”

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *O direito autoral na jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 92/93.

*autores de músicas economicamente utilizadas, mas na condição de sócios das entidades.*⁹

Morelli ensina que no ano de 1959, a Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Editores de Música, a Sociedade Arrecadadora de Direitos de Execução Musical no Brasil e a Sociedade Brasileira de Autores Teatrais se reuniram na chamada Coligação, justamente para centralizar estas tarefas e em 1966, estas três somadas à União Brasileira de Compositores e à Sociedade de Intérpretes e Produtores Fonográficos, a fim de unificar a arrecadação e distribuição “de direitos autorais”¹⁰ criaram em conjunto o Serviço de Defesa do Direito Autoral¹¹.

A este respeito, vale transcrever excerto de Isabella Barros Gama¹²:

“Assim, uma batalha quanto à legitimidade e competência administrativa de tantas associações se travou. O quadro era caótico, de desagregação, diluição de poder, insegurança, pulverização, desordem, prejudicando os usuários que não sabiam a quem pagar. Da tentativa das associações de negociarem foi criada em 1966 o Serviço de Defesa do Direito Autoral, para centralizar a cobrança dos direitos de execução musical para as sociedades que o integraram. Entretanto, pela recusa de uma delas, a unificação não foi concretizada e os usuários eram obrigados a obter autorizações de duas entidades para poder utilizar as obras musicais.”

É neste contexto de relações conturbadas entre as associações de autores, entre si e com o governo ditatorial militar, em que -como informa Carlos Alberto Bittar- se cogitou inclusive a criação de um Código de Direitos Autorais¹³, é editada a Lei dos Direitos Autorais, vigente a partir de 1973, que determinou então o estabelecimento de um escritório central, em resposta a esse quadro.

⁹ MORELLI, Rita de Cássia Lahoz. *Arrogantes, anônimos, subversivos: Interpretando o acordo e a discórdia na tradição autoral brasileira*. Campinas: Mercado de Letras, 2000. p. 36.

¹⁰ TEIXEIRA, Vera Lúcia. *Direitos autorais de execução pública de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas*. In: *Reflexões sobre direito autoral*. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional. Dep. Nacional do Livro, 1997. p. 61.

¹¹ MORELLI, Rita de Cássia Lahoz. *Obra citada*. p. 35.

¹² *Histórico do ECAD*. Disponível em: <[http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/Pesquisa_Hist%C3%B3rico do ECAD - resp Isabella Barros](http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/Pesquisa_Hist%C3%B3rico_do_ECAD_resp_Isabella_Barros)>. Acesso no dia 21/09/2010.

¹³ BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito do autor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 93.

Seção II – Na Lei nº 5.988/73

É esta lei, destinada a regular “os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhe são conexos”¹⁴, que determinou em seu artigo 115¹⁵ a criação de um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, com o escopo de desfazer a confusão que se dava com relação à arrecadação e distribuição da retribuição financeira pelo uso de obras musicais e centralizar a realização destas tarefas.

No regime estabelecido por este diploma legal, tanto o ECAD, sociedade civil de direito privado¹⁶, quanto as associações de direitos autorais se encontravam sob regulamento do Conselho Nacional de Direito Autoral(CNDA), previsto nos arts. 116 e seguintes e regulamentado pelo Decreto 76.275/75.

Apenas em 1977 é que o Escritório é implantado e inicia suas atividades, concentrando a *administração* ou *gestão* coletiva dos direitos *patrimoniais* de autor e o modelo aplicado no Brasil, bem como em outros países¹⁷, recebeu apoio –não unânime, diga-se de passagem¹⁸- na doutrina.

Neste momento, cabe uma breve explanação conceitual.

¹⁴ Na redação exata do art. 1º da referida lei.

¹⁵ Citamos: “Art. 115. As associações organizarão, dentro do prazo e consoante as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos direitos relativos à execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou lítero-musicais e de fonogramas.

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

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

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

¹⁶ Dispõe o art. 1º do Estatuto: “O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, que adota em sua denominação a sigla ECAD, é uma associação civil de natureza privada sem finalidade econômica e sem fins lucrativos, com prazo de duração indeterminado, constituída por associações de direitos de autor e dos que lhes são conexos”

¹⁷ Ver *infra*, cap. II, seção III.

¹⁸ Em defesa do atual modelo podemos citar TEIXEIRA, Vera Lúcia. *Obra citada*. p. 59 e CABRAL, Plínio. *A nova lei de Direitos Autorais*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998. p. 221. Posição muito menos entusiasmada é constatada na leitura de ASCENSÃO, José de Oliveira. *Obra citada*. p. 619, em que o jurista português aborda algumas distorções surgidas da adoção compulsória do modelo pelos autores.

A gestão coletiva –utilizamos o termo pela maior aceitação- se dá, nas palavras de Mihály Ficsor, ex funcionário da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, citado por Otávio Afonso¹⁹, quando:

“os titulares de direitos autorizam as organizações de gestão coletiva para que administrem seus direitos, quer dizer, supervisionem a utilização das obras respectivas, negociem com os usuários convenientes, arrecadem as remunerações e distribuam entre os titulares de direito.”

A respeito, Ascensão explica que ocorria(e não é despautério dizer que ainda ocorre) com isso um fenômeno por ele considerado uma verdadeira desproteção do autor²⁰; qual seja, a dependência de uma entidade de gestão coletiva(exemplos seriam as associações ou o próprio ECAD) para que o autor goze do direito de remuneração pelo uso de sua obra musical, com as distorções que isso implica.

A Lei 5.988/73, no art. 73, determina que sem a autorização do autor é vedada a transmissão, representação ou execução de canções, entre outras formas artísticas, impondo a obrigatoriedade de o estabelecimento interessado, ao requerer essa autorização, comprovar o pagamento dos valores conforme o art. 115 do mesmo diploma legal.

Segue abaixo o referido dispositivo:

“Art. 73. Sem autorização do autor, não poderão ser transmitidos pelo rádio, serviço de alto-falantes, televisão ou outro meio análogo, representados ou executados em espetáculos públicos e audições públicas, que visem a lucro direto ou indireto, drama, tragédia, comédia, composição musical, com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado.

§ 1º Consideram-se espetáculos públicos e audições públicas, para os efeitos legais, as representações ou execuções em locais ou estabelecimentos, como teatros, cinemas, salões de baile ou concerto, boates, bares, clubes de qualquer natureza, lojas comerciais e industriais, estádios, circos, restaurantes, hotéis, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem, recitem, interpretem ou transmitam obras intelectuais, com a participação de artistas remunerados, ou mediante quaisquer processos fonomecânicos, eletrônicos ou audiovisuais.

§ 2º Ao requerer a aprovação do espetáculo ou da transmissão, o empresário deverá apresentar à autoridade policial, observando o disposto na legislação em vigor, o programa, acompanhado da autorização do autor, intérprete ou executante e do produtor de fonogramas, bem como do recibo

¹⁹ FICSOR, Mihály, *apud* AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. Barueri: Manole, 2009. p. 90

²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2 ed. Refundida e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p. 623.

de recolhimento em agência bancária ou postal, ou ainda documento equivalente em forma autorizada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, a favor do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, de que trata o art. 115, do valor, dos direitos autorais das obras programadas.”

Portanto, *contrario sensu*, se infere do referido dispositivo legal que inexistia a obrigação de efetuar esse pagamento quando a transmissão, representação ou execução não tinham finalidade de lucro, direto ou indireto, interpretação respaldada por entendimento jurisprudencial da época:

“Musica ambiental. Representacao. Tem a ECAD legitimidade para representar em Juizo os seus afiliados, independentemente de necessidade de procuracao, na defesa de interesses difusos. A emissao de musica ambiental nao gera para a empresa obrigacao de contribuir para o orgao arrecadador de direitos musicais, na ausencia de lucro, mesmo indireto. Provimento da apelacao para o desacolhimento inicial.”
(TJRJ, 2ª CCív., AC 1989.001.0209, Rel. Penalva Santos, DJ 23.11.1989)

Uma questão muito debatida atualmente, que é a dos preços pagos pela utilização de obras musicais em locais públicos, recebeu a seguinte solução da Lei 5.988: o CNDA seria responsável por fixar esses preços, enquanto o ECAD se ocupava de arrecadar e distribuir os valores pagos, de acordo com os artigos 117, IV e 115 da referida lei, respectivamente.

No ano de 1981, foi editada a Resolução do CNDA de nº 24, por meio da qual foi delegada ao ECAD a estipulação dos valores a cobrar, com este órgão elaborando uma tabela única a ser homologada pelo Conselho Nacional; a Resolução nº 46 ratificou tal posição.

Interessante notar que essa legitimidade para estipular os preços pela utilização de obras musicais não sofreu alteração nem mesmo com a desativação do CNDA durante a breve estada de Fernando Collor de Mello na Presidência da República, pois a interferência que este Conselho deveria exercer sobre as associações e o Escritório central por elas formado é incompatível com o princípio constitucional da liberdade de associação, previsto no art. 5º, XVIII da CF/88.

Nas décadas de 80 e 90, anteriormente à edição da Lei 9.610/98, a jurisprudência já aceitava a legitimidade do ECAD para arrecadar e distribuir os valores cobrados pela execução de obras musicais, independente da autorização dos titulares dos direitos patrimoniais, desde que filiados às associações que o compõem, conforme se observa dos seguintes julgados:

“DIREITO AUTORAL. IRRADIAÇÃO DE MUSICAS EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. INTERDITO PROIBITORIO VISANDO A PROIBIÇÃO DE IRRADIAÇÃO DE MUSICAS SEM O PAGAMENTO DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA AOS COMPOSITORES. PEDIDO QUE SE ENQUADRA NA AÇÃO COMINATORIA DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO PREVISTO NO ART. 287 DO CPC. LEGITIMIDADE DO ECAD PARA APRESENTAR EM JUÍZO OS COMPOSITORES FILIADOS AS ASSOCIAÇÕES QUE ORGANIZARAM O MENCIONADO ESCRITORIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO NESSA PARTE PARA RESTRINGIREM-SE OS LINDES DA COMINAÇÃO A IRRADIAÇÃO DAS MUSICAS DE AUTORIA DOS COMPOSITORES ASSOCIADOS.”

(STF, 1ª Turma, RE 103058/DF, Rel. Min. Soares Muñoz, DJ 26.10.1984)

“DIREITO AUTORAL. LEGITIMAÇÃO DO ESCRITORIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO, PARA AUTORIZAR A EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRAS MUSICAIS, BEM COMO ARRECADAR E DISTRIBUIR AS RESPECTIVAS RETRIBUIÇÕES. PODERES PARA ATUAR JUDICIAL OU EXTRAJUDICIALMENTE EM NOME PRÓPRIO PARA CONSECUÇÃO DE SUAS FINALIDADES. LEI 5.988, DE 1973, ARTS. 104 E 115. RECURSO NÃO CONHECIDO.”

(STF, 2ª Turma, RE 113.471, Rel. Min. Carlos Madeira, DJ 26.06.1987)

“ECAD - ESCRITORIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. LEGITIMIDADE PARA, EM NOME PROPRIO, COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL, ESTAR EM JUÍZO, VISANDO A COBRANÇA DE IMPORTANCIAS RELATIVAS A DIREITOS AUTORAIS.”

(STJ, 3ª Turma, REsp 76.553/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 04.12.1995)

Outro julgado do Superior Tribunal de Justiça traz um interessante aspecto relacionado à fixação de preços:

*“DIREITOS AUTORAIS. COBRANÇA. ECAD. NEGATIVA DE VIGENCIA AO ART. 117, V, DA LEI NR. 5.988/73 NÃO CARACTERIZADA, **PORQUANTO ALI NÃO SE COMETEU ATRIBUIÇÃO AO CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS AUTORAIS PARA FIXAR PREÇOS.** DEFICIENCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO QUANTO AO TEMA DA LEGITIMAÇÃO PARA A CAUSA. MOTIVAÇÃO ABRANGENTE DO ACORDÃO RECORRIDO, QUE ALCANÇA A QUESTÃO DITA NÃO APRECIADA, NÃO CALHANDO A ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGENCIA AO ART. 515, PARAGRAFO 1., DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO.”*

(STJ, 3ª Turma, REsp 75.007/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 04.12.1995)

Segundo esta decisão o CNDA não contava, entre suas atribuições, com a de fixar os preços pela utilização de canções em ocasiões públicas, que acabou assumida pelo próprio ECAD.

Em 1998, após longo processo legislativo, a Lei 9.610/98 é promulgada e *“Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”*, eliminando a previsão legislativa do Conselho Nacional.

Seção III – Na Lei nº 9.610/98

A atual lei de direitos autorais, promulgada em 1998, manteve o modelo de gestão dos direitos autorais na música em seus principais moldes – gestão coletiva dos direitos patrimoniais, com um escritório central de arrecadação e distribuição, dotado não só das incumbências de arrecadar e distribuir valores pagos pelo uso das obras musicais e de autorizá-lo, mas também de fixar quais os valores que deverão ser pagos por aqueles que utilizarem estas obras, o que se dá às vezes de forma que causa grande insatisfação daqueles obrigados a fazer este pagamento.

Uma das principais mudanças desta nova lei com relação à sua antecessora –na parte que nos concerne- foi a de eliminar todo o arcabouço normativo referente às sociedades de titulares de direito de autor (leia-se os artigos 105 a 114 da Lei 5.988/73).

A mudança se deu em consonância com a Constituição de 88, que estabeleceu no seu artigo 5º, inciso XVIII²¹ a proibição de interferência do Estado brasileiro sobre as associações, como nos explica João Carlos de Camargo Eboli²² em palestra proferida em 2008, em Seminário organizado pela Comissão de Direito Autoral, Direitos Imateriais e Entretenimento da OAB Fluminense.

Por sinal, Eboli defende o atual modelo de gestão dos direitos patrimoniais dos autores de obras musicais, nos seguintes termos:

“O legislador de 1998 teve o bom senso de manter o sistema unificado e centralizado de arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas. Assim é que o Artigo 99 da Lei em vigor determina que as associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais. O ECAD, criado pelo Artigo 115 da Lei de 1973, foi, pois, preservado pela Lei atual.

²¹ Pedimos licença para transcrever: “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas, independentem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.”

²² Seminário *Direito Autoral: uma reflexão sobre os 10 anos da Lei 9.610/98*. Disponível em: <http://www.socinpro.org.br/legislacao/artigos_juridicos/15.pdf>. Acesso no dia 24.09.2010

Convém destacar que a cobrança centralizada e unificada é adotada com sucesso na França, na Itália, na Suíça, na Espanha, em Portugal, na Argentina, no Uruguai, na Alemanha, nos Países Escandinavos, na Grécia, no Japão, dentre muitos outros países civilizados. Não se trata, pois, de uma invenção brasileira, como muitos equivocadamente imaginam.”

Cabral vai até mais longe, trazendo este discurso como resposta a uma das questões mais palpitantes nesta seara do Direito, que é como gerir os direitos autorais diante da Internet, o meio de difusão de conteúdos “protegidos” mais simples e rápido da história da humanidade:

*“O espaço cibernético, os mil caminhos da infovia, criam problemas para a gestão dos direitos autorais e dos direitos do editor. A administração de tais direitos é importante porque, através da internet, é possível comunicar qualquer obra a um universo praticamente ilimitado. (...)
A gestão de direitos autorais na internet – tanto para autores como para editores – só será possível através de organizações de gestão coletiva que, assim, adquirem importância fundamental em face da revolução tecnológica.”²³*

O fato é que com a nova lei o ECAD tem grande autonomia nas suas atividades de arrecadação e distribuição, aliás, não são poucos que realizam duríssimas críticas a essa atuação livre de interferência.

Exemplo claro disso é a Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, instituída para investigar possíveis irregularidades pelo Escritório e teve sua primeira sessão no dia 04 de fevereiro de 2009²⁴, os concluindo no dia 15 de abril do mesmo ano.

O relatório final da CPI, redigido pelo Deputado Ed Thomas, não mediu palavras ao apresentar as conclusões da Comissão, falando em um “estado institucional anárquico”²⁵ relativo aos direitos autorais relacionados à música, clamando pela

²³ CABRAL, Plínio. *A nova lei de Direitos Autorais*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998. p. 220 e ss.

²⁴ ALESP. *CPI do Ecad inicia trabalhos*. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/DetalheNoticia?vgnextoid=f6b3657e439f7110VgnVCM1000590014acRCRD&id=09fa86ca81d3f110VgnVCM100000600014ac&textoBusca=cpi;ecad&flR_ealca=T>. Acesso em 27.09.2010.

²⁵ CALDAS, Fernando Duarte. *Relatório da CPI do ECAD sugere maior controle público dos direitos autorais*, disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/menuitem.4b8fb127603fa4af58783210850041ca/?vgnextoid=f6b3657e439f7110VgnVCM100000590014acRCRD&id=e7b94e8d30ba0210VgnVCM100000600014ac>>. Acesso em 27.09.2010.

“revisão da Lei 9.610/98, que contemple a criação de uma entidade pública nacional reguladora do direito autoral no país, com poder de fiscalização da atuação do Ecad e das associações. A legislação deve exigir ainda prestação de contas, ampla publicidade dos atos institucionais, a responsabilidade solidária dos dirigentes das associações e do Ecad e critérios transparentes para a representação mínima dos associados nas associações e destas no Ecad, bem como para participação nas decisões e direito a voto e para a exclusão de associações dos quadros do escritório central”, além de constatar “indícios de ilícitos penais: como falsidade ideológica, sonegação fiscal, apropriação indébita, enriquecimento ilícito, formação de quadrilha, formação de cartel e abuso de poder econômico.”

Outra alteração com relação à antiga lei é que o pagamento de valores a título de direitos autorais dos proprietários das obras passou a ser devido, independente do intuito lucrativo da representação ou execução destas, entendimento esposado pela atual jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282 DO STF. DIREITO AUTORAL. EVENTOS PÚBLICOS GRATUITOS PROMOVIDOS PELA MUNICIPALIDADE EM LOGRADOUROS E PRAÇAS PÚBLICAS. PAGAMENTO DEVIDO. UTILIZAÇÃO DE OBRA MUSICAL. LEI N. 9.610/98.

1. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 282/STF quando a questão infraconstitucional suscitada no recurso especial não foi enfocada no acórdão recorrido.

2. A utilização de obras musicais em eventos públicos gratuitos que são promovidos pela municipalidade enseja, à luz da Lei n. 9.610/98, a cobrança de direitos autorais, a qual não mais está condicionada à auferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 1069838/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ-e 14.09.2009)

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. OBRA MUSICAL. CARNAVAL DE RUA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CONFIGURADA.

1. Não se conhece de alegada violação de dispositivo constitucional sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. "A utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela municipalidade enseja a cobrança de direitos autorais à luz da novel Lei n. 9.610/98, que não mais está condicionada à auferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor.

II. Recurso especial conhecido e provido". (Resp 524.873/ES, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2003, DJ 17/11/2003 p. 199).

3. Decota-se da condenação a imposição de multa de vinte vezes – art. 109 da Lei 9.610/98 - somente deferida quando há manifesta comprovação de pirataria.

4. Recurso Especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido parcialmente.

(STJ, 4ª Turma, REsp 700240/RS, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, DJ-e 14.12.2009)

Direito civil. ECAD. Instalação de televisores dentro de apartamentos privativos em clínicas de saúde. Necessidade de remuneração pelo direitos autorais.

- A Segunda Secção deste Tribunal já decidiu serem devidos direitos autorais pela instalação de televisores dentro de quartos de hotéis ou motéis (REsp nº 556.340/MG).

- O que motivou esse julgamento foi o fato de que a Lei nº 9.610/98 não considera mais relevante aferir lucro direto ou indireto pela exibição de obra, mas tão somente a circunstância de se ter promovido sua exibição pública em loca de frequência coletiva.

- O mesmo raciocínio, portanto, deve ser estendido a clínicas de saúde ou hospitais, já que nenhuma peculiaridade justificaria tratamento diferenciado para estas hipóteses.

Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, 3ª Turma, REsp 791630 / RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 04.09.2006)

Este entendimento das cortes superiores, com fulcro na nova lei, parece inapropriado no momento atual, em que as discussões sobre o *fair use* e outras modalidades de uso de obras artísticas ganham vigor, inclusive no Brasil.

Observemos o art. 68 do diploma vigente:

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

§ 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

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

§ 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.

§ 5º 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.

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

§ 7º As empresas cinematográficas e de radiodifusão manterão à imediata disposição dos interessados, cópia autêntica dos contratos, ajustes ou acordos, individuais ou coletivos, autorizando e disciplinando a remuneração por execução pública das obras musicais e fonogramas contidas em seus programas ou obras audiovisuais.”(grifou-se)

Numa leitura comparada dos dispositivos da lei antiga e da atual, transparece a intenção do legislador de ampliar as instâncias²⁶ em que se requer a prévia autorização do autor para uso das obras -afinal, a exigência de pagamento prévio pelo uso quando do pedido de autorização se manteve incólume no § 4º do referido artigo de lei- levando a algumas das situações frequentemente relatadas envolvendo o Escritório atuando contra associações beneficentes para cobrança “dos direitos autorais”.

Agora, com uma visão um pouco mais clara sobre o arcabouço normativo criado dentro do Brasil, cabe lançar o olhar sobre a contribuição que o direito internacional apresenta ao presente quadro, materializado principalmente na Convenção de Berna, principal tratado internacional sobre os direitos autorais.

²⁶ Neste sentido, vide o seguinte aresto jurisprudencial: “Nesse diapasão, é de se ressaltar que o evento indicado pelo autor ocorreu sob a égide da Lei n° 9.610/98. Ora, como sabido e consabido, a referida lei (n° 9.610/98) veda a utilização de obras artísticas, sem a devida autorização, em quaisquer execuções ou representações públicas, independentemente da presença do intuito de lucro.”(TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, AC n° 994.06.115755-0, Rel. Sebastião Carlos Garcia, DJ 13.07.2010)

Seção IV – A Convenção de Berna e sua influência

A Convenção de Berna, assinada pelo Brasil em 9 de Fevereiro de 1922, surgiu no ano de 1886 com o fim de estabelecer uma proteção aos direitos autorais entre os seus diversos signatários, concedendo-se assim aos estrangeiros em uma certa Nação a proteção que seus direitos autorais recebem dentro de seus países de origem.

Seu surgimento se deu no final do século XIX²⁷, por impulso dos países europeus em resposta à necessidade que estes tinham de uniformizar a proteção a estes direitos entre si, já que as legislações nacionais da época não protegiam obras estrangeiras, permitindo que estas fossem livremente copiadas fora dos seus países de origem.

Com o tempo e a adesão de muitos outros países este âmbito europeu foi muito atenuado²⁸ e hoje a maioria absoluta dos países do mundo adotou a Convenção, agora administrada pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (*World Intellectual Property Organization*²⁹), em substituição à União de Berna, criada pela própria Convenção com que compartilha o nome.

Um dos países que mais tempo levou para assinar e ratificar a Convenção foram os Estados Unidos –o fez apenas em 1989-, devido às discrepâncias entre dispositivos da Convenção e sua própria construção jurídica dos *copyrights*, como no que tange à necessidade de registro das obras e de inclusão, prevista no sistema estadunidense mas expressamente excluída no sistema de Berna.

Feita esta breve introdução, trataremos da importância da Convenção de Berna na construção jurídica brasileira na seara do Direito Autoral.

A República Federativa do Brasil incorporou a Convenção ao seu sistema jurídico, com o texto revisto em Paris no ano de 1971, por meio do Decreto nº 75.699/75, com esta assumindo o papel de instrumento básico de tutela dos direitos autorais no país, bem como já acontecia há muito tempo em diversos países de tradição continental européia.

²⁷ Mais precisamente na década de 80 daquele século. A Convenção passou por revisões em Paris(1896) e Berlim (em 1908), foi completada em Berna (1914), novamente revista em Roma, Bruxelas, Estocolmo e Paris(nos anos de 1928, 1948, 1967 e 1971, respectivamente) e por fim emendada em 1979.

²⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Obra citada*. p. 639

²⁹ O texto da Convenção que estabeleceu a Organização pode ser encontrado em <http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/convention/pdf/trtdocs_wo029.pdf>, já na versão emendada no ano de 1979

Inclusive, muitas vezes a jurisprudência brasileira faz menção expressa a dispositivos da tratativa em questão, como se observa nos seguintes julgados, colacionados a título de ilustração:

DIREITOS AUTORAIS. EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. CINEMA.

- É exigível dos exibidores o pagamento do direito autoral correspondente à execução de música incluída em trilha sonora de filme. Arts. 73, § 1º, e 89 da Lei nº 5.988, de 14.12.1973, e 14 da Convenção de Berna. Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, 4ª Turma, REsp 440172/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 02.12.2002)

Neste aspecto, cumpre prestigiar os fundamentos expendidos pelo juízo "a quo", no sentido de que a Convenção de Berna garante o direito postulado pelos autores.

De fato, do ponto de vista internacional, as diretrizes jurídicas seguidas para proteção da propriedade intelectual dos "softwares" encontram-se estabelecidas em referido pacto, assinado pelo Brasil, por meio do Decreto nº 76.699/75 e pelos Estados Unidos, através do Ato de Implementação de 1988.

O seu artigo 9º garante:

"Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja."

(TJPR, 8ª CCiv., Rel. Carvílio da Silveira Filho, DJ 14.12.2009)

O sistema de proteção dos direitos autorais nos aspectos patrimonial e moral adotado pelo Direito brasileiro encontra sua origem na Convenção, conforme o texto tirado da revisão de Roma, no ano de 1928³⁰.

Observemos:

Artigo 6 bis - 1) Independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra, ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação.

Ou seja, temos aqui modalidades de direito moral de autor (exemplo é o direito de reivindicar a autoria da obra), que persistem independentemente dos direitos patrimoniais, exatamente a solução adotada pelo Brasil.

Na Convenção se estabelece que o objeto de proteção é a expressão no domínio literário, científico ou artístico; os países aderentes podem exigir que, para proteção, a obra deva ser fixada em um suporte material:

³⁰ Conforme ensina AFONSO, Otávio. *Obra citada*. p. 29.

“Artigo 2 - 1) Os termos “obras literárias e artísticas” abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras, as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ou da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por um processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.

2) Os países da União reservam-se, entretanto, a faculdade de determinar, nas suas legislações respectivas, que as obras literárias e artísticas, ou ainda uma ou várias categorias delas, não são protegidas enquanto não tiverem sido fixadas num suporte material.

A consequência disso é que não se pode falar em proteção das idéias, mas apenas da expressão destas, existindo a necessidade de “*que a idéia tome um corpo físico, tangível ou intangível*” segundo Afonso³¹; Ascensão, por sua vez, faz a seguinte observação:

“As idéias, uma vez concebidas, são patrimônio comum da humanidade. É inimaginável um sistema em que as idéias de alguém fossem restritas na sua utilização.”³²

A atual legislação pátria dispõe no mesmo sentido, como se observa abaixo:

*Art. 7º - São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, **expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte**, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:*

(...)

*Art. 8º - **Não são objeto de proteção como direitos autorais** de que trata esta Lei:*

*I - **as idéias**, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;*

Outro aspecto notável da Convenção é já explicada dispensa de registro para que a obra passe a ser protegida:

One of the biggest changes implemented by the adoption of the Berne Convention was to extend copyright protection to unpublished works, and remove the requirement for registration. In countries of the Berne

³¹ AFONSO, Otávio. *Obra citada*. p. 12

³² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Obra citada*. p. 28

Convention this means that an individual (or the organization they are working for) owns the copyright of any work they produce as soon as it is recorded in some way, be it by writing it down, drawing, filming, etc.³³

O princípio se aplica no Direito Brasileiro, com o art. 18 e seguintes da Lei de Direitos Autorais determinando que:

“Art. 18 – A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

Art. 19 – É facultado ao autor registrar sua obra no órgão público definido no caput e no § 1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.” (grifou-se)

O art. 17 da Lei nº 5.988/73 (que, desta lei, foi o único artigo além do 134 a não ser revogado pela Lei nº 9.610/98), a que o art. 19 do atual diploma legal faz remissão, preceitua o seguinte:

“Art. 17 - Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

§ 1º Se a obra for de natureza que comporte registro em mais de um desses órgãos, deverá ser registrada naquele com que tiver maior afinidade.”

No entanto, vale notar que a Lei nº 496/1898 (chamada também de Lei Medeiros e Albuquerque) instituiu no seu art. 13 “*ser formalidade indispensável para entrar no gozo dos direitos de autor o registro*”; como ensina Afonso³⁴, esta exigência desapareceu com o Código Civil de 1916 e não ensaiou retorno nas legislações subsequentes que se debruçaram sobre o tema, conforme a Convenção de Berna.

Uma outra faceta da influência da Convenção de Berna sobre o direito brasileiro é apontada por Sérgio Staut Jr., quando afirma que esta integra o que chama de discurso tradicional dos direitos autorais.

³³ INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS OFFICE. *A brief history of copyright*. Disponível em <http://www.iprighthsoffice.org/copyright_history/>. Acesso em 04.10.2010. Numa tradução livre teremos: “Uma das maiores mudanças implementadas pela adoção da Convenção de Berna foi estender proteção dos copyrights de obras não-publicadas e remover o requerimento de registro. Nos países da Convenção de Berna isso significa que um indivíduo (ou a organização para a qual trabalha) tem o direito de cópia de qualquer obra que produzem assim que é gravada de alguma forma, seja por escrita, ilustração, filmagens, etc.”

³⁴ AFONSO, Otávio. *Obra citada*. p. 22

A ver:

“A estrutura dos direitos autorais, o seu fundamento, os seus objetivos, a sua função, bem como o sentido de toda a proteção da atividade autoral regulados pela legislação brasileira, defendidos pela doutrina tradicional e verificados na jurisprudência pátria, estão todos de acordo e sustentados pela Convenção de Berna. Não há dúvida de que o discurso tradicional dos direitos autorais recebe um forte reforço internacional.

(...)

Proteger a criação, incentivar a criatividade, tutelar os direitos do autor em todas as suas esferas resguardando a sua personalidade e garantindo os frutos econômicos gerados pelo seu esforço intelectual; incentivar a atividade cultural em sociedade protegendo as atividades artísticas, científicas e literárias; entre outros discursos presentes na maioria dos livros e manuais que trabalham com os direitos autorais e com outros direitos decorrentes da atividade intelectual constituem a base da tutela jurídica nessa matéria, aceita sem maiores reflexões.”³⁵

O excerto acima serve também para mostrar a visão adotada pelo autor em sua obra sobre Direitos Autorais, assumindo uma postura crítica, a qual será mostrada em maior detalhe no próximo capítulo.

³⁵ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Obra citada*. pp. 103-104

CAPÍTULO II – VISLUMBRANDO O ENFOQUE PATRIMONIALISTA DOS DIREITOS AUTORAIS

Seção I – O ECAD e a proteção do titular de “patrimônio” autoral

Como já visto, o modelo atual de tutela dos direitos autorais se baseia na existência de direitos morais e patrimoniais do autor, conforme dispõe a Lei 9.610/98 em seu art. 22, *caput*:

Art. 22 - Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

Segundo a legislação brasileira, que faz parte do que Staut chama de “*discurso tradicional*”³⁶ dos direitos autorais, estes possuem um aspecto moral, personalíssimo, irrenunciável e inalienável³⁷ e um aspecto patrimonial, passível de cessão a terceiros.

Vale trazer em colação o pensamento de Carlos Alberto Bittar a respeito:

*“Mas esses aspectos não são isolados ou isoláveis, se considerados em um plano científico, pois só encontram razão na conjugação íntima em que se encontram para definir o conteúdo dos direitos autorais. Assim, esses direitos integram-se, unem-se, completam-se. Na integração desses direitos é que se acha a unidade do Direito de Autor.”*³⁸

Afonso, por sua vez, afirma que “*de forma bastante primária, quando falamos de direito de autor, estamos nos referindo às leis que têm por objetivo garantir ao autor um reconhecimento moral e uma participação financeira em troca da utilização da obra que ele criou*”³⁹.

Ou seja, teríamos então uma dualidade ou até mesmo um direito híbrido, como defende Claude Colombet:

“Ce qui, en France, est baptisé droit moral – et que l’on retrouve, sous ce nom, dans les pays latins mais aussi dans certains pays de l’Est et africains – est donc l’une des deux faces d’un droit hybride, et est bien, comme le

³⁶ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Obra citada*. em seu Capítulo 2.

³⁷ Dispõe o art. 27 da atual Lei de Direitos Autorais: “*Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis*”

³⁸ *Obra citada*. p.27

³⁹ AFONSO, Otávio. *Obra citada*. p. 10

*disait excellemment Jean Escarra, 'la marque de la nation idéaliste que nous voulons rester.'*⁴⁰

A posição de Antônio Chaves é a seguinte:

“O direito de autor representa uma relação jurídica de natureza pessoal-patrimonial, sem cair em qualquer contradição lógica, porque traduz numa fórmula sintética aquilo que resulta da natureza especial da obra da inteligência e do regulamento determinado por esta natureza especial. (...) é, pois, conclui, um poder de senhorio de um bem intelectual (ius in re intellectuali), poder esse que, em razão da sua natureza especial, abraça no seu conteúdo faculdades de ordem pessoal e faculdades de ordem patrimonial”

Estes exemplos na doutrina nos trazem uma visão de um direito autoral voltado aos interesses do criador da obra intelectual.

No entanto este discurso parece deveras distante da realidade do Direito, mascarando a existência de outros sujeitos que realmente se beneficiam –ou ao menos buscam fazê-lo⁴¹– da tutela jurídica sobre direitos autorais⁴² nas esferas cível e criminal e abarcando apenas casualmente violações a esses próprios direitos positivados em lei em desfavor dos autores.

O próprio José Oliveira Ascensão traz à baila a seguinte crítica:

*“As empresas da indústria de comunicação social consideram que a remuneração do criador é o custo sempre comprimível, para manterem um bom nível de lucros. As leis protecionistas do autor tornam-se ambíguas. Falam do autor, mas autores são os adquirentes de direitos, e pelo autor agem os mandatários. Essas leis protegem afinal interesses empresariais, que só casualmente coincidem com os do criador intelectual.”*⁴³

Ou seja, mesmo com a valorização que este insigne doutrinador faz dos direitos morais do autor, vem o reconhecimento que o atual modelo se presta muito

⁴⁰ COLOMBET, Claude. *Grandes Principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde: Approche de droit comparé*. Paris: Iltec, 1992. 2 ed. p. 40. Em tradução livre, “O que na França é chamado de direitos morais, e que se encontra, com este nome, nos países latinos mas também em certos países do Leste Europeu e africanos – é portanto uma das duas faces de um direito híbrido, e é assim, como o disse de forma excelente Jean Escarra, ‘a marca da nação idealista que nós queremos manter”

⁴¹ Haja vista a polvorosa em que se encontram órgãos como a RIAA ou, olhando mais pra perto de nos, o próprio ECAD com a questão ainda palpitante da distribuição livre de música por *vía* online, que ainda não obteve resposta eficiente a fim de retornar a situação das obras musicais à mão-de-ferro exercida pelas grandes empresas do setor, intento que parece utópico a esta altura dos eventos.

⁴² Aqui, entenda-se a expressão no sentido em que lhe emprega a lei, ou seja, de direitos de autor (patrimoniais e morais) e aqueles que lhes são conexos.

⁴³ ASCENSÃO. José de Oliveira. *Obra citada*. p. 09

mais à proteção de interesses puramente econômicos -e ainda por cima de sujeitos que não os autores- que à tutela dos direitos patrimoniais e morais do próprio autor, do que é exemplo a possibilidade legal de cessão daqueles a terceiros, de acordo com o artigo 49 da Lei 9.610/98, correspondente ao artigo 52 do diploma legal anterior, com a atual lei tomando maior cuidado ao excluir expressamente a possibilidade de cessão de direitos de natureza moral, no inciso primeiro do referido artigo.

Sérgio Staut Jr. vai mais longe:

“O sujeito e seus direitos sobre aspectos aparentemente indissociáveis do homem orientam o discurso doutrinário de valorização da personalidade do autor. Mas é justamente o aspecto patrimonial que se destaca no tratamento jurídico desses bens indissociáveis do sujeito, tanto em casos envolvendo a violação de direitos personalíssimos, em que o critério para sua reparação, geralmente, é uma soma de dinheiro –um critério patrimonial-, quanto na própria legislação, como acontece, inclusive, na Constituição Federal de 1988, que tutela expressamente os direitos patrimoniais do autor, no art. 5º, inc. XXVII, mas não declara expressamente, como faz nos direitos patrimoniais, a proteção dos direitos morais do autor.

Embora a doutrina aponte outros dispositivos constitucionais de proteção dos direitos de personalidade do autor como, por exemplo, o art. 1º, inc. III, consagra a “cláusula geral de proteção aos direitos de personalidade”.

Desde logo, é possível apontar que existem contradições entre os discursos teóricos de proteção do autor, os efeitos práticos desses mesmos discursos e, conseqüentemente, a efetiva tutela jurídica reservada ao autor pelo atual modelo de regulação da criatividade autoral em sociedade.⁴⁴”

A idéia de Staut parece ser a de apontar uma sobrevalorização do aspecto patrimonial dos direitos autorais, em detrimento dos morais, que são justamente aqueles impassíveis de alienação a empregadores e empresários.

É razoável afirmar que o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição evidencia essa sobrevalorização.

Quando a principal entidade encarregada de representar os autores –por força de lei– na tutela de direitos autorais tem a função de arrecadar e distribuir valores a título de pagamento pelo uso de músicas, frequentemente fazendo alarde de sua eficiência no aspecto arrecadador e do montante que distribui –com base em critérios que criam diversas distorções⁴⁵–, temos diante de nós uma demonstração inequívoca do caráter patrimonialista que este ramo jurídico assumiu em nosso país.

⁴⁴ STAUT JÚNIOR. Sérgio Said. *Obra citada*. p. 64-65

⁴⁵ Ver ASCENSÃO, José de Oliveira. *Obra citada*. p. 631 e ss.

Por sinal o *site* oficial do próprio ECAD incorre em crassa imprecisão terminológica ao afirmar em letras garrafais: “*Saiba como receber direito autoral, passo a passo.*”⁴⁶; que doutrinadores como Vera Lúcia Teixeira⁴⁷, talvez até sem perceber, o façam mostra um contexto em que se confundem direitos autorais com o simples direito de se obter remuneração financeira pela utilização de uma obra intelectual, dotada de originalidade.

Isso esvazia de sentido postulações como a de Chaves, que afirma ter o direito de autor relevância intimamente ligada à própria importância da criação intelectual⁴⁸; o importante é que a indústria cultural⁴⁹, da qual trataremos logo adiante, obtenha o lucro que é sua razão de existir.

⁴⁶ Ver <http://www.ecad.org.br/ViewController/Publico/Home.aspx>, conforme acessado em 11.10.2010

⁴⁷ TEIXEIRA, Vera Lúcia. *Direitos autorais de execução pública de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas*. In: *Reflexões sobre direito autoral*. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional. Dep. Nacional do Livro, 1997. p. 61.

⁴⁸ CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual*. São Paulo: LTr, 1995. p. 29

⁴⁹ Emprestamos o termo da Dialética do Esclarecimento de Adorno e Horkheimer. Vale notar que hoje em dia o termo Indústria Fonográfica, que também poderia ser aplicado aqui não fosse a ausência do gume filosófico que o anterior possui, é frequentemente utilizado, numa admissão de que a arte se tornou um dos mais lucrativos negócios na face da Terra, cabendo apenas refletir se isso implica ou não no fim da criatividade artística tal como se conhecia.

Seção II – A indústria cultural e a submissão do autor ao capital

Como já esclarecido anteriormente, o termo *indústria cultural* vem da *Dialética do Esclarecimento*, obra escrita por Theodor Adorno e Max Horkheimer.

Esta indústria cultural é, em síntese apertadíssima, a transformação da cultura em mercadoria; não exatamente a apropriação dos veículos de comunicação mas sim o valer-se destes como (mais) uma forma de disseminação da ideologia dominante e de controle.

Vale trazer um excerto da palavra destes expoentes da *Frankfurter Schule*:

“Por enquanto, a técnica da indústria cultural levou apenas à padronização e à produção em série, sacrificando o que fazia a diferença entre a lógica da obra e a do sistema social. Isso, porém, não deve ser atribuído a nenhuma lei evolutiva da técnica enquanto tal, mas à sua função na economia atual. A necessidade que talvez pudesse escapar ao controle central já é recalcada pelo controle da consciência individual.

(...)

todo traço de espontaneidade no público é dirigido e absorvido, numa seleção profissional, por caçadores de talentos, competições diante do microfone e toda espécie de programas patrocinados. Os talentos já pertencem à indústria muito antes de serem apresentados por ela: de outro modo não se integrariam tão fervorosamente. A atitude do público que, pretensamente e de fato, favorece o sistema da indústria cultural é uma parte do sistema, não sua desculpa.⁵⁰”

Os pensadores em questão sustentam que a indústria cultural se presta à dominação dos “consumidores” de músicas, filmes, programas de televisão e que até mesmo a divisão entre filmes “de arte” e filmes B seria premeditada e existente a fim de se dividir e estratificar os próprios receptores.

Embora nos permitamos discordar de alguns postulados da obra em tela, a ideia das artes transformadas em mercadoria é facilmente transplantável ao atual contexto da produção musical em escala global e à indústria fonográfica.

Aliás, o raciocínio que Staut empreende em sua obra sobre direitos autorais é justamente esse:

“O avanço da indústria fonográfica mundial, potencializado por ondas de inovação tecnológica, tem como consequência imediata a transformação da música em um produto, uma mercadoria cultural. Nesse processo, verifica-se a absorção das pequenas pelas grandes produtoras musicais e um

⁵⁰ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985, p. 113-117, disponível em <<http://www.socialismo.org.br/portal/filosofia/157-livro/340-a-industria-cultural-o-esclarecimento-como-mistificacao-das-massas>>. Acesso em 16.10.2010

grande número de fusões entre essas empresas transnacionais, o que favorece, ainda mais, uma certa monopolização do mercado musical. Como observa Márcia Tosta Dias, a concentração nessa área é absurda, algumas poucas empresas (EMI, Polygram, BMG-Ariola, Sony Music, Warner Music e duas companhias de menor porte: a MCA-Geffen/Motown e a Virgin) controlam mais de dois terços de todo o mercado mundial de discos⁵¹”

O professor da UFPR opina no mesmo sentido de Adorno e Horkheimer ao denunciar que a própria produção musical passa a ser guiada pelos interesses financeiros destas grandes –e de outras menores– empresas e não necessariamente pelas preferências artísticas dos autores.

Tendo isso em conta, impõe-se discordar de posições como a de Plínio Cabral ao afirmar que *“A obra de arte é manifestação única. Ela reproduz a realidade. Mas – e aqui seu mistério notável – uma realidade que brota do interior do artista e a transforma, dando-lhe toque especial. Esse toque especial é que faz a obra de arte, distingue o artista. E reclama proteção legal.”*; temos fundamentos teóricos e práticos suficientes para rechaçar esta visão romantizada a respeito do que é protegido pelo sistema jurídico de direitos autorais.

Márcia Tosta Dias, em exposição proferida no XXVII Congresso Internacional da Associação Latino Americana de Sociologia em 2009, transcrita e publicada no seu site Pensar Música (<http://industriafonografica.com.br>), intitulada *Produção e difusão de musica gravada no Brasil contemporâneo: o papel do produtor musical*, nos traz a seguinte reflexão:

“O que ainda hoje deve ser alvo de questionamento é a autonomia do artista sobre a sua obra no raio de ação das grandes empresas de média. Uns poucos a conquistaram quase que por inteiro, por mais que sempre precisem de aprovação para seus projetos. No entanto, no mundo da canção de sucesso – em suas várias cepas - sempre foi alta a sua subordinação à racionalidade empresarial. Retomando a argumentação, temos que, em seu modelo clássico, a instância definidora dos rumos e do desenvolvimento da produção era (e ainda é) a do alto executivo da empresa - o diretor geral ou presidente e do diretor artístico. Nesse âmbito, encontramos o produtor musical, por mais que suas atividades situem-se entre a esfera do planejamento e a da execução.⁵²”

Tosta Dias aqui envereda pelo caminho seguido também por Staut, assim como por Adorno e Horkheimer, ou seja, o de acusar que a produção musical está

⁵¹ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Obra citada*. p. 160

⁵² Disponível em <<http://industriafonografica.com.br/biblioteca/ProdMusical.pdf>>. Acesso em 16.10.2010.

subordinada aos interesses de uma indústria, controlada por capitalistas como quaisquer outros com o fim precípua de gerar lucros com a venda da mercadoria *música*.

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ocupa um papel nítido dentro desta indústria: garantir que estas empresas, que contam com representatividade dentro das associações que compõem o ECAD –exemplo disso é a Associação Brasileira de Música e Artes⁵³-, tirem o proveito econômico que lhes cabe por força dos contratos de cessão de direitos patrimoniais entre elas e os autores.

Abordemos esta cessão e seus aspectos jurídicos com um pouco mais de profundidade.

Segundo a Lei 9.610/98, os direitos patrimoniais de autor, reputados bens móveis para efeitos legais(art. 3º), são passíveis de transmissão a título universal ou singular (art. 49, *caput*) a terceiros, pelo prazo de cinco anos ou por outro determinado no contrato de transmissão(art. 49, III), sempre na forma escrita (art. 50, *caput*).

Inclusive, segundo o art. 51 da mesma lei, é possível a cessão de direitos sobre obras futuras, com a limitação de tempo prevista no dispositivo, de no máximo cinco anos após a avença entre as partes.

No caso da música, o comum é que se façam contratos relativos a álbuns, às vezes abrangendo até ganhos provindos da venda de materiais promocionais do artista⁵⁴.

O caso célebre da aquisição dos direitos patrimoniais sobre a obra completa da banda The Beatles pelo não menos icônico Michael Jackson⁵⁵ em 1985, atingindo uma cifra de enorme vulto (US\$ 47,5 milhões à época), ao mesmo tempo ilustra a

⁵³ <http://www.abramus.org.br/produtores/?prod=s>, acessado em 16.10.2010

⁵⁴ A respeito ASCENSÃO, em sua obra *Direito Autoral*, 2ª edição, p. 622 afirma: “Os entes de gestão dão autorizações genéricas. Outorgam a licença para utilizar aquela obra, pura e simplesmente. Pelo que nenhuma utilização requer, afinal, autorização individual. (...) Em geral, estes entes fazem a gestão coletiva (que por vezes impõem mesmo) de todo o repertório do autor. Cada obra fica dissolvida num conjunto. Mas muito mais que isso. Não há negociação de obras singulares. Há negociação de toda a carteira de obras de que o ente de gestão é titular. E **pela outorga da faculdade de utilização é estabelecida uma avença: uma remuneração global, calculada por exemplo sob a forma de percentagem das receitas de publicidade**. A negociação é feita a granel. (...) A obra é um elemento de massa. Não há nada que a especifique naquela gestão coletiva.”(grifou-se)

⁵⁵ REVISTA ROLLING STONE (Redação). *Michael Jackson comprou o catálogo dos Beatles há 23 anos*. Disponível em <<http://www.rollingstone.com.br/secoes/novas/noticias/3200/>>. Acesso em 16.10.2010.

patrimonialização dos direitos autorais –importante notar que o sistema aplicado ao caso é o de *copyrights*, ainda sem as mudanças ao menos em tese engendradas pela ratificação da Convenção de Berna pelos EUA- e dá uma mostra significativa das cifras que este negócio movimenta.

Nos vemos então inseridos neste contexto, em que a cessão dos direitos de autor patrimoniais de obras musicais às gravadoras é uma imposição aos artistas que desejam se valer da estrutura daquelas –e, por óbvio, às benesses que esta traz, principalmente econômicas; nada mais justo quando se opta por uma carreira musical-, com raras exceções como a cantora Marisa Monte e sua própria gravadora, a Phonomotor.

Com isso se chega naturalmente a uma conclusão: o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição tem o objetivo de garantir mais uma parcela do lucro da indústria fonográfica/cultural, “*cobrando os direitos autorais daqueles que utilizam as obras musicais publicamente, os chamados ‘usuários de música’, que somam 399 mil no cadastro do ECAD*⁵⁶”, aliás, não parece absurdo afirmar que o ECAD busca ativamente um ganho, a ser parcialmente distribuído –em tese- aos autores.

E como afirma Staut, o discurso tradicional, mesmo quando denuncia distorções do atual sistema jurídico⁵⁷, se furta de ir mais a fundo e atacar o verdadeiro cerne da questão, que é “*que por trás de uma suposta autonomia e liberdade formal do autor e dos vínculos jurídicos abstratos contratuais, os vínculos concretos entre autor, indústria cultural e sociedade são determinados por essa indústria e tendem a conformar a criatividade do autor, a imagem desse sujeito, sua própria identidade e aquilo que será produzido. Com isso, produtor e produto comparecem ao mercado em forma de mercadoria*”⁵⁸.

Pode-se até dizer que a patrimonialização dos direitos autorais não é uma consequência lamentável mas involuntária do atual *status quo*, mas sim a espécie de tutela que realmente interessa àqueles que mais se valem das proteções legais em matéria de direitos autorais -ao menos no campo da música-, ou seja, a garantia de remuneração –e portanto de lucro- pela autorização de uso de obras musicais de seus acervos.

⁵⁶ECAD. A instituição. Disponível em <<http://www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=16>>. Acesso em 16.10.2010.

⁵⁷ As colocações de Ascensão acima descritas, criticando duramente o caráter eminentemente patrimonialista que a gestão coletiva dos direitos autorais assumiu são um bom exemplo disto.

⁵⁸ STAUT JÚNIOR. Sérgio Said. *Obra citada*. p. 226

Tendo-se em conta isso, cabe agora lançar nosso olhar sobre a proposta lançada pelo Ministério da Cultura, que pretende reformar a Lei de Direitos Autorais –uma iniciativa que causará alterações até menos profundas que a que levou ao atual diploma legal, a partir da Lei nº 5.988/73, quase que inteiramente revogada então- mas que pretende algumas mudanças notáveis no que tange aos direitos autorais na música, podendo mudar sobremaneira a situação do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição e gerando questões que podem ser enfrentadas à luz de um entendimento mais crítico a respeito da matéria em tela.

Seção III – A Proposta de Revisão à Lei 9.610/98

No dia 07 de dezembro de 2007, foi dado início⁵⁹ ao Fórum Nacional de Direitos Autorais, promovido pelo Ministério da Cultura e que durou até 2009, numa iniciativa governamental que culminou em uma proposta de modernização do atual diploma legal que regula o tema.

No sítio do Ministério, há uma interessante colocação do então titular da cadeira, Gilberto Gil, sobre o Fórum:

*Em resposta às inúmeras sugestões e queixas recebidas, partimos, nos últimos anos, para a realização de um amplo diagnóstico sobre a situação dos direitos autorais no país. Esse diagnóstico concluiu que a legislação brasileira, ainda que relativamente nova, necessita de alguns ajustes a fim de aperfeiçoar a proteção do autor. Embora a Lei de 1998 tenha avançado em vários aspectos, também acentuou alguns desequilíbrios.*⁶⁰

Observando a programação do evento, se percebe que entre as mesas iniciais do evento estava a de “*Gestão Coletiva de Direitos Autorais*”; vale a pena trazer à baila o texto que o MinC utilizou como chamariz do painel, por já deixar transparente um aspecto importantíssimo da proposta governamental:

*“A gestão coletiva de direitos autorais de execução pública é uma conquista e uma necessidade para os autores. Ainda assim, são muitas as insatisfações com a forma de funcionamento desse sistema, particularmente no segmento da música. Na área teatral, a mais antiga e tradicional entidade está praticamente falida. Em outras áreas – que envolvem direitos fonomecânicos, reprográficos, de cópia privada e de obras audiovisuais – não há uma clara previsão legal ou a gestão coletiva está precariamente organizada. Além disso, o Brasil é um dos raríssimos países do mundo onde não existe qualquer supervisão estatal na gestão coletiva. Como o Estado pode atuar para regular essa atividade?”*⁶¹

Ou seja, um dos fins a serem atingidos por essa mudança na lei de direitos autorais é de certa forma um retorno ao *status quo* anterior à Lei 9.610/98, com a reinstituição de um regulamento estatal sobre a gestão coletiva dos direitos autorais, e portanto também sobre o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.

⁵⁹ MINISTÉRIO DA CULTURA (Comunicação Social). *Fórum Nacional de Direito Autoral*. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2007/12/06/seminario-de-lancamento/>>. Acesso em 27.09.2010.

⁶⁰ _____. *Seminário “A Defesa do Direito Autoral” – uma breve avaliação*. Disponível em <<http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautor/2008/08/05/seminario-a-defesa-do-direito-autoral-uma-breve-avaliacao/>>. Acesso em 27.09.2010.

⁶¹ _____. *Os direitos autorais no século XXI: as mudanças necessárias*. Disponível em <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/11/forum-nacional-de-direito-autoral-programacao.pdf>> Acesso em 27.09.2010.

Tal iniciativa veio ao encontro aos anseios de muitos que atacavam o ECAD sob diversos aspectos, principalmente relativos às cobranças realizadas e a como se dá a distribuição dos valores arrecadados.

Exemplo disso é o depoimento dado pelo sambista Noca da Portela ao periódico O Dia, em 07 de julho deste ano de 2010, em que afirma só ter recebido valores de alguma monta referentes aos direitos que possui como autor de diversas canções por ter tido sua composição “*É preciso muito amor*” orquestrada pelo francês Paul Mauriat e assim receber valores relativos a essa canção vindos do exterior, afirmando que “*Se fosse depender do Ecad, estaria morando embaixo do viaduto*”⁶².

Também não falta irresignação por parte de empresários que se vêem obrigados a pagar “direitos autorais”, sempre acusando falta de transparência com relação aos valores cobrados, como mostra a matéria **Donos de locais que tocam música se revoltam com aumento aplicado pelo Ecad**, publicada no jornal Correio Braziliense⁶³ em 17 de setembro de 2010 e da qual citamos o seguinte trecho a título de ilustração:

“Depois de 15 anos pagando R\$ 185, Erivelton de Aguiar, dono de academia no Setor O, em Ceilândia, se espantou quando recebeu o boleto do Ecad no valor de R\$ 1,4 mil. Há dois meses, está inadimplente. “Não tenho condições de pagar. Esse valor inviabiliza meu negócio”, diz. A academia tem cerca de 400 alunos. A mensalidade, uma das mais baratas do DF, é de R\$ 75. “Como assim aplicam esse aumento absurdo da noite para o dia, sem aviso prévio nem explicação alguma?”, questiona Aguiar.”

Seguramente poderiam ser juntados outros exemplos similares de insatisfação tanto por parte de autores quanto de empresários sem maior dificuldade, o que fornece munição aos defensores do retorno de uma regulação estatal do setor, posição que o Ministério da Cultura claramente adotou.

Ascensão, já em 1997, também defendia a idéia de uma disciplina estatal das entidades de gestão coletiva no Brasil, nos seguintes termos:

⁶² SOUTO MAIOR, Leandro. Noca da Portela critica o ECAD. *O Dia*. Rio de Janeiro, 07 de jul. 2010. Disponível em: <http://odia.terra.com.br/portal/odianafofia/html/2010/7/noca_da_portela_critica_o_ecad_94130.html>. Acesso em 27.09.2010.

⁶³ A matéria pode ser acessada em <<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia182/2010/09/17/cidades,i=213412/DONOS+DE+LOCAIS+QUE+TOCAM+MUSICA+SE+REVOLTAM+COM+AUMENTO+APLICADO+PELO+ECAD.shtml>>.

“As entidades de gestão vêm-se assim revestidas indiretamente de poderes de autoridade.

III – Tudo isto teria de ter como contrapartida uma demarcação muito efetiva do estatuto dessas entidades, em que se estabelecesse quais as responsabilidades que lhes caberiam.

Mas, como veremos a seguir, caiu-se no Brasil numa situação de vazio legal.

Esta situação é tanto mais surpreendente quanto é certo que nas ordens jurídicas estrangeiras que são tomadas como modelos se multiplicam as providências que disciplinam as entidades de gestão.

Mesmo um relatório de 1989 da OMPI sobre ‘Gestão coletiva dos direitos de autor e dos direitos vizinhos’, apesar de obviamente se destinar a traduzir os interesses das entidades de gestão, não deixa de propugnar uma série de providências ou meios de disciplina dessas entidades.’⁶⁴

O Ministério da Cultura abriu uma consulta pública por via *online*, com prazo entre os dias 14 de junho a 31 de agosto de 2010, para que fossem apresentadas propostas de modificação da Lei 9.610/98 antes de ser encaminhada a nova norma ao Congresso para deliberação.

O dispositivo do art. 98-A, constante da proposta de lei enviada pelo Ministério para Consulta, é um exemplo de medida para instituir um certo controle estatal, em primeiro lugar sobre as associações de gestão coletiva:

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

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

II – a demonstração documental de que a entidade solicitante reúne as condições necessárias de representatividade para assegurar uma administração eficaz e transparente dos direitos a ela confiados em parte significativa do território nacional, mediante comprovação dos seguintes documentos e informações:

a) os cadastros das obras e titulares que representam;

b) contratos e convênios mantidos com usuários de obras de seus repertórios;

c) estatutos e respectivas alterações;

d) atas das assembleias ordinárias ou extraordinárias;

e) acordos de representação recíproca com entidades congêneres estrangeiras, quando existentes;

f) relatório anual de suas atividades, quando aplicável;

g) demonstrações contábeis anuais, quando aplicável; e

h) relatório anual de auditoria externa de suas contas, desde que sua elaboração seja demandada pela maioria de seus associados ou por sindicato ou associação profissional, nos termos do art. 100.

III – outras informações consideradas relevantes pelo Ministério da Cultura, na forma do regulamento, como as que demonstrem o cumprimento de suas obrigações internacionais contratuais que

⁶⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Obra citada*. p. 624

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

O art. 98, a que este faz referência, dispõe que as associações de gestão coletiva se tornam mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos.

Este artigo é um dos que evidenciam a intenção do legislador de não permitir mais o atual estado de desregulação no que tange à arrecadação e distribuição do pagamento feito pelo uso de obras musicais e não é difícil entender o motivo daqueles que plantam firme oposição a esta postura governamental.

O Escritório ataca a iniciativa legislativa movida pelo Ministério da Cultura, por supostamente tolher a autonomia dos autores sobre suas criações e cristalizar entendimento equivocado sobre os direitos autorais, pois *“traz para discussão questões que nada têm a ver com o que está se protegendo na lei de direito autoral”*, segundo a superintendente executiva do ECAD, Glória Braga⁶⁵.

Em entrevista concedida ao jornal Estado de São Paulo⁶⁶, Braga coloca a posição do Escritório:

“Nós ainda achamos que a lei atual de direitos autorais é boa e é suficiente para regular o mercado brasileiro e todas as relações comerciais e contratuais que envolvem a utilização de obras criativas. Mas, mesmo assim, o Ministério da Cultura quis mudar tudo. Como foi posto em consulta um anteprojeto, não temos como ficar calados. Estamos contestando artigo por artigo e, no final, mandaremos um documento geral sobre a revisão.

(...)

Ainda achamos que o processo é precipitado e não atende as necessidades brasileiras. Nunca achamos que uma lei nova era necessária, apenas que a antiga versão precisava de alguns retoques. Nosso incômodo com a proposta do Ministério da Cultura é esse: eles querem fazer uma lei inteiramente nova, radical. A gente trabalha com direito de execução pública de músicas, cobrando direitos autorais e redistribuindo. Só no ano passado repassamos R\$ 318 milhões em direitos autorais, para mais de 81.250 artistas. A atual lei proporcionou tudo isso. Portanto, ficamos preocupados com uma proposta de mudança.

⁶⁵DA REDAÇÃO. Ecad critica alterações propostas pelo Ministério da Cultura à lei dos direitos autorais. *Portugal Digital*, 07 de ago. 2010. Disponível em: <<http://www.portugaldigital.com.br/noticia.kmf?cod=10476873&canal=156>>. Acesso em 27.09.2010

⁶⁶ CABRAL, Rafael. Todos os direitos reservados ©. *O Estado de São Paulo*, 04 de ago. 2010. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/todos-os-direitos-reservados-%C2%A9/>>. Acesso em 16.10.2010.

Sob uma perspectiva calcada no discurso tradicional, a grande discussão travada a respeito é a validade jurídica de um regulamento estatal sobre o Escritório Central, o que gera uma reflexão sobre os principais argumentos elencados para justificar a mudança no sistema legal.

É bastante razoável, por exemplo, o argumento de que problemas como o da transmissão de arquivos mp3 de músicas de forma livre, prejudicando o comércio destas, não encontram resposta na atual legislação, editada na época em que tal prática ainda se encontrava em sua infância, com o site Napster –precursor das redes Peer-to-Peer e responsável pela transformação do download de músicas em prática corriqueira no mundo inteiro- só iniciando suas operações em 1999, um ano depois.

Mas há outros argumentos a considerar.

Se nos últimos anos, o ECAD tem sido frequentemente acusado de falta de transparência –e as acusações, entre as quais listamos algumas no corpo deste trabalho, parecem ter lastro-, o Estado brasileiro também figura como alvo de inúmeras denúncias pela mesmíssima razão, guardadas as devidas proporções entre os entes aqui comparados; portanto é difícil pensar em uma intervenção estatal como uma panacéia que trará uma solução imediata e tranquila para este problema.

Há mais uma questão a ser enfrentada, que dependendo da resposta dada leva à inviabilidade da tentativa de regulação estatal sobre o ECAD.

Como já dito, para fins legais o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição é “*uma associação civil de natureza privada sem finalidade econômica e sem fins lucrativos*”, como consta do art. 1º do seu estatuto.

Um dos fundamentos para que o antigo Conselho Nacional de Direito Autoral fosse desativado foi que a atual Constituição Federal, como já nestas linhas explanado, consagrou o princípio da livre associação, eivando de inconstitucionalidade as disposições em contrário na Lei nº 5.988/73.

Nada mudou neste sentido desde então, portanto qualquer dispositivo legal que trate de simplesmente reativar ou reinventar este Conselho corre o sério risco de ser eliminado do ordenamento jurídico por inconstitucionalidade ou, o que seria infinitamente pior, criar uma exceção precedente ao princípio constitucional que

poderia justificar outras intervenções, de finalidade muito menos nobre que esta aqui discutida, na esfera privada.

Há, inclusive, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reafirmando o caráter não-econômico do ECAD:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ISS. CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. EMPRESA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. FINALIDADE LUCRATIVA. ENQUADRAMENTO NÃO-CARACTERIZADO.

1. Nos casos em que o ato questionado pelo contribuinte for objeto de recurso administrativo, a contagem do prazo para aforamento do writ somente tem início com a decisão final naquele procedimento, data a partir da qual se torna exequível o ato impugnado.

2. O novo Código Civil Brasileiro, em que pese não ter definido expressamente a figura da empresa, conceituou no art. 966 o empresário como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” e, ao assim proceder, propiciou ao interprete inferir o conceito jurídico de empresa como sendo “o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

3. Por exercício profissional da atividade econômica, elemento que integra o núcleo do conceito de empresa, há que se entender a exploração de atividade com finalidade lucrativa.

4. Em se tratando o ECAD de associação civil, que não explora de fato qualquer atividade econômica, visto que desprovida de intento lucrativo, não se subsume, à toda evidência, no conceito de empresa, razão por que não é ele contribuinte do imposto sobre serviço de qualquer natureza tipificado no art. 8º do Decreto-Lei n. 406, de 31.12.68.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ, 2ª Turma, REsp 623367/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 09.08.2004)

Portanto, a análise do tema sob o prisma tradicional nos levaria inevitavelmente a rechaçar a idéia de regulação do ECAD por meio de uma entidade ligada ao poder público.

Mas aí temos uma situação em que o próprio discurso tradicional, somado ao Direito Constitucional e à teoria civilista atinente às associações, se torna fundamento para que a *desproteção do autor*, nas palavras de Ascensão, persista.

Sem falar que, tendo em conta a crítica entabulada, a idéia do atual sistema de direitos autorais ter por principal objetivo a proteção moral e patrimonial dos autores chega a soar como piada.

É possível, com base na visão crítica entabulada por Staut⁶⁷, propor um argumento diferente para que haja um regulamento sobre o ECAD.

Leiamos a manifestação do ECAD, desta vez prestando esclarecimentos ao blog *O Direito e as novas tecnologias*, do prof. Alexandre Atheniense:

“É importante esclarecer que, por duas vezes, a própria Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, já se manifestou que não se trata de infração à ordem econômica, mas apenas o exercício legítimo dos autores em poder estabelecer o valor a ser atribuído às suas criações musicais, prerrogativa conferida pela Constituição Federal. O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica já analisou e julgou que o Ecad não exerce atividade econômica, uma vez que sequer possui finalidade lucrativa, atuando apenas como mandatário dos autores de músicas.”⁶⁸

Aqui o Escritório novamente enfatiza seu caráter de associação, sem finalidade de lucro, atuando como mandatário dos autores de músicas.

Porém, sob esta guisa, podemos observar um órgão responsável pela cobrança de valores que, por força dos contratos de cessão, raramente tem como destinatários finais os autores, salvo pequenas porcentagens previamente estipuladas nestas avenças.

Na realidade, o que ocorre é que o ECAD cobra valores dos comerciantes e os repassa às gravadoras, principais titulares de direitos patrimoniais de autor; valores que compõem o lucro destas e assim obviamente se inserem na atividade econômica perseguida por estas empresas.

Ora, as associações, como não deixa dúvida o art. 53 do Código Civil, **não** tem finalidade econômica:

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Portanto, tendo em conta a posição crítica já acima descrita, parece impossível ignorar a situação de fato desta entidade, que exerce verdadeira partilha de lucros.

As cobranças, muitas vezes reajustadas sem contrapartida que as justifique –a insatisfação dos comerciantes referidos pelo Correio Braziliense é um bom

⁶⁷ STAUT JUNIOR, Sérgio Said. *Obra citada*.

⁶⁸ Disponível em <<http://www.dnt.adv.br/noticias/responsavel-pela-cobranca-de-direitos-autorais-de-musicas-ecad-explica-porque-nao-quer-mudancas/>>. Acesso em 16.10.2010.

exemplo-, com arrecadações cada vez maiores –no ano de 2009 chegaram a R\$ 374 milhões-, mas cuja pujança não enseja proporcional remuneração dos **autores** –como mostra o caso de Noca da Portela- trazem montantes que acabam nas mãos dos titulares dos direitos patrimoniais, que são **empresas**, muitas fazendo partes de grupos que atuam em diversos setores econômicos, como a fabricação de eletroeletrônicos –Sony Music- até o setor de aviação, como o grupo que controla a Virgin Records⁶⁹.

Se o que se distribui são lucros a empresas, a finalidade a que o ECAD serve é econômica.

Vejamos o comentário de Tepedino, Barboza e Bodin de Moraes:

*“A distinção entre as associações e as sociedades, ao contrário do que poderia sugerir uma primeira leitura do dispositivo, não tem como fator primordial o caráter econômico ou não da atividade desempenhada. Com efeito, embora o art. 53 defina as associações como entidades voltadas para “fins não econômicos”, a expressão não pode ser interpretada de forma literal. Evidentemente, ao se unirem para um determinado fim, os associados visam extrair desta união algum tipo de vantagem, que, não raro, resulta de atividade ou serviço prestado pela associação, havendo aí, por definição, natureza econômica. **O que não há nas associações é a finalidade lucrativa, ou seja, o objetivo primordial de produzir lucros e reparti-los entre os associados.** Essa persecução do lucro e sua partilha são traços que caracterizam as sociedades, e que servem justamente a diferenciá-las das associações, na concepção mais moderna.”⁷⁰*

Com base no respeitável entendimento acima, podemos dizer que o ECAD não perde de forma alguma seu *status* como associação por utilizar parte da arrecadação obtida para sua própria manutenção.

Por sinal, com base neste entendimento a mera atribuição de finalidade econômica não basta para afastar o caráter de uma associação.

⁶⁹Com a palavra, o próprio grupo em questão, conforme visto em <http://www.virgin.com/about-us/>, acessado em 16.10.2010: “*Virgin is a leading branded venture capital organisation and is one of the world's most recognised and respected brands. Conceived in 1970 by Sir Richard Branson, the Virgin Group has gone on to grow very successful businesses in sectors ranging from mobile telephony to transportation, travel, financial services, media, music and fitness. Virgin has created more than 300 branded companies worldwide, employing approximately 50,000 people, in 30 countries. Global branded revenues in 2009 exceeded £11.5 billion (approx. US\$18 billion).*”. Em tradução livre: “*A Virgin é uma organização de capital de risco líder e é uma das mais reconhecidas e respeitadas marcas no mundo. Concebida em 1970 por Sir Richard Branson, o Grupo Virgin veio a desenvolver negócios de muito sucesso em setores indo da telefonia móvel ao transporte, turismo, serviços financeiros, mídia, música e fitness. A Virgin criou mais de 300 companhias com a marca ao redor do mundo, empregando aproximadamente 50 mil pessoas, em 30 países. Receitas globais da marca em 2009 superaram £11.5 bilhões (aprox. US\$ 18 bilhões).*”

⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 140

No entanto os juristas também entendem que as associações que buscarem o lucro não se encaixam na forma do art. 53 do Código Civil.

Fran Martins ensina que a “*organização proveniente de acordo de duas ou mais pessoas, que pactuam a reunião de capitais e trabalho para um fim **lucrativo***(grifou-se)”⁷¹ é justamente o que caracteriza as sociedades empresárias, que certamente não estão além da fiscalização do poder público, na figura de órgãos como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

No Direito Civil argentino uma linha bastante similar de raciocínio se aplica, como nos explicam Richard e Muiño, ao afirmar que em sentido estrito, as associações se distinguem pelo fato de os associados não incorporarem benefícios aos seus patrimônios, decorrentes de incrementos no ativo destas⁷².

E com isso cai por terra o argumento da impossibilidade de fiscalização com base na livre associação, fundada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e prevista na Constituição Federal, já que estamos diante de um ente que forma parte de uma atividade econômica e distribui proventos a associados, todos em busca de lucro.

E, aplicando-se esta linha argumentativa, não parece haver óbice para que o Estado brasileiro proceda a regular o ECAD, parte da indústria fonográfica e importante ferramenta desta para a consecução de sua finalidade maior: distribuir lucro.

Esta é uma possível resposta a ser dada às injustiças engendradas pelo atual modelo previsto na Lei 9.610/98, prevendo um escritório central de arrecadação, livre de qualquer ingerência governamental.

Assim, embora as modificações propostas pelo Ministério da Cultura não tenham de forma alguma o condão –ou a intenção– de modificar o enfoque eminentemente patrimonialista com que os direitos de autor são tutelados, é possível ter a esperança de que algumas das distorções atualmente constatadas com relação aos direitos patrimoniais de autor sejam minimizadas.

⁷¹ MARTINS, Fran; ABRÃO, Carlos Henrique (atual.). *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 32 ed. rev. e atual. p. 173.

⁷² RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. *Derecho societario*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. 1ª reimp. p. 21.

CONCLUSÃO

Chegando ao fim desta breve explanação, podemos lançar uma visão panorâmica sobre o que foi nestas linhas colocado.

Passamos olhos pela situação jurídica anterior à edição da Lei 5.988/73, a primeira a receber a alcunha de “Lei dos Direitos Autorais” e que estabeleceu o ECAD, mostrando como este órgão nasceu de uma confusão existente no Direito brasileiro, entre diversas associações, sobre quem teria legitimidade para, em nome dos autores, cobrar e distribuir valores referentes à remuneração pelo uso de obras musicais, já se vislumbrando uma tendência à aplicação do modelo de gestão coletiva dos direitos autorais.

O Serviço de Defesa do Direito Autoral, composto por quatro associações de autores, foi uma primeira tentativa de desfazer o quadro de desagregação que estava instalado; lembrando que a Convenção de Berna, ratificada pelo Brasil já em 1922, deixa à cargo dos ordenamentos jurídicos de cada país organizar a cobrança e distribuição do pagamento por uso de obras artísticas, incluindo-se aqui a música, nosso especial objeto de atenção.

Com isso, aumentou a eficácia da legitimidade que a jurisprudência, já na década de 50, conferia às associações de autores para que buscassem em juízo a tutela dos direitos autorais de seus associados.

Não obstante esses passos preliminares, foi com a edição da Lei 5.988/73 que o modelo de gestão coletiva dos direitos autorais floresceu, pois é este diploma legal que lança a pedra fundamental do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, associação de direito privado, regulado pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, ligado ao Estado, em consonância com o intenso controle exercido pelo governo ditatorial sobre a iniciativa privada.

Este escritório, composto por diversas associações de gestão coletiva de direitos autorais, toma para si a responsabilidade de cobrar aqueles que segundo a lei estariam obrigados a pagar pela utilização de obras musicais e de distribuir esses valores aos autores.

Com a redemocratização do país e a edição da Constituição Federal atual, surge o princípio da liberdade de associação, o que é um obstáculo à atuação do CNDA, que acabou desativado no governo Collor de Mello.

É também com a Lei 5.988/73 que surge a obrigatoriedade de autorização prévia do autor para utilização de sua obra, condicionada ao pagamento dos valores referentes aos direitos patrimoniais deste autor, embora com a gestão coletiva o que ocorra na verdade é a concessão de autorizações em bloco, com o pagamento de um valor estipulado pelo próprio ECAD, já que o CNDA logo tratou de despojar-se da fixação dos preços para utilização das obras.

No entanto, a obrigatoriedade de pagamento estava condicionada ao intuito lucrativo, sendo impossível por exemplo cobrar valores dos organizadores de uma festa junina de bairro.

O ECAD, nas décadas de 80 e 90, tinha admitida pela jurisprudência sua legitimidade para arrecadar e distribuir “direitos autorais”, independente de autorização dos autores.

Em 1998, foi editada a Lei 9.610, fruto de outro longo trabalho legislativo, introduzindo várias mudanças importantes ao nosso estudo.

Foi revogado todo o arcabouço normativo que tinha o condão de regular as associações de gestão coletiva, seguindo a CF/88 que veda expressamente qualquer interferência estatal sobre estas, restando excluída também a disciplina legal do CNDA.

Aumentou sensivelmente o rol de situações em que é devido pagamento por utilização de obras musicais, com a jurisprudência retirando a exigência de intuito de lucro direto ou indireto para tanto.

O Escritório Central foi mantido, tornando-se ainda mais poderoso à medida que não encontra qualquer fiscalização externa, gerando iniquidades que foram –e ainda são- alvo de pesadas críticas, sendo instauradas até Comissões Parlamentares de Inquérito a fim de expor graves defeitos na atuação daquele.

Posteriormente, pudemos lançar olhar sobre a Convenção de Berna, principal normativa internacional referente aos direitos autorais e ratificada pelo Brasil em 1922, com muitos de seus dispositivos sendo diretamente citados e aplicados pela jurisprudência pátria.

Dela se extrai a separação de direitos de autor de natureza pessoal(direitos morais) e de natureza patrimonial, também presente na Lei brasileira.

Também é daí que surge a obrigatoriedade de fixação da obra em um suporte material para que surja direito autoral a ser protegido, com isso se eliminando a possibilidade de exercício de tal proteção sobre as idéias.

Pela Convenção é desnecessário o registro para que exista proteção sobre uma dada obra, o que a lei brasileira segue desde o Código Civil de 1916, revogando dispositivo da Lei nº 496/1898.

Também pudemos verificar que a Convenção é, segundo Staut, reforço internacional ao que chama de discurso tradicional dos direitos autorais.

Observamos que o sistema de direitos morais e patrimoniais intimamente relacionados e que se sustentam mutuamente não existe na prática, pois o direito autoral não está voltado aos interesses dos autores mas sim dos interesses meramente econômicos de sujeitos que adquirem os direitos patrimoniais por meio de contratos de cessão.

Ou seja, segundo Staut há uma sobrevalorização do aspecto patrimonial destes direitos, da qual o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição é uma evidência gritante, inclusive no seu próprio site cometendo o equívoco de usar o termo “direitos autorais” para descrever o pagamento pela utilização de obra musical.

Em seguida, verificamos como, conforme nos ensinam Sérgio Staut Júnior e Márcia Tosta Dias, se pode verificar a existência de uma verdadeira *indústria cultural* na acepção de Theodor Adorno e Max Horkheimer, ou seja, a transformação da arte e do artista em mercadoria.

A própria produção musical se pauta, portanto, por interesses de mercado e não mais pela criatividade do autor, o que contraria o chamado discurso tradicional dos direitos autorais que baseia a proteção na originalidade da obra a ser tutelada.

Sob esta ótica, a proteção dos direitos autorais na verdade consiste em uma proteção dos lucros dos titulares de direitos patrimoniais de autor e o ECAD cumpre um papel nesta lógica de lucro, como mostram suas performances sempre em crescimento no tocante à arrecadação, mas não se observando a contrapartida para os autores, que na absoluta maioria dos casos já repassaram há muito os direitos patrimoniais sobre suas obras, passíveis de cessão, desde a Lei passada.

O ECAD, pode-se dizer, busca arrecadar valores que configuram lucro das empresas que adquirem os direitos patrimoniais de músicas; esta tutela puramente voltada ao aspecto patrimonial é a que interessa a estas empresas.

O Ministério da Cultura colocou para consulta pública e posterior análise pelas casas legislativas uma proposta de reforma da atual Lei de Direitos Autorais, que pretende instituir novamente uma forma de fiscalização estatal sobre o ECAD, entre outras medidas, como a necessidade de preenchimento de alguns requisitos para que as associações mantenham o poder de representar os autores para fim de buscar tutela jurisdicional referente aos direitos autorais destes.

A iniciativa gerou polêmica, notadamente pela reação incisiva do ECAD às propostas de mudança, defendendo a adequação do atual modelo e a impossibilidade de fiscalização estatal por violação da liberdade de associação, com a Consulta Pública realizada pelo Ministério recebendo diversas sugestões.

Por outro lado, há muitos, como o jurista José de Oliveira Ascensão, que defendem o reestabelecimento da fiscalização estatal, devido a diversas falhas e injustiças na atuação do ECAD, tanto entre os autores quanto entre os empresários obrigados a pagar pela utilização de obras musicais, muitas vezes sem ter certeza do que motiva a cobrança.

Por fim, verificamos alguns argumentos favoráveis e contrários à proposta do Governo Federal e chegamos à conclusão que, com base no discurso tradicional, a tentativa de fiscalização e regulação estatal não se sustenta devido à liberdade de associação, que derrubou o CNDA e não sofreu qualquer mudança desde então.

No entanto, tendo-se em conta a crítica de Staut e Tosta Dias, o ECAD busca uma finalidade econômica, que é distribuir parte dos valores que irão compor os lucros das grandes empresas que compõem as associações-membros do Escritório e são proprietárias dos direitos patrimoniais da maioria das obras musicais, por força de contratos de cessão, sempre onerosos.

A busca de finalidade econômica impossibilita que se trate o ECAD como associação, portanto abre o caminho para a fiscalização estatal, que se espera que traga alguma melhora no quadro atual dos direitos autorais na música.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. Barueri: Manole, 2009.
- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985, p. 113-117, disponível em <<http://www.socialismo.org.br/portal/filosofia/157-livro/340-a-industria-cultural-o-esclarecimento-como-mistificacao-das-massas>>. Acesso em 16.10.2010
- AMORIM, Diego. *Donos de locais que tocam música se revoltam com aumento aplicado pelo ECAD*. 2010. Disponível em <<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia182/2010/09/17/cidades,i=213412/DONOS+DE+LOCAIS+QUE+TOCAM+MUSICA+SE+REVOLTAM+COM+AUMENTO+APLICADO+PELO+ECAD.shtml>> Acesso em 10.10.2010.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2 ed. Refundida e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.
- ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *CPI do Ecad inicia trabalhos*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/DetalheNoticia?vgnextoid=f6b3657e439f7110VgnVCM100000590014acRCRD&id=09fa86ca81d3f110VgnVCM100000600014ac&textoBusca=cpi;ecad&flRealca=T>>. Acesso em 27.09.2010.
- ATHENIENSE, Alexandre. Responsável pela cobrança de direitos autorais, ECAD explica porque não quer mudanças. *O Direito e as novas tecnologias* Disponível em <<http://www.dnt.adv.br/noticias/responsavel-pela-cobranca-de-direitos-autorais-de-musicas-ecad-explica-porque-nao-quer-mudancas/>>. Acesso em 16.10.2010.
- BARROS, Isabella. *Histórico do ECAD*. 2008. Disponível em: <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/Pesquisa_Hist%C3%B3rico_do_ECAD_-_resp_Isabella_Barros>. Acesso no dia 21/09/2010.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito do autor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- CABRAL, Plínio. *A nova lei de Direitos Autorais*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.
- CABRAL, Rafael. Todos os direitos reservados ©. *O Estado de São Paulo*, 04 de ago. 2010. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/todos-os-direitos-reservados-%C2%A9/>>. Acesso em 16.10.2010.
- CALDAS, Fernando Duarte. *Relatório da CPI do ECAD sugere maior controle público dos direitos autorais*, disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/menuitem.4b8fb127603fa4af5878321085>>

0041ca/?vgnnextoid=f6b3657e439f7110VgnVCM100000590014acRCRD&id=e7b94e8d30ba0210VgnVCM100000600014ac >. Acesso em 27.09.2010.

-CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual*. São Paulo: LTr, 1995.

-COLOMBET, Claude. *Grandes Principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde: Approche de droit comparé*. Paris: Iltec, 1992. 2 ed.

-CRETELLA JÚNIOR, José. *O direito autoral na jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

-DA REDAÇÃO. Ecad critica alterações propostas pelo Ministério da Cultura à lei dos direitos autorais. *Portugal Digital*, 07 de ago. 2010. Disponível em: <<http://www.portugaldigital.com.br/noticia.kmf?cod=10476873&canal=156>>. Acesso em 27.09.2010

-EBOLI, João Carlos de Camargo. Seminário *Direito Autoral: uma reflexão sobre os 10 anos da Lei 9.610/98*. 2008. Disponível em: <http://www.socinpro.org.br/legislacao/artigos_juridicos/15.pdf>. Acesso no dia 24.09.2010

-ECAD. *A instituição*. Disponível em <<http://www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=16>>. Acesso em 16.10.2010.

-GOVERNO FEDERAL. Ministério da Cultura. *A proposta de revisão da LDA quer acabar com o ECAD?* Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/2010/07/07/ecad/>>. Acesso em 26.08.2010.

-INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS OFFICE. *A brief history of copyright*. Disponível em <http://www.iprightsoffice.org/copyright_history/>. Acesso em 04.10.2010.

-MARTINS, Fran; ABRÃO, Carlos Henrique (atual.). *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 32 ed. rev. e atual. p. 173.

-MINISTÉRIO DA CULTURA (Comunicação Social). *Fórum Nacional de Direito Autoral*. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2007/12/06/seminario-de-lancamento/>>. Acesso em 27.09.2010.

-MINISTÉRIO DA CULTURA (Comunicação Social). *Seminário "A Defesa do Direito Autoral" – uma breve avaliação*. Disponível em <<http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/2008/08/05/seminario-a-defesa-do-direito-autoral-uma-breve-avaliacao/>>. Acesso em 27.09.2010.

-MINISTÉRIO DA CULTURA (Comunicação Social). *Os direitos autorais no século XXI: as mudanças necessárias*. Disponível em <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/11/forum-nacional-de-direito-autoral-programacao.pdf>> Acesso em 27.09.2010.

-MORELLI, Rita de Cássia Lahoz. *Arrogantes, anônimos, subversivos: Interpretando o acordo e a discórdia na tradição autoral brasileira*. Campinas: Mercado de Letras, 2000. p. 36.

-ORLANDO, Pedro. *Direitos autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 10.

-REVISTA ROLLING STONE (Redação). *Michael Jackson comprou o catálogo dos Beatles há 23 anos*. Disponível em <<http://www.rollingstone.com.br/secoes/novas/noticias/3200/>>. Acesso em 16.10.2010.

-RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. *Derecho societario*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. 1ª reimp. p. 21.

-SOUTO MAIOR, Leandro. Noca da Portela critica o ECAD. *O Dia*. Rio de Janeiro, 07 de jul. 2010. Disponível em: <http://odia.terra.com.br/porta/odianafofia/html/2010/7/noca_da_portela_critica_o_ecad_94130.html>. Acesso em 27.09.2010.

-STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006. p. 108.

-TEIXEIRA, Vera Lúcia. *Direitos autorais de execução pública de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas*. In: *Reflexões sobre direito autoral*. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional. Dep. Nacional do Livro, 1997. p. 61.

-TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 140

-TOSTA DIAS, Márcia. *Produção e difusão de música gravada no Brasil contemporâneo: o papel do produtor musical*. 2009. Disponível em <<http://industria fonografica.com.br/biblioteca/ProdMusical.pdf>>. Acesso em 16.10.2010.