



DIREITO AUTORAL - GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS SOBRE EXECUÇÃO PÚBLICA FIXAÇÃO CONJUNTA DE VALORES REFERENTES A DIREITOS AUTORAIS E CRIAÇÃO DE BARREIRAS À CONSTITUIÇÃO DE NOVAS ASSOCIAÇÕES POR PARTE DAS SOCIEDADES DE AUTORES QUE FORMAM O ECAD. CARTEL E PRÁTICAS ABUSIVAS - COMPETÊNCIA DA SDE. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM DIREITOS AUTORAIS

Revista de Direito das Comunicações | vol. 3 | p. 275 | Jan / 2011DTR\2011\1897

Carolina Helena Coelho Antunes

Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

Amanda Athayde Linhares Martins

Chefe de Divisão da CGSI.

Área do Direito: Financeiro e Econômico; Comunicação

Resumo:

Palavras-chave:

Abstract:

Keywords:

Sumário: - I.RELATÓRIO - II.ANÁLISE DO MÉRITO - III.CONCLUSÕES

Ministério da Justiça

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA

Protocolado: 08012.003745/2010-83

Natureza: Procedimento Administrativo

Representante: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura – ABTA

Advogados: Mauro Grinberg, Camila Paoletti e Leonor Cordovil.

Terceiro interessado: Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA

Representados: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, União Brasileira de Compositores, Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais, Associação Brasileira de Música e Artes, Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes, Sociedade Brasileira de Autores Compositores e Escritores de Música e Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais.

Advogados: Jorge de Souza Costa, Samuel Cordeiro Fahel, Kleber da Silva, Giselle Nunes Severo, Sydney L. Sanches, Maria Cecília Garreta Prats Caniato, Pedro Paulo dos Santos e outros.

Senhora Coordenadora-Geral,

Objeto da presente Nota Técnica: ¹

A presente nota técnica tem por objeto apresentar as conclusões desta Secretaria sobre os fortes indícios de infração à ordem econômica presentes no Processo Administrativo em epígrafe, consistentes na suposta formação de cartel entre os Representados pela fixação conjunta dos valores referentes aos direitos de execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas e na suposta criação de barreiras à entrada para impedir/dificultar a constituição de novas associações por parte do Ecad. Tais condutas, se comprovadas, são passíveis de enquadramento no art. 20, I, II,

III e IV, c/c art. 21, I, II, IV, V e XXIV, ambos da Lei 8.884/1994.

I. RELATÓRIO

I.1 Qualificação das Representadas

1. O presente Processo Administrativo iniciou-se com representação apresentada pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA)^{NE} em 09.04.2010, em face das seguintes pessoas jurídicas:

i) *Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad)*: É pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF 00.474.973/0001-62, estabelecida à Rua Guilhermina Guinle, n. 207, bairro Botafogo, município do Rio de Janeiro/RJ.

ii) *União Brasileira de Compositores (UBC)*: É pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF 33.576.166/0001-00, estabelecida à Rua Visconde de Inhaúma, n. 107, Centro, município do Rio de Janeiro/RJ. É associação efetiva junto ao Ecad.

iii) *Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (Socimpro)*: É pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF 33.748.146/0001-79, estabelecida à Av. Presidente Wilson, n. 210, 9.º andar, Centro, município do Rio de Janeiro/RJ. É associação efetiva junto ao Ecad.

iv) *Associação Brasileira de Música e Artes (Abramus)*: É pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF 50.997.063/0001-32, estabelecida à Rua Boa Vista, n. 186, 4.º andar, Centro, município de São Paulo/SP. É associação efetiva junto ao Ecad.

v) *Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes (Amar)*: É pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF 30713325/0001-82, estabelecida à Av. Rio Branco, n. 18, 19.º andar, Centro, município do Rio de Janeiro/RJ. É associação efetiva junto ao Ecad.

vi) *Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música (SBACEM)*: É pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF 33.780.222/0001-23, estabelecida à Praça Mahatma Gandhi, n. 02, sala 709 e 710, Centro, município do Rio de Janeiro/RJ. É associação efetiva junto ao Ecad.

vii) *Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (Sicam)*: É pessoa jurídica de direito privado, estabelecida à Rua Evaristo da Veiga, 41, sala 504, Centro, município do Rio de Janeiro/RJ. É associação efetiva junto ao Ecad.

I.2 Da Representação apresentada pela ABTA:

2. Em sua representação, juntada aos autos às f., a ABTA alega que o Ecad e as associações de direitos autorais associadas abusariam da proteção legal que lhes é conferida pela Lei 9.610/1998 (Lei de Direito Autoral) para, além de fiscalizar, arrecadar e distribuir direitos autorais, também fixarem, em acordo com concorrentes, valores abusivos a serem cobrados das operadoras de televisão por assinatura. Além disso, o Ecad impediria a constituição de novas associações, o que garantiria a estabilidade e também o bom funcionamento do suposto cartel. Por fim, a Representação descreve que o Ecad e suas associações efetivas utilizariam critérios abusivos para fixar valores de direitos autorais desconexos da realidade, com o objetivo de aumentar os lucros das pessoas físicas e jurídicas a elas associadas.

3. De acordo com a Representante, o art. 99 da Lei 9.610/1998 estabelece expressamente que o monopólio do Ecad refere-se apenas às atividades de arrecadação e de distribuição oriunda da execução pública de obras musicais, não atribuindo competência para que a instituição pudesse fixar os valores dos direitos autorais e conexos.

4. Apesar de a Lei prever a possibilidade de os autores negociarem diretamente a cobrança de direitos de suas obras, a Representante considera que, na prática, isso não aconteceria devido à dificuldade tanto do controle das diversas modalidades de uso das obras musicais, quanto da cobrança em virtude da execução pública de suas criações. Tendo em vista tais dificuldades, a única alternativa viável seria a "gestão coletiva de direitos autorais", por meio da qual as associações

representativas do setor exerceriam o papel de negociar os valores dos direitos autorais e o Ecad, por força de lei, arrecadaria e distribuiria os montantes correspondentes aos titulares dos direitos. Neste sentido, teria se manifestado o Superior Tribunal de Justiça no âmbito do REsp 155.181/GO,² afirmando que havia espaço neste setor para um “regime de livre concorrência, sendo os preços formados pela regra do mercado”.

5. No entanto, o que ocorreria na prática seria a combinação dos preços a serem cobrados para a execução pública das músicas entre as Associações Representadas no Ecad, que serviria como o – ambiente ideal para a prática colusiva. Assim, o Ecad extrapolaria as competências que lhe foram atribuídas pela Lei 9.610/1998 de arrecadação e distribuição dos valores dos direitos autorais, para também passar a fixar – conjuntamente e não baseado em critérios objetivos – os montantes a serem cobrados.

6. De acordo com a Representação: “a prática das Associações (decidindo um valor fixo a ser cobrado pelo Ecad) e a prática do Ecad (fixando um só valor de remuneração de direitos autorais com base em decisão coordenada entre as Associações, instigando a reunião para a fixação destes valores) são um cartel típico”.

7. Neste ponto, a ABTA afirma que tal conduta poderia ser comprovada pelas informações existentes no próprio sítio eletrônico do Ecad, uma vez que este órgão “calcula os valores que devem ser pagos pelos usuários de música de acordo com os critérios do Regulamento de Arrecadação desenvolvido pelos próprios titulares, através de suas associações musicais”.³ No sítio eletrônico do Ecad, também estariam disponíveis as *Tabelas de Preços do Ecad* para todos os tipos de usuários, incluindo as emissoras de televisão por assinatura (associadas à ABTA). Por fim, a análise do conteúdo das atas de reuniões do Ecad, realizadas entre 1999 a 2004, reiteraria a conclusão de que as associações fixam, em conjunto, o valor dos direitos autorais nas Assembleias Gerais.

8. Segundo a Representante, a concorrência seria possível nesse mercado, dado que haveria espaço para a negociação individual dos valores por cada associação filiada ao Ecad. De acordo com o asseverado na Representação: “não há lei alguma que garanta ao Ecad o direito de fixar valores únicos – e abusivos – a serem cobrados de forma uniforme. O art. 98 da Lei de Direitos Autorais estabelece que as Associações tornam-se mandatárias de seus associados para representar os seus direitos autorais, bem como defender a sua cobrança, *contudo não legitima a possibilidade de todas elas uniformizarem o preço a ser arrecadado e, através de uma ação coordenada, aumentar arbitrariamente o lucro das pessoas físicas e jurídicas que as compõem*” (grifo nosso).

9. A Representante considera que as características do mercado relevante em questão revelariam a presença dos requisitos essenciais para a configuração da prática de cartel, uma vez que este seria marcado por: (a) alto grau de concentração, pois há somente nove associações no Ecad, das quais seis são efetivas, sendo que duas representam a maior parcela arrecadada pela instituição;⁴ (b) elevadas barreiras à entrada, representadas pela Lei de Direito Autoral, pelo Estatuto do próprio Ecad e também pelos das Associações que foram denunciadas na Representação; e, por fim, (c) estabilidade das condições da demanda, pois os usuários de música (operadoras) são compelidos por Lei a pagar os direitos autorais ao Ecad, que é parte legítima para a sua cobrança em caso de inadimplemento dos usuários.

10. No que tange à suposta cobrança de valores abusivos, a Representante reitera que os critérios de arrecadação estabelecidos seriam disparatados e incoerentes. Não haveria, por exemplo, qualquer explicação razoável para o pagamento, pelas Operadoras de TV por Assinatura, de valores que incidem sobre parcelas de sua receita bruta, as quais não guardariam qualquer relação com a atividade de execução pública das obras audiovisuais.

11. Neste contexto, de acordo com o reiterado pela ABTA, o Ecad e as Associações que o compõem encontrar-se-iam em uma situação bastante confortável para a fixação de preços abusivos, pois apoiados em um aparente dever de monopólio, os valores fixados não poderiam ser contestados por concorrentes. A Representante afirma que desconhece quem estaria satisfeito com o critério de cobrança estabelecido pelo Ecad e pelas Associações que o compõem. Neste sentido, cita a manifestação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que reconheceu que o critério utilizado para fixação baseado em percentual da receita bruta de cada emissora evidencia exorbitância do poder conferido pela Lei de Direitos Autorais e também afronta princípios constitucionais.⁵



12. A Representante assevera também que o abuso de poder econômico pelo Ecad e pelas Associações criaria barreiras à entrada de novas associações no mercado. Tal fato dificultaria, sobremaneira, a possibilidade de questionamento dos valores arbitrados pelo Ecad em suas Assembleias Gerais. Isso porque, de acordo com o raciocínio constante da Representação, não haveria estímulo à entrada de novos empreendedores no mercado, já que os autores prefeririam contratar as gravadoras e editoras já existentes, as quais controlariam as associações mais poderosas e, por conseguinte, o próprio Ecad.

13. Conforme assevera a ABTA, existiriam outros modelos de arrecadação de direitos autorais. Neste ponto, exemplifica que, nos Estados Unidos, há mais de uma sociedade de gestão coletiva, o que, por sua vez, garantiria a concorrência neste mercado, bem como a existência de critérios justificados na fixação dos valores cobrados. Além disso, as cortes judiciais garantiriam maior regulação, reprimindo qualquer abuso de poder de mercado por parte destas sociedades.

14. A Representante afirma que as autoridades brasileiras de defesa da concorrência seriam competentes para analisar os fatos por ela denunciados na medida em que o Ecad extrapolaria as competências de arrecadação e distribuição de direitos autorais que lhe foram atribuídas pela Lei de Direito Autoral, atuando sobre a atividade de fixação de valores, em prejuízo da livre concorrência.

15. No que tange à necessidade de adoção de medida preventiva, a Representante afirma que, *in casu*, está presente a fumaça do bom direito uma vez que o Ecad é terreno fértil para a fixação uniforme dos valores dos direitos autorais pelas Associações em conluio. Ademais, estes valores definidos uniformemente seriam flagrantemente elevados e dissociados da realidade, o que revelaria seu caráter abusivo. Por fim, os critérios adotados pelo Estatuto do Ecad impediriam a existência de novas associações no mercado, evitando-se, assim, que o alegado cartel fosse contestado.

16. Já em relação à presença de *periculum in mora* na presente hipótese, a ABTA afirma que, quanto maior o tempo de espera por uma decisão final do Cade, maior seria o prejuízo concorrencial decorrente das práticas denunciadas de cartelização, de fixação de preços abusivos e de impedimento à entrada de novos concorrentes. Estes danos, segundo a Representante, seriam dificilmente compensados, mesmo com a fixação de altas penalidades pela autoridade concorrencial.

17. Com base nestas considerações, ao final de sua Representação, a ABTA requer a instauração de Processo Administrativo e a concessão de medida preventiva para determinar a cessação imediata das condutas de cartel e de fixação de preços abusivos, estabelecendo-se a concorrência no mercado e a negociação individual das associações que compõem o Ecad, efetivas e administradas, com as operadoras de televisão por assinatura.

18. A Representação da ABTA veio aos autos instruída com os seguintes documentos:

- a) Instrumento de procuração e Estatuto Social da ABTA, juntados às f. dos autos;
- b) Parecer emitido pelo Prof. Marcos Alberto Sant'Anna Bitelli, juntado às f. dos autos.
- c) Relatório da CPI instaurada pela Câmara dos Deputados em 1995, juntado às f. dos autos.
- d) Decisão do REsp 681.847 pelo STJ em 15.10.2009, juntada às f. dos autos.
- e) Tabela de preços do Ecad referente à televisão por assinatura, juntada às f. dos autos.
- f) Cópias de atas de reuniões do Ecad realizadas entre 1999 a 2004, juntadas às f. dos autos.
- g) Cópia dos artigos intitulados: "*Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico: interpretação da constituição e sugestão de alteração*" e "*The Potential Demise of Another Natural Monopoly: Rethinking the Collective Administration of Performing Rights*", juntados às f. dos autos.
- h) Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no âmbito da Ap 2006.001.69991, juntada às f. 357/378.
- i) Cópias de notícias retiradas de sítios eletrônicos diversos, juntadas às f. dos autos.
- j) Cópias de decisões das autoridades antitruste dos Estados Unidos e da União Europeia, juntadas às f) dos autos.

k) Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito constituída pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, juntado às f. dos autos.

l) Parecer emitido pela Comissão de Educação do Senado Federal elaborado a partir de Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito instituída pela Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul, juntado às f. dos autos.

m) Cópia de decisão da SDE no Processo Administrativo 08000.011187/1995-13, juntada às f. dos autos.

n) Cópias de artigos relacionados à cobrança de direitos autorais retirados de sítios eletrônicos diversos, juntadas às f. dos autos.

I.3 Das diligências realizadas pela SDE:

19. Em 19.04.2010, a SDE juntou, às f., cópia do Estatuto do Ecad e das tabelas de valores referentes a direitos autorais. Esses documentos foram obtidos no sítio eletrônico do Ecad em pesquisa realizada nos dias 16 e 19.04.2010.⁶

20. Em 21.04.2010, a SDE enviou ofícios ao Ecad e às Associações Representadas, para que apresentassem manifestação sobre os fatos suscitados na Representação da ABTA (ofícios às f. dos autos). As respostas a estes ofícios foram juntadas às f. dos autos.

21. Em 22.04.2010, a SDE enviou ofício ao Ministério da Cultura, solicitando-lhe manifestação acerca dos fatos suscitados na Representação, em especial quanto aos limites da competência do Ecad e à prática de fixação de preços em conjunto dos direitos autorais pelas Associações no âmbito do Ecad (f.). A resposta a este ofício foi juntada às f.

22. Passa-se, agora, ao relatório das manifestações tanto dos Representados quanto do Ministério da Cultura.

I.4 Das Manifestações dos Representados⁷

I.4.1 Da Manifestação da Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (“Socimpro”)

23. Em 14.05.2010, a Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais, doravante denominada “Socimpro”, apresentou sua manifestação juntada às f. dos autos.

24. De acordo com a Representada, até o início da década de 1970, existiam no Brasil duas entidades arrecadoras de valores decorrentes da execução pública musical pelos usuários, quais sejam: (a) o extinto Serviço de Defesa do Direito Autoral (“SDDA”), que congregava quatro agremiações: a SBAT, a UBC, a Sadembra e a SBACEM; e (b) a Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (Sicam), com sede em São Paulo/SP.

25. Esta dualidade de entidades, segundo a Representada, teria produzido resultados altamente negativos, uma vez que causou prejuízos tanto aos titulares dos direitos autorais quanto aos usuários de obras musicais, já que não sabiam ao certo a quem deveriam pedir autorização, a quem pagar e por qual repertório estava pagando. A fim de solucionar estes supostos problemas, a Representada afirma que, em 1973, foi instituído pelo Legislador o Escritório Central de Arrecadação, que iniciou suas atividades em 1977, reunindo à época um total de dez agremiações. Apesar de ter sido criado por Lei, a Representada afirma que o Ecad é entidade privada, sem fins lucrativos e com personalidade jurídica própria.

26. A Representada afirma que este sistema de gestão coletiva dos direitos de execução pública é adotado com sucesso em vários outros países do mundo, tais como, por exemplo, França, Itália, Alemanha, Suíça, Inglaterra, Espanha, Portugal, Países Escandinavos, Grécia, Japão, Argentina, Uruguai, Colômbia, México etc. Além disso, a Representada acrescenta que as atividades exercidas pelo Ecad estão previstas em seu estatuto social, sendo que as normas que disciplinam os procedimentos de arrecadação e de distribuição dos direitos do autor pouco diferem daquelas que são praticadas pelas associações estrangeiras.

27. A Socimpro aponta ainda para o fato de que o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 99

da Lei 9.610/1998 e também reconheceu que o Ecad é a única entidade credenciada no país a arrecadar e a distribuir os direitos de execução pública musical, atuando, portanto, de forma legítima, sem caracterizar um monopólio e muito menos um cartel. Neste mesmo sentido, segundo a Representada, também tem se manifestado a jurisprudência do STJ.

28. Por fim, a Representada afirma que a fixação do preço que será cobrado pela utilização pública da música é prerrogativa exclusiva do titular do direito autoral, exercida através do Ecad que é o legítimo mandatário das respectivas associações. Após discorrer sobre os benefícios oferecidos a quem é associado da Socimpro, a Representada solicitou que a Representação fosse considerada improcedente com o conseqüente arquivamento dos presentes autos.

29. A manifestação da Socimpro veio aos autos instruída com os documentos juntados às f.

1.5.2 Da Manifestação do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad)

30. Em 27.05.2010, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, doravante denominado "Ecad", apresentou sua manifestação juntada às f. dos autos.

31. O Representado inicia o mérito de sua manifestação afirmando que o Cade, em duas oportunidades, já teria rechaçado todas as considerações contidas na Representação da ABTA. Neste mesmo sentido também teria se manifestado o Poder Judiciário, o que evidenciaria a impropriedade do direito invocado pela Representante. Além disso, a Representação descortinaria estratégia da ABTA consistente na tentativa de escapar das condenações que lhe foram impostas pelo Poder Judiciário em virtude de suposta utilização furtiva e criminosa das obras musicais e fonogramas alheios.

32. Baseando-se no art. 99 da Lei 9.610/1998, o Representado afirma que não haveria dúvida de que o Legislador teria determinado a manutenção de um único Escritório para exclusiva arrecadação e distribuição, unificando as condições de licenças e de repertórios. Tal fato, por si só, segundo o Representado, derrubaria a pretensão da Representante de negociação e arrecadação direta com diversas associações de artistas. Este monopólio legal do Ecad, segundo o Representado, atenderia à característica e à natureza imaterial dos bens jurídicos que a ordem jurídica determinou proteger.

33. Após transcrever trecho de Luis Guilherme Marinoni, esposado em sua obra *Curso de processo civil – Teoria geral do processo* (3. ed. v. 1. São Paulo: Ed. RT, 2008), o Representado afirma que a proteção imposta pelo legislador à obra musical é justificada pelo fato de esta deter a característica de bem imaterial. Neste contexto, caso não houvesse esta proteção legal, o Representado considera que o artista individualmente não teria a mínima chance de negociar com um grande número de empresas, sem uma tabela isonômica de preços praticados coletivamente.

34. O Representado afirma que o critério de determinação de preços previsto no Regulamento de Arrecadação do Ecad é, historicamente, o mesmo desde o início das atividades do sistema de gestão coletiva desses direitos no País, sendo que a legalidade da tabela de preços praticados já fora atestada por diversas vezes por diversos entes estatais, tais como, pelo extinto Conselho Interministerial de Preços, pela própria Secretaria de Direito Econômico e também pelo Poder Judiciário.

35. O Representado listou diversos instrumentos normativos que autorizariam a fixação de preço percentual para a exibição de audiovisuais por parte do Ecad, quais sejam:

a) Lei 5.988/1973, que teria consolidado a matéria;

b) Res. 1 do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), que organizou o Ecad, conferindo-lhe a competência para atuar na execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas.

c) Res. 24 do CNDA, de 11.03.1981, que determinou no seu § 7.º que "os direitos autorais devidos pelos estabelecimentos com entrada paga serão cobrados sobre a receita bruta proveniente da venda de ingressos".

d) Res. 25 do CNDA, que homologou a cobrança percentual à razão de 3,5% para as execuções públicas musicais de radiodifusão, o que também incluem as televisões e cinemas. Posteriormente, este percentual foi reduzido para 2,5%.



e) Lei 9690/1998, editada após a desativação do CNDA em 1990: Este diploma normativo teria recepcionado os critérios de cobrança e percentuais previstos nas Resoluções do CNDA para o segmento audiovisual.

36. Assim, uma vez que o critério para determinação percentual dos valores é histórico, segundo o Representado, não haveria como concluir que este se deu através de reunião ou associação ilicitamente constituída, sendo também reconhecido tanto pelo Poder Judiciário quanto por diversas empresas usuárias, por meio de contratos e de atos de reconhecimento.

37. O Representado afirma que não seria possível concluir pela existência de abuso de poder econômico, uma vez que não há competição nem entre o Ecad e as TVs por assinatura e tampouco entre suas associações, em decorrência da vedação de lucro. Neste contexto, de acordo com o Representado, na gestão coletiva, a unificação de preços é a regra, decorrente da própria vontade legislativa, que vetou a arrecadação direta por parte das associações.

38. Além disso, o Representado considera que a experiência teria demonstrado que essa centralização seria a única maneira de proteger os artistas, mesmo porque a cobrança ou negociações individuais entre as diferentes associações seria conduta condenada e vedada no atual regime jurídico. Neste sentido teria se manifestado o STF, quando do julgamento da ADIn 2054, ao se pronunciar acerca da obrigatoriedade da gestão coletiva e unificada de direitos autorais, e ainda acerca da necessidade de centralização das atividades de arrecadação e distribuição de tais direitos por meio do exercício de prerrogativas exclusivas pelo Ecad.

39. A respeito do fato de o Ecad não realizar atividade econômica que vise lucro, o Representado afirma que não realiza prestação de serviços a consumidor, mas sim a defesa de direitos constitucionais fundamentais. Assim, de acordo com o Representado, a fixação de condições e preços ou contraprestação para autorização seria mera consequência dos atributos inerentes ao direito de ser exclusivamente o único escritório representativo do setor.

40. No que tange à suposta proporcionalidade no valor dos preços, o Representado afirma que a remuneração dos autores em sede de gestão coletiva é prévia, não sendo proporcional ao número de obras executadas, que é praticamente infinito. Neste contexto, jamais teria se concebido ou cogitado um sistema de licença autoral que permitisse a exata fixação, para efeito de retribuição, à razão do número de obras ou de disposição de canais. Daí surgiria a necessidade da gestão coletiva e da licença *blanket license*,⁸ única sistemática possível para todos os países que recepcionam a Convenção de Berna. A respeito de tal licença, o Representado considera ser a que melhor reflete o tipo de autorização que a gestão coletiva dos direitos de execução pública musical em geral confere aos usuários.

41. No que tange à suposta existência de dano concorrencial, o Representado reitera que a manutenção da gestão coletiva está autorizada por Lei, e que o Ecad e as associações representadas não possuem fins lucrativos ou se prestam à atividade econômica ou à ambição concorrencial. Neste sentido, não haveria dano concorrencial à medida que a arrecadação e distribuição ocorreriam em um único escritório. Por fim, o Representado considera que esta Secretaria não possuiria competência para a solução de questão autoral, estando a relação entre as partes regida por Legislação e estrutura jurídica própria, sendo que toda a matéria já estaria em debate no Poder Judiciário.

42. Em relação à suposta vedação de ingresso de novas associações, o Representado afirma que seu próprio estatuto, em seu art. 8.º, especifica as condições de ingresso de associação, prevendo também a possibilidade da condição de administrada. Ainda neste ponto, o Ecad afirma que, de acordo com o art. 53 do CC, pode criar categorias de associados com vantagens especiais, entre as quais incluiriam as vantagens de participação em assembleia geral. Exemplifica que mesmo instituições formadas por braços estatais, como, por exemplo, o Operador Nacional do Sistema Elétrico utilizariam desta prerrogativa para distinguir as classes de associações a ele integrantes.

43. Assim, o Representado considera que a Representação da ABTA somente teria algum sentido caso fosse possível a alguma nova associação, como a qualquer das já existentes, fazer a cobrança em apartado ou mesmo negociar ou precificar em conjunto com as TVs por assinatura. Este comportamento seria vedado na Lei, que exigiria e determinaria a manutenção da gestão coletiva.

44. O Representado afirma que a jurisprudência já teria referendado o entendimento que caberia ao Escritório Central, por meio de sua Assembleia, composta pelas associações de titulares, o direito de fiscalização e aproveitamento econômico de suas obras e não aos usuários. Para tanto, colacionou julgados os quais, no entender do Representado, ressaltariam a legitimidade tanto do Ecad em si quanto da sua condição de fixação de preço.

45. Por fim, o Representado considera que jamais teria se demonstrado qualquer ato de improbidade por parte do Ecad ou de seus representantes e também nunca teria se demonstrado qualquer indiciamento ou condenação, cível ou criminal, que possa respaldar estas acusações.

46. Ao final de sua manifestação, o Ecad faz uma síntese de suas razões e requer o arquivamento da representação em virtude da incompetência da SDE para análise e instrução do presente feito e também em decorrência da improcedência dos fatos narrados na Representação da ABTA. A manifestação veio aos autos instruída com os documentos de f.

I.4.3. Da Manifestação da Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música (SBACEM):

47. Em 27.05.2010, a Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música, doravante denominada "SBACEM", apresentou sua manifestação juntada às f.

48. No mérito, a Representada se descreve como associação civil sem finalidade de lucro, constituída para a promoção do desenvolvimento cultural e para a defesa moral e material de seus associados. Além disso, afirma que, de acordo com o Dec.-lei 34.850, de 29.12.1953, foi reconhecida como entidade de utilidade pública federal, atuando em consonância com a Constituição Federal de 1988. Atualmente, a SBACEM contaria com mais de 10.500 associados, sendo uma das associações que compõem o Ecad na forma do art. 99 da Lei 9.610/1998.

49. A Representada afirma que as atividades de arrecadação e de distribuição dos direitos autorais de execução musical, nos termos da Lei 9.610/1998, seguiria a mesma sistemática da antiga Lei 5.988/1973, sendo reservadas exclusivamente ao Ecad. Assim, as associações de titulares de direitos autorais, gênero no qual se incluiria a SBACEM, não podem exercer as funções de arrecadação e de distribuição, uma vez que tais atividades são exercidas pelo escritório centralizador das associações, mediante um estatuto, regulamentos de arrecadação e distribuição em comum.

50. A Representada afirma que as associações que integram o Ecad não combinam preços, mas fixam uma tabela comum e isonômica para o repertório que protegem. Tal conduta estaria justificada, no entender da Representada, uma vez que o repertório é compartilhado, já que "toda obra é uma, é indivisível, e a utilização da música, logicamente, exige a autorização de todos os seus titulares" (f.).

51. Nos termos da Lei 9.610/1998 e de acordo com o posicionamento jurisprudencial acerca do tema, a Representada afirma que às associações é vedada a concorrência e a arrecadação direta dos direitos que protege, sendo a atividade arrecadadora e distribuidora unificada do Ecad, razão pela qual a fixação de preços e das regras de distribuição seria decorrência necessária e lógica desta disciplina. Neste contexto, a Representada afirma que o próprio STF já teria discutido o monopólio legal do Ecad no âmbito da ADIn 2.054 e reconhecido a manutenção e a obrigatoriedade da gestão unificada coletiva por meio do exercício destas prerrogativas exclusivas pelo Ecad.

52. Quanto às condições de voto em assembleia e a integração ao Ecad, a Representada considera que a distinção entre associações administradas e efetivas foi estabelecida originariamente no Estatuto do Escritório Central, em consonância com as exigências do Código Civil (LGL 2002\400), não gerando às associações quaisquer prejuízos, uma vez que estas não concorrem entre si e nem buscam lucros.

53. De acordo com a Representada, a pretendida negociação direta entre usuários de música e associações seria impossível, dentre outras razões porque a autorização dada por uma única associação não garantiria ao usuário de música acesso às comunicações ao público das obras musicais protegidas e inseridas nas grades dos canais de conteúdo, cujo rol de músicas e fonogramas é quase infinito.

54. Por fim, a Representada afirma que os preços praticados e determinados ao Ecad pelas associações, em assembleia geral, estão em sintonia com os praticados no mundo inteiro,

atendendo a critérios objetivos e são proporcionais ao proveito econômico que o usuário da música obtém ou pretende com a exploração das obras. A Representada acrescenta também que não pratica qualquer ato ilícito, não mantém conduta arbitrária de qualquer natureza e não infringe a ordem econômica.

55. A manifestação da Representada veio aos autos instruída com os documentos de f.

I.4.4 Da Manifestação da Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes (AMAR) – Sociedade Musical Brasileira (SOMBRÁS)

56. Em 27.05.2010, a Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes – Sociedade Musical Brasileira, doravante denominada “Amar – Sombrás”, apresentou sua manifestação juntada às f. dos autos.

57. A Representada se descreve como uma associação efetiva do Ecad, sem fins lucrativos, que atualmente possui cerca de 14.000 associados titulares de direitos autorais. Argumenta que, nos termos do art. 5.º, XXVII, da CF/1988 (LGL 1988\3), foi garantida a exclusividade do direito do autor e, neste ensejo, foi editada a Lei 9.610/1998. Neste contexto, teria sido criado o Ecad, o qual é mandatário legal de seus integrantes, ou seja, das associações e, juridicamente, caracteriza-se por ser “associação de associações”. Sua arrecadação, segundo a Representada, tem por base o enquadramento no Regulamento de Arrecadação, aprovado em sua Assembleia Geral.

58. A Amar-Sombrás afirma que o Ecad é indispensável para que os próprios tutelados por sua atividade autoral tenham o benefício do cumprimento do disposto tanto na Constituição Federal (LGL 1988\3) quanto na Lei 9.610/1998. Tal fato, contudo, segundo a Representada, não constituiria um monopólio, sendo decorrente da natureza da atividade exercida nos termos da Lei e da Constituição Federal (LGL 1988\3) .

59. Por fim, a Representada afirma que o STF, o STJ e o Cade possuem decisões no sentido de legitimar a atuação do Ecad como único credenciado no país a arrecadar e distribuir os direitos de execução pública musical. Ao final de sua manifestação, solicitou o arquivamento da presente representação e a declaração da improcedência dos pedidos. A peça veio aos autos instruída com os documentos de f.

I.4.5 Da Manifestação da União Brasileira de Compositores (UBC)

60. Em 31.05.2010, a União Brasileira de Compositores, doravante denominada “UBC”, apresentou manifestação juntada às f. dos autos.

61. A Representada se descreve como uma associação civil sem fins lucrativos, fundada em 22.07.1942, tendo como objetivo a defesa dos direitos autorais de seus filiados e representados. De acordo com a Representada, seu quadro de associados seria formado por milhares de titulares que se beneficiariam da arrecadação e da distribuição centralizada de valores decorrentes da execução pública de obras musicais, literomusicais e de fonogramas. Ainda, a Representada afirma que seu repertório representa hoje cerca de 40% da arrecadação realizada pelo Ecad.

62. Após mencionar dispositivos legais aplicáveis à presente hipótese, a Representada afirma que a realização efetiva dos direitos autorais de execução pública musical só se operaria com a gestão coletiva de tais direitos, já que seria impossível supor que uma pessoa individualmente pudesse gerir seus direitos diretamente em todos os locais de frequência coletiva do país, além de cinemas, rádios e televisões.

63. Neste sentido, de acordo com a Representada, a classe autoral brasileira obteve, com a antiga Lei 5.988/1973, autorização legal expressa que permitiria o exercício deste direito através de um órgão arrecadador único, o atual Ecad. Foi também conferido a esta entidade mandato legal e plena legitimidade para atuar em nome de seus associados e Representados, inclusive em juízo. Tal contexto, segundo a Representada, teria se repetido na legislação vigente, nos termos do art. 99 da Lei 9.610/1998.

64. A Representada admite que as Associações de Titulares de Direitos Autorais, dentre elas, a própria UBC, em reunião com a Assembleia Geral do Ecad, definem, em nome dos titulares, o preço a ser cobrado e também a forma em que se dá a arrecadação e a distribuição das retribuições



autorais. Esta sistemática, no entender da Representada, estaria resguardada tanto pela Constituição Federal (LGL 1988\3) quanto pela atual Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998).

65. De acordo com a manifestação, os usuários das execuções públicas de músicas e de fonogramas musicais, ao utilizarem as obras musicais, literomusicais e os fonogramas, deveriam obedecer às regras estabelecidas pelos titulares de direitos autorais através do Ecad, obtendo a competente autorização e efetivando o pagamento do preço do direito autoral fixado por este Escritório.

66. A Representada considera que o exercício das atividades do Ecad nada mais seria do que resultado de uma atribuição exclusiva dada por Lei, com a finalidade de permitir a eficaz e efetiva arrecadação dos direitos autorais de execução pública musical, sendo o instrumento mais viável para o pleno exercício de tais direitos. Assim, não haveria que se falar na presença de uma relação de consumo, regulada pelo mercado, já que seria incompatível ao caso em tela.

67. Neste ponto, a Representada conclui que as atividades legais exercidas pelo Ecad não ofendem os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e do livre mercado, traduzindo prática verificada na esmagadora maioria dos países, nos quais a arrecadação e a distribuição dos direitos autorais decorrentes da execução pública seria centralizada em entidade única, fugindo assim da alçada da SDE qualquer interferência nas atividades do escritório.

68. Neste contexto, de acordo com a Representada, o regime de cobrança unificado das obras intelectuais jamais poderia significar uma questão de mercado e/ou concorrencial, na medida em que isso inviabilizaria o próprio exercício do direito. De acordo com este raciocínio, a Representada afirma que a música não seria um produto que está na prateleira, disponível aos consumidores para compra, através do qual o preço é estabelecido por meio de regras de mercado. Ao contrário, a Representada afirma que a música seria um bem imaterial, protegido por Lei específica, que confere prerrogativas de natureza moral e patrimonial a seus titulares.

69. Por fim, no que tange ao pedido de concessão de medida preventiva, a Representada sustentou que a adoção da medida preventiva pela SDE representaria modificação da Lei de Direitos Autorais e também possibilitaria o calote das operadoras de TV por assinatura, em prejuízo aos criadores intelectuais.

70. Ao final de sua manifestação, a Representada solicitou que fosse decretada a improcedência da representação com o conseqüente arquivamento do feito. A manifestação da UCB veio aos autos instruída com os documentos de f.

I.4.6 Da manifestação da Associação Brasileira de Música e Arte (Abramus)

71. Em 31.05.2010, a Associação Brasileira de Música e Arte, doravante denominada "Abramus", apresentou sua manifestação juntada às f. dos autos.

72. A Representada inicia sua manifestação afirmando que a matéria deduzida na Representação da ABTA já fora mais de uma vez apreciada pela SDE, sendo que em ambas as oportunidades foram arquivadas por falta de amparo legal. Nestas oportunidades, o Cade considerou que o direito autoral não seria mercadoria e que, por esta razão, a matéria não se subsumiria ao direito da concorrência e não constituiria violação à ordem econômica.

73. Além disso, a Representada afirma que não só o STF e o STJ, mas também outros órgãos do Poder Judiciário, já se manifestaram pela legalidade do monopólio detido pelo Ecad, não havendo qualquer divergência sobre a matéria em questão.

74. Ao final de sua manifestação, a Representada solicitou o indeferimento da medida preventiva e a determinação de arquivamento do feito. A manifestação da Abramus veio aos autos instruída com os documentos juntados às f.

1.6 Da manifestação do Ministério da Cultura

75. O Ministério da Cultura, por meio de sua Diretoria de Direitos Intelectuais da Secretaria de Políticas Culturais, apresentou manifestação sobre os fatos aqui suscitados, que foi juntada aos autos às f.

76. Em síntese, em sua manifestação, o Ministério da Cultura observa que os preços são acordados entre as Associações que compõem o Ecad, que representam os titulares de direitos autorais, e cobrados de forma única por meio dos fiscais do Escritório Central, sendo que, em caso de recusa de pagamento, a dívida poderá ser executada judicialmente adicionada de multa. Em relação a essa prática, o Ministério da Cultura afirmou que:

“Não obstante o Ecad opere como um monopólio na arrecadação de valores de direitos autorais, entendemos que isso não inviabilizaria a competição por preços, que poderia dar-se dentro do próprio Ecad, já que este funciona como mero instrumento arrecadador e distribuidor das Associações que o compõe. Isso por que *o fato de a Lei estabelecer que a arrecadação tenha que ser única, não significa que os valores cobrados por repertório tenham que ser os mesmos. Assim, por exemplo, uma das Associações poderia requerer ao Ecad que fizesse a cobrança de seu repertório com valores diferentes do das outras Associações, ainda que realizada de forma conjunta*, de forma que os usuários dessem preferência ao seu repertório, ao invés do repertório das outras Associações, iniciando-se a competição por preços” (f.) (grifo nosso).

77. Segundo a manifestação do Ministério da Cultura, a existência de uma concorrência de preços entre as Associações geraria ganhos de bem-estar para a sociedade. Por outro lado, o “melhor dos mundos” para as Associações seria mesmo operar utilizando o poder de monopólio, por meio de uma entidade arrecadadora única em que se acordam os preços entre as Associações participantes. Como monopolista, o Escritório arrecadador encontra uma curva de demanda para ele que é igual à curva de demanda de todo o mercado de música.

78. Além disso, o órgão critica a metodologia utilizada pelo Ecad para a determinação dos repertórios mais executados. Pelas falhas na metodologia, seria muito difícil para um novo intérprete receber quaisquer valores de arrecadação por direitos autorais inicialmente, ainda que ele possua um número razoável de execuções em rádios, constituindo-se isso uma barreira à entrada de novos intérpretes.

79. De acordo com o Ministério da Cultura, o corolário disso é que não apenas os poucos intérpretes mais executados recebem em excesso ao que receberiam em um mercado competitivo (e, portanto, possuem menos incentivos para produzirem mais e melhor), mas também, dadas as barreiras aos novos entrantes, não há muita variação na lista dos intérpretes mais beneficiados, gerando outro desestímulo pela falta de ameaça concorrencial. Dito de outra forma, não somente os novos intérpretes ficam desmotivados por encontrarem dificuldades em receber inicialmente, como também os artistas mais executados, em média, têm menos motivação, pela falta de concorrência. No longo prazo, é razoável esperar que esta situação gere (e na verdade já está gerando) consequências negativas para a produção cultural brasileira, especialmente no tocante à música, na forma de um repertório menor e mais pobre do que se esperaria, dado o potencial cultural nacional.

I.5 Da abertura de processo administrativo

80. Às f., encontra-se a Nota Técnica do DPDE que motivou a instauração do presente Processo Administrativo, acolhida pelo despacho 512 da então Secretária de Direito Econômico (f.). O presente feito foi instaurado para apurar conduta infringente à ordem econômica passível de enquadramento no art. 20, I, II, III e IV, c/c art. 21, I, II, IV, V e XXIV, ambos da Lei 8.884/1994, em desfavor de: *Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, União Brasileira de Compositores, Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais, Associação Brasileira de Música e Artes, Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes, Sociedade Brasileira de Autores Compositores e Escritores de Música e Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais.*

81. Já a medida preventiva pleiteada pela Representante foi indeferida, dado que a SDE considerou que o requisito do *periculum in mora*, necessário para a adoção de medida cautelar, não estava configurado naquele momento processual.

82. Em 22.07.2010, foram expedidas por via postal as notificações de instauração do presente Processo Administrativo para as Representadas apresentarem suas defesas no prazo legal, sob pena de revelia, nos termos dos §§ 1.º e 2.º do art. 33 da Lei 8.884/1994 (f.). Todas apresentaram tempestivamente suas defesas, que foram juntadas aos autos às f.

83. A tabela a seguir tem por objeto demonstrar a localização nos autos das notificações das Representadas bem como de suas respectivas defesas.

Tabela 1

Localização nos autos das notificações e das defesas apresentadas pelas representadas

Representado	Notificação	Defesa
Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad)	f.	f.
União Brasileira de Compositores (UBC)	f.	f.
Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (Socimpro)	f.	f.
Associação Brasileira de Música e Artes (Abramus)	f.	f.
Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes (Amar – Sombrás)	f.	f.
Sociedade Brasileira de Autores Compositores e Escritores de Música (SBACEM)	f.	f.
Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (Sicam)	f.	f.

84. Em 22.07.2010, a SDE deu ciência à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) da instauração do presente Processo Administrativo, facultando-lhe a emissão de parecer, nos termos do art. 38 da Lei 8.884/1994 (f.). À f., a SEAE/MF informou em 05.08.2010 que se reservava ao direito de não se manifestar sobre o feito.

85. Às f., a SDE juntou aos autos cópias de atas de Assembleias Gerais do Ecad, nas quais foram discutidas pelas Representadas questões relativas à fixação dos valores de cobrança pelos direitos autorais

86. Em 15.07.2011, a Representante juntou atas de reuniões do Ecad ocorridas entre 2007 e 2010, às f., em complemento às atas acostadas aos autos anteriormente.

87. Em 22.07.2010, foram juntados documentos constantes do Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito constituída na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo pelo Requerimento 371/2007 com a finalidade de investigar possíveis irregularidades praticadas pelo Ecad (f.). Dentre os papéis encaminhados ao DPDE pela Presidência da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, constam documentos que formalizam a exclusão do Ecad da Associação dos Titulares de Direitos Autorais – ATIDA (em 2005), da Associação dos Compositores e Intérpretes Musicais do Brasil – Acimbra (em 2006) e da Associação de Autores Brasileiros e Escritores de Música – Sabem (em 1999), com os respectivos relatórios de sindicância.

88. Às f., são juntadas reportagens sobre o Ecad datadas de julho de 2010, veiculadas pelo Jornal O Dia (*Polêmica no mundo da música – Órgão que arrecada os direitos autorais dos compositores pode ser extinto. Artistas dizem o que acham da medida*) e pelo Jornal O Globo (*Governo Federal mira na gestão de direitos autorais – Ministério da Cultura anuncia hoje projeto para regular o Ecad, alvo de furiosas críticas da classe artística e Ministério da Justiça investiga Ecad por cartel – Secretaria de Direito Econômico instaura inquérito contra o escritório que cobra por direitos autorais de músicas*).

89. A Representante, por sua vez, apresentou petição em 02.08.2010 (f.), requerendo a juntada aos



autos de matéria veiculada no Jornal O Estado de São Paulo em 24.07.2010, contendo entrevista concedida pelo então Ministro da Cultura Juca Ferreira, referente ao debate sobre o anteprojeto de lei que pretende alterar a Lei 9.610/1998 (f.). A Representante destacou trechos em que o então Ministro afirma que o Ecad “cobra de poucos, às vezes beirando a extorsão” e que “há mais de 10 mil processos na Justiça em relação ao direito autoral, o que mostra que estamos falando de um sistema enfermo”, *bem como a menção à necessidade de transparência nas atividades do Ecad.*

I.6 Das defesas apresentadas pelas Representadas⁹

I.6.1. Socimpro

90. *Em 30.08.2010, a Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (Socimpro) apresentou defesa juntada às f. dos autos.*

91. *No mérito, a Representada repisa em sua defesa tudo o quanto argumentado em sua manifestação anterior nos autos. Acrescenta que o sistema de gestão coletiva seria uma “imposição, sem a qual a arrecadação e a distribuição dos direitos autorais de execução pública se tornaria inviável” em qualquer lugar do mundo.*

92. *Assevera que o estabelecimento de diferentes tabelas de preços por cada uma das associações filiadas ao Ecad seria “impraticável”, embasando seu argumento nos exemplos de obras que envolvessem titulares de direitos filiados a diferentes entidades e de donos de estabelecimentos ou outros locais de frequência coletiva que não teriam como selecionar previamente as obras musicais, literomusicais e os fonogramas que iriam disponibilizar a seus clientes e frequentadores.*

93. *A Representada também rechaça a acusação de que o Escritório Central impediria o surgimento de novas entidades de gestão coletiva, uma vez que não teria o poder de sobrepor-se ao direito constitucional de livre associação. Ademais, argumenta que as associações do gênero que surgiram após a fundação do Ecad não teriam sido impedidas de filiarem-se como administradas, afirmando que os titulares de direitos autorais são livres para se associar a qualquer entidade do tipo sem que jamais tenham deixado de receber seus direitos. Relata que o Ecad apenas afastou de seus quadros entidades que comprovadamente praticaram “atos ilegais, que comprometam a idoneidade e atentem contra a boa convivência societária”, tendo sido assegurado amplo direito de defesa a essas associações.*

94. *Na sequência, a Socimpro argumenta que a acusação de critérios abusivos na fixação de preços para o uso das obras partiria de “usuários que representam uma inexpressiva minoria daqueles atualmente cadastrados no Ecad”.*

95. *A Representada protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, sem, contudo, especificar as de seu interesse. Por fim, solicita que seja julgado insubsistente e arquivado o presente Processo Administrativo.*

96. *A peça de defesa veio aos autos instruída com os seguintes documentos, juntados às f.: (a) faturamento da empresa em 2009; (b) total de tributos pagos no exercício de 2009; (c) qualificação dos administradores atuais e ao tempo da suposta infração.*

I.6.2. Ecad e Abramus

97. *Em 06.09.2010, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad) e a Associação Brasileira de Música e Artes (Abramus) apresentaram defesas idênticas, juntadas respectivamente às f. dos autos. Por este motivo, em homenagem aos princípios da economia processual e da eficiência que devem reger os atos da Administração Pública, suas peças serão analisadas conjuntamente.*

98. *Iniciam-se as defesas afirmando que a premissa da qual partiu a ABTA de que “o modelo de gestão coletiva refere-se, especificamente, à arrecadação e à distribuição dos direitos autorais e não à fixação dos seus valores” induziu a SDE a erro por ter subvertido as decisões judiciais que citou em sua Representação, uma vez que, em ambas, o STJ teria declarado o Ecad vencedor das ações.*

99. *As Representadas afirmam que a Assembleia Geral é o órgão deliberativo máximo do Ecad, o qual seria investido com a prerrogativa estatutária de fixar preços, gozando de competência privativa*

para estabelecer normas gerais de cobrança, reajustes e alterações. Argumentam que a deliberação conjunta seria o papel de qualquer órgão colegiado e que, ao dar efetividade às precificações votadas por seus associados, o Escritório estaria a cumprir sua atribuição institucional e legal.

100. As entidades em questão rechaçam o quanto declarado pelo Ministério da Cultura nos autos de que não haveria “relação entre o preço pago pelo usuário e o valor econômico do repertório” (f.), argumentando que a frequência de execução de um dado repertório não seria ditada pelo preço, mas por fatores subjetivos e intangíveis como tendências culturais e modismos.

101. Asseguram que a solução brasileira de cobrança dos direitos autorais seria referência mundial, vigorando em outros países nos quais os titulares têm como contrapartida da utilização de suas obras “um crédito a uma remuneração contra o ente de gestão”. Assim, aduzem que o critério único de precificação não atenta contra a livre concorrência, levando-se em consideração não ser possível conseguir várias autorizações prévias de reprodução no caso de coautores, editoras e das associações a que estivessem vinculados.

102. Como evidência de não ser a atividade de fixação de preços no âmbito do Ecad um tipo de cartelização, as Representadas citam o caso da reclassificação de obras de *background*,¹⁰ executadas em programas veiculados na televisão, no qual o Escritório Central, através de discussões e fixações conjuntas, teria reduzido os preços relativos aos “pontos cheios” em frações, por entender não ser justa a cobrança do mesmo valor da reprodução da música inteira. Ressaltam, neste ponto, a existência de divergências registradas em ata entre as associações em relação a valores e critérios fixados conjuntamente como prova de que as ora Representadas ostentariam “posições autônomas e antagônicas”, o que, supostamente, excluiria a possibilidade de conluio entre elas.

103. Finalizando, afirmam as Representadas que a ABTA sempre teve ciência de que o Ecad delibera sobre os preços cobrados das emissoras de televisão, sendo contraditório vir somente agora perante as autoridades de defesa econômica dizer que inexistente competência legal para a Representada praticar tal ato.

104. As Representadas não mencionam se desejam produzir provas no âmbito do presente Processo Administrativo. Por fim, requerem que o feito seja arquivado.

I.6.3. UBC

105. Em 24.09.2010, a Representada União Brasileira de Compositores (UBC) apresentou sua defesa juntada às f. 3810/3837 dos autos.

106. No mérito, a Representada reproduz praticamente na íntegra¹¹ sua manifestação apresentada perante a SDE anteriormente à instauração do presente Processo Administrativo em 31.05.2010 (f.), a qual já foi devidamente relatada nesta nota técnica.

107. A peça de defesa veio aos autos acompanhada dos documentos juntados aos autos às f. A Representada protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, sem, contudo, especificar as de seu interesse. Por fim, solicita que seja rejeitada a Representação, arquivando-se o presente Processo Administrativo.

I.6.4. Sicam

108. Em 29.09.2010, a Representada Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (Sicam) apresentou sua defesa juntada às f. dos autos.

109. A Representada se descreve como uma associação sem fins lucrativos “que congrega titulares de direitos do autor e dos que lhe são conexos”. Afirma que “por força da lei e do estatuto social, a Sicam se encontra obrigada a deliberar as normas de arrecadação e distribuição de direitos autorais conjuntamente com as demais associações que compõem o Ecad”, sendo que “quando os titulares de direito autoral e dos que lhe são conexos se filiam em uma das associações (...) anuem com todas as normas e procedimentos que tornam o sistema funcional. Inclusive a fixação de preços pela utilização de obras e fonogramas”.

110. Alega a Representada que o direito das associações fixarem valores de direitos autorais em

conjunto estaria amparado pelo art. 5.º, XXVII e XXVIII, da CF/1988 (LGL 1988\3) , pelo art. 98 da Lei de Direitos Autorais e por seus estatutos. Aduz que o Poder Judiciário teria admitido que o dever de fixar os valores é dos titulares de direito representados pelas associações, transcrevendo a decisão do STJ relativa ao REsp 723.691/MG. Afirma que já teria sido reconhecido pelo Judiciário, inclusive que “a gestão conjunta dos direitos autorais necessariamente conduz à fixação conjunta de valores”.

111. Na sequência, afirma que o próprio DPDE teria reconhecido no Processo Administrativo 08000.002511/97-19 a “inexistência de mercado relevante afetado”, sendo que o Conselheiro-relator do feito no Cade também teria determinado “o arquivamento do processo por entender que a atividade de recolhimento de direitos autorais exercida pelo Ecad não afeta nenhum mercado e, assim, escapa do âmbito de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência”.

112. A peça de defesa veio aos autos instruída com os seguintes documentos, juntados às f.: (a) faturamento da empresa em 2009; (b) total de tributos pagos no exercício de 2009; (c) qualificação dos administradores atuais e ao tempo da suposta infração; (d) estatuto da Sicam; e (e) ata de reunião da diretoria da Sicam. A Representada não menciona se deseja produzir provas no âmbito do presente Processo Administrativo. Por fim, solicitou o arquivamento do feito.

I.6.5. Amar – Sombrás

113. Também em 29.09.2010, a Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes (Amar-Sombrás) apresentou sua defesa juntada às f. dos autos.

114. No mérito, a Representada também reproduz praticamente na íntegra sua manifestação apresentada perante a SDE anteriormente à instauração do presente Processo Administrativo em 27.05.2010 (f.), que já foi devidamente relatada nesta nota técnica. Acrescentou o argumento de que não se pode falar em infração à ordem econômica na fixação conjunta dos contudo, especificar as de seu interesse. Por fim, solicita que seja rejeitada a Representação, arquivando-se o presente Processo Administrativo.

115. A peça de defesa veio aos autos acompanhada dos documentos juntados aos autos às f. A Representada não menciona se deseja produzir provas no âmbito do presente Processo Administrativo. Por fim, solicitou o arquivamento do feito.

I.6.6. SBACEM:

116. Em 14.10.2010, a Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música (SBACEM) apresentou petição na qual solicitou que a sua primeira manifestação nos presentes autos fosse considerada como sua peça de defesa. A referida manifestação de f. já foi devidamente relatada na presente nota técnica.

I.7 Do saneamento

117. Resumidamente, as Representadas suscitaram em suas defesas as seguintes preliminares:

- a) Incompetência do SBDC para apreciar condutas envolvendo os direitos autorais;
- b) Violação ao Texto Constitucional por parte da SDE ao interferir na propriedade privada do titular de direitos autorais, por meio da:
 - i) Violação à garantia constitucional da liberdade de associação (inc. XVIII do art. 5.º da CF/1988 (LGL 1988\3));
 - ii) Interferência da SDE na Propriedade Privada do Titular de Direitos Autorais (incs. XXVII e XXVIII, b, do art. 5.º da CF/1988 (LGL 1988\3));
- c) Impossibilidade de imputação de cartel;
- d) Inaplicabilidade da Lei 8.884/1994; e
- e) Incompatibilidade da prática investigada com a prerrogativa do titular de direitos autorais de autorizar a utilização de sua obra.



118. Todas essas preliminares foram pormenorizadamente analisadas na Nota Técnica de Saneamento do DPDE constante às f., que foi acolhida pelo Despacho 156 da então Secretária Interina de Direito Econômico (f.), publicado no *DOU*. em 23.02.2011. As preliminares suscitadas pelas Representadas foram indeferidas por falta de amparo legal.

I.8 Das demais manifestações e atos instrutórios constantes nos autos

119. Às f., consta ofício datado de 13.10.2010, enviado à Diretoria de Direitos Intelectuais do Ministério da Cultura, no qual o DPDE solicita que seja apresentada manifestação sobre: (a) quais critérios usados pelo Ecad para a cobrança de direitos autorais são considerados abusivos e/ou desarrazoados pelo órgão, justificando cada; e (b) quais as principais distorções e problemas que o Ministério da Cultura identifica no processo de fixação dos preços dos direitos autorais.

120. Em resposta, acostada aos autos às f. na data de 18.11.2010, o Ministério da Cultura informa que “não possui competências legais para supervisionar Associações de gestão coletiva”, de forma que só possui informações que estão disponíveis ao público em geral. De toda forma, exemplifica que as emissoras de televisão poderiam pagar por execução, dado que possuem o controle de todos os fonogramas executados em seus programas, não havendo assim justificativa plausível para a exigência do pagamento pelo percentual de suas receitas brutas. Quanto às distorções e problemas, o órgão aponta que não há garantias de que o preço cobrado dos usuários “seja o mesmo, ou mesmo próximo, do preço que teoricamente deveria ser cobrado em um mercado perfeitamente competitivo com todas as consequências decorrentes, como perda de bem-estar para a Sociedade”.

121. Às f. constam ofícios de igual teor datados de 14.10.2010 enviados pela SDE à Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) e à Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT). São requisitadas as seguintes informações: (a) quais são os critérios utilizados pelo Ecad para a cobrança dos direitos autorais de seus associados; (b) se os referidos critérios foram negociados previamente por eles com as associações gestoras do Ecad; (c) no caso das emissoras de rádio, se os critérios de cobrança de direitos autorais pelo Ecad guardam relação com as características da música executada; (d) se acreditam que os critérios aplicados pelo Ecad para seus associados resultam em tratamento discriminatório entre as diferentes emissoras de rádio, justificando a resposta; e (e) no caso da televisão aberta, como é feita a contratação dos direitos de sincronização (inserção) de obras musicais na produção de seu conteúdo.

I.8.1. Resposta da Abert

122. Em 24.11.2010, a Abert apresentou sua resposta, juntada às f. dos autos, na qual explica de início que congrega em seus quadros tanto empresas de radiodifusão na modalidade sonora (rádio) quanto na de sons e imagens (televisão), sendo que o Ecad utiliza critérios diferenciados para realizar a cobrança da retribuição autoral, enquadrando cada modalidade nos critérios e valores por ele estabelecidos unilateralmente em suas assembleias gerais, “sem qualquer participação dos usuários”. Explica que o único formato de licença oferecido pelo Ecad é o *blanket license*.

123. Esclarece que as emissoras de televisão contratam diretamente com o Ecad desde 1992, sendo que estes contratos sempre foram celebrados na forma de pagamentos mensais com preços fixos, que não guardavam relação com o faturamento de cada empresa. Entretanto, recentemente, o Ecad estaria se negando a renovar tais tipos de contrato, tentando impor o pagamento da retribuição autoral em valores calculados sobre o faturamento das emissoras (2,5%) não podendo ser inferior a dois salários mínimos, sem dar margem a qualquer negociação com a ABERT e/ou suas associadas. Além disso, estaria “pleiteando das emissoras grande aumento dos valores pagos, sem que tenha ocorrido qualquer alteração na relação entre as partes que justifique o aumento”, motivo pelo qual algumas delas recorreram ao Judiciário.

124. A Abert esclarece que a contratação dos direitos de sincronização de obras musicais na produção do conteúdo das emissoras de televisão aberta “é regulada por autorizações prévias e específicas concedidas de forma direta pelos titulares de direitos autorais”, ou seja, as editoras musicais – que negociam e recolhem a retribuição autoral diretamente, sem ingerência das associações a que estão vinculadas – ou os próprios titulares dos direitos, conforme autorizado pela Lei de Direitos Autorais. Porém, mesmo nesta última hipótese, estaria a emissora submetida à *blanket license*, sendo compelida pelo Ecad ao pagamento da integralidade do preço por ele fixado.

125. Em relação às suas associadas executantes do serviço de radiodifusão sonora, a Abert atualmente mantém convênio com o Ecad para o cálculo da retribuição autoral cujos critérios são adotados unilateralmente pelo Ecad, sendo baseados: (a) na tabela de preços definida pelo Ecad, com a observância da tabela de categoria socioeconômica, levando em consideração as faixas de potência nominal do transmissor, a população atingida e a classe sócio-econômica do município onde está instalada a rádio; ou (b) no equivalente a 5% da receita bruta da emissora – critério este não utilizado para suas associadas por serem considerados uma forma de cobrança “abusiva junto aos entes que dependem da música para desempenhar suas atividades essenciais”. Segundo a associação, o Ecad tem tentado cobrar o pagamento de direitos autorais pelas transmissões e/ou retransmissões através da internet da seguinte forma: se for simultânea (*simulcasting*), cobra-se 10% do valor mensal bruto devido pela emissora pela transmissão convencional (*broadcasting*); se for programação disponibilizada somente por este meio (*webcasting*), é cobrado 7,5% da receita bruta obtida no site da emissora, ressalvado o valor mínimo correspondente a 50 UDAs¹² – cobrança esta que vem sendo refutada pelas associadas da Abert por não considerar a capacidade de transmissão do site, tampouco as características da programação ofertada.

126. Assim sendo, as formas de cobrança de direitos autorais das rádios não guardam relação com as características da música, exemplificando a Abert que tanto uma emissora que transmita primordialmente notícias quanto uma que se dedique à música erudita¹³ devem submeter-se aos mesmos parâmetros de cobrança impostos a emissoras dedicadas integralmente a transmissão de músicas, incluindo os “ *hits de sucesso do momento*”. Assim, a associação esclarece que os critérios utilizados para a cobrança não correspondem à efetiva utilização das obras do repertório do Ecad pelas emissoras.

127. Por fim, a Abert pondera que, embora acredite que o Ecad não detenha o monopólio para fixar os preços dos direitos autorais, se assim for considerado ao fim deste processo, é importante estabelecer limites e parâmetros para a definição desses valores, protestando pela necessidade do Ecad negociar com os usuários e suas associações.

I.8.2. Resposta da Abra

128. A Abra iniciou sua resposta, juntada às f. dos autos, informando que foi fundada pelas emissoras de TV Bandeirantes e Rede TV!, congregando atualmente emissoras de rádio e televisão em todo o território nacional. Na sequência, informa que o critério utilizado pelo Ecad para a cobrança de direitos autorais dos seus associados é um percentual sobre a receita bruta das empresas: (a) no caso das TVs abertas, o percentual é de 2,5%, respeitado o valor mínimo de dois salários mínimos; (b) das rádios, é cobrado 5%; e (c) das TVs por assinatura, percentual de 2,55%. Dessa forma, salienta que o preço cobrado pelos direitos autorais “não guarda qualquer proporção ou correlação com a quantidade de obras musicais inseridas na programação”. Ressalta que os critérios utilizados foram decididos unilateralmente pela entidade arrecadadora sem que fossem negociados previamente com a ABRA ou com seus associados.

129. Contextualiza a cobrança de direitos autorais no Brasil relatando que, quando o Ecad foi criado, embora já existisse uma tabela de preços, esta não era aplicada às empresas de radiodifusão “que negociavam acordos individuais com o Ecad em condições diferentes”. Tais contratos previam valores fixos mensais, com reajustes anuais por índices inflacionários e com validade limitada no tempo (usualmente até quatro anos). Ao fim deste prazo, surgia nova demanda por aumento dos preços sob pena de se negar autorização para exibição pública o que, segundo a Abra, levava o radiodifusor a sucumbir ao modelo de percentagem sobre sua receita bruta, uma vez que os aumentos dos valores fixos eram progressivos e exponenciais. Assim, relata que “o Ecad deixou de renovar os acordos e passou a recusar negociações individuais em bases razoáveis com a maioria esmagadora dos usuários, bem como a exigir a aplicação da Tabela de Preços”.

130. A ABRA responde afirmativamente à questão de considerar que os critérios aplicados pelo Ecad para seus associados resultam em tratamento discriminatório entre as diferentes emissoras de rádio, acrescentando que o mesmo ocorre no caso das emissoras de televisão aberta e canais de TV por assinatura, “em razão da adoção de critério único para agentes econômicos em situações completamente diferentes”, uma vez que “os preços praticados pelo Ecad são calculados apenas com base na receita bruta dos usuários, descartando completamente o efetivo uso dos direitos”. Exemplificando a situação de emissoras de rádio com programação de cunho eminentemente jornalístico contraposta à daquelas que são essencialmente transmissoras de música, afirma que “a

cobrança de valores em patamares equivalentes a usuários tão diferentes estabelece vantagem competitiva artificial para alguns”.

131. Explica que a contratação de direitos de sincronização de obras musicais na produção do conteúdo da televisão aberta é feita por negociação direta com os titulares dos direitos autorais e/ou suas editoras/associações sem qualquer interferência do Ecad, corroborando o já exposto pela Abert nos autos. Conclui que isto indicaria não haver óbice para que tal modelo de negociação direta fosse aplicado para fins de execução pública, o que traria vantagens ao autor (que seria mais bem remunerado) e aos radiodifusores (que pagariam menos do que pelo critério de faturamento e teriam maior controle sobre seus gastos).

132. Por fim, juntou aos autos o Regulamento de Arrecadação do Ecad e sua Tabela de Preços, com o enquadramento dos usuários e das utilizações musicais (f.).

133. Em 28.12.2010, a Abra complementou sua resposta, juntando nova petição às f. dos autos. Inicia afirmando ser o presente Processo Administrativo diferente de outros em desfavor do Ecad já julgados pelo SBDC, especialmente porque neste estão no polo passivo também as Associações efetivas cujas condutas imputadas especificamente a elas nunca foram objeto de pronunciamento do Cade. Alega que posições adotadas nos casos anteriores entidades sem fins lucrativos são passíveis de responsabilização antitruste e que os direitos autorais, mesmo sendo bens móveis intangíveis, são passíveis de valoração econômica. Na sequência, apresenta considerações acerca dos direitos autorais e do mercado relevante.

134. A ABRA afirma que “a intervenção do Ecad (por meio de acordo ilegal entre as Associações Efetivas) sobre a formação de preços dos direitos autorais musicais que deveriam resultar da interação livre entre oferta e demanda” configuraria prática restritiva da concorrência. Saliencia que o estabelecimento de tabelas de preços por associações vem sendo considerado pelo SBDC ilícito concorrencial.

135. A ABRA alega que a “estrutura do Ecad é claramente baseada no tratamento não isonômico das associações que o compõem”, o que não seria permitido pela Lei de Direitos Autorais, vez que esta estabelece que o escritório será “dirigido e administrado pelas associações que o integrem”, sem previsão de distinção de qualquer espécie. Afirma que as prerrogativas garantidas às associações efetivas pelo estatuto do Ecad (como participação na assembleia geral, fiscalização e participação no patrimônio da entidade) configuram infração concorrencial “ao outorgar artificialmente vantagens competitivas a alguns agentes e, ao mesmo tempo, dificultar a atuação de outros e a entrada de novos concorrentes”, especialmente de associações de pequeno porte que não teriam como se adequar aos critérios estabelecidos para ingresso no Ecad, criticando também a imposição de que novas associações tenham que pagar um “valor mínimo” por ele decidido, sob pena de ter a administração de seu repertório suspensa.

136. A ABRA reforça a necessidade de que os valores cobrados serem relacionados à quantidade dos direitos efetivamente utilizados, sendo que um critério de cobrança baseado na receita dos usuários deveria levar em consideração apenas a parte da receita gerada pela efetiva utilização dos direitos autorais musicais. Para embasar suas alegações, cita como precedentes decisões em ações movidas por grandes emissoras de televisão em desfavor do Ecad nas quais o Judiciário reconheceu a possibilidade de negociação direta dos usuários com os titulares, a impossibilidade de cobrança dos direitos autorais em bases genéricas e o abuso da fixação de preço pelo escritório com base em percentual da receita bruta de cada emissora.

137. Por fim, a ABRA requer sua admissão nos autos na qualidade de co-Representante. A petição veio acompanhada de vinte e um documentos, os quais foram acostados aos autos às f.

138. À f. consta o Despacho 014 da Coordenadora Geral da CGSI, publicado no *DOU*. em 10.05.2011, que deferiu a admissão da Abra na qualidade de terceiro interessado no Processo Administrativo em epígrafe, nos termos do art. 5.º, VI, da Portaria MJ 456/2010.

I.8.3. Resposta da FENEEC

139. Às f. consta ofício enviado em 14.10.2010 à Federação Nacional das Exibidoras Cinematográficas – FENEEC, no qual o DPDE requisita as seguintes informações: (a) quais são os critérios utilizados pelo Ecad para a cobrança dos direitos autorais de seus associados; (b) se os



referidos critérios foram negociados previamente com as associações gestoras do Ecad; e (c) se acredita que os critérios aplicados pelo Ecad para seus associados resultam em tratamento discriminatório entre as diferentes exibidoras cinematográficas, justificando a resposta.

140. Em 05.11.2010, a FENEEC apresentou sua resposta, juntada às f. dos autos, na qual afirma que um dos maiores entraves das atividades das empresas exibidoras cinematográficas no Brasil é a “dificuldade de se chegar a um consenso sobre a remuneração dos direitos de comunicação ao público de obras musicais que fazem parte das trilhas sonoras dos filmes exibidos pelo cinema”, principalmente devido à “intransigência do citado Ecad em estabelecer uma negociação com critérios equilibrados”. Explica que antes da existência do Ecad, os direitos autorais sobre as trilhas sonoras eram fixados por lei¹⁴ e tinham um critério semelhante ao praticado em outros países, pagando-se 0,5% sobre a receita de bilheteria. Apresenta tabela com as alíquotas cobradas por direitos autorais de empresas de exibição cinematográfica em outros países da América Latina, evidenciando ser o Brasil o que possui as mais caras. Alega que tal “descolamento dos preços” teria gerado um contencioso no país “decorrente da não abertura para negociação com a classe musical”. No seu entendimento, o Ecad exerce “um monopólio de fato não previsto na Lei autoral, uma vez que caberia às sociedades representantes de autores e titulares o direito de fazer a gestão autoral”. Relata que, para adesão ao sistema de arrecadação, o exibidor deve “subscrever contratos de autorização, por prazos determinados, com regras e reconhecimentos de situações jurídicas não adequadas, de modo a impedir qualquer questionamento futuro da legalidade das atividades do Ecad”, sendo que multas e outras obrigações não previstas em lei seriam adicionadas a estes instrumentos.

141. Respondendo diretamente às perguntas constantes do ofício enviado pelo DPDE, informa que o critério de cobrança de direitos autorais utilizado pelo Ecad para seus associados é de 2,5% da receita bruta ou, por parâmetro físico, 2,70 UDAs por cada 10 m² por mês, sendo que “não foram negociados pelos exibidores e nem são objeto de estudo técnico ou qualquer metodologia” e são considerados abusivos pela FENEEC. Relativamente à discriminação entre seus associados, a Federação explica que esta ocorre à medida que a “incidência igualitária sobre o faturamento bruto dá tratamento igual a exibidores que tem situações de custos diferentes”.

I.8.4. Manifestações da Representante

142. Em 11.11.2010, a Representante apresentou manifestação, juntada às f. dos autos, sobre os argumentos trazidos pelas Representadas em suas defesas. Resumidamente, opõe-se ao quanto alegado a respeito da suposta incompetência do SBDC para analisar o presente caso e à utilização de exemplos de processos administrativos nos quais o Ecad figurava no polo passivo anteriormente arquivados pelo SBDC como forma de reforçar tal argumento, já que estes não correspondem mais ao entendimento recente do Cade sobre a possibilidade de responsabilização de associações e sindicatos sem fins lucrativos por seu envolvimento em condutas lesivas à livre concorrência. Descarta o argumento de que a interferência do SBDC feriria o direito de associação constitucionalmente garantido, ressaltando que o Estado estaria intervindo *in casu* sobre a economia, defendendo o princípio constitucional da defesa da concorrência.

143. A Representante reafirma a viabilidade da negociação direta com as associações de titulares separadamente, destacando que o que sugere não é a negociação individual com cada artista, como faz parecer as defesas – o que, de fato, seria de difícil operacionalização. Defende que as operadoras de TV por assinatura não precisariam obter a autorização prévia dos autores, uma vez que esta já foi “dada no momento da produção da obra audiovisual na qual está inserida a música – antes do ato de execução pública audiovisual” e que o modelo de licença cobertor utilizado não seria a única sistemática possível de cobrança, sendo que cada associação poderia muito bem determinar uma autorização desse tipo para seus repertórios e negociar individualmente com as operadoras os valores a serem cobrados ao invés de se ter a “união de todos os repertórios em uma só *blanket license*”, o que equivaleria a um tabelamento de preço.

144. No que tange às condutas imputadas às Representadas, a ABTA ressalta que o Conselheiro-relator do Processo Administrativo 08000.011187/1995-13 afirmou em seu voto que, na hipótese do monopólio exercido pelo Ecad ser usado como “instrumento para alavancar poder de mercado em outros segmentos”, haveria conduta anticoncorrencial. Nesse sentido, a ABTA salientou que as associações que integram o Ecad possuem dentre seus associados empresas com finalidade de lucro e poder de mercado, como grandes produtores fonográficos e editoras musicais.

145. Relativamente à acusação de fechamento do mercado, pondera que “não é certo dizer que só deve existir competição quando existe atividade lucrativa. Entidades sem fins lucrativos podem competir entre si para oferecer o melhor serviço ou o melhor produto a seus consumidores/associados, sem que isso signifique que contabilizarão mais lucros”. Evoca o observado pela Comissão Nacional de La Competência (CNC) “autoridade antitruste espanhola – em informe sobre gestão coletiva publicado em dezembro de 2009: ¹⁵ “estão presentes [no setor] as barreiras de entrada legais na Lei de Propriedade Intelectual e as barreiras de entrada estratégicas que as entidades de gestão estabeleceram em um ambiente regulatório que não contesta seu elevado poder de mercado”. ¹⁶ A ABTA menciona ainda que a autoridade antitruste espanhola considera ser possível um modelo mais favorável à concorrência na gestão coletiva de direitos autorais, sendo que a pressão concorrencial permitiria aos mecanismos de mercado organizarem esta atividade de prestação de serviço de forma otimizada. Por fim, “diante da confirmação pelas associações e pelo Ecad de que o preço é fixado em Assembleia, de forma conjunta”, a Representante requisita a condenação das Representadas.

146. Em 29.11.2010, a Representante juntou nova manifestação às f. dos autos afirmando que “o Ecad já possui meios suficientes para identificar e controlar o quanto exatamente seu repertório foi utilizado”, sendo que esses meios já são utilizados para a distribuição dos valores devidos a cada Associação, o que viabiliza a negociação individual entre os usuários e estas entidades representativas a respeito dos preços pelos seus repertórios. A ABTA afirma que o *Escritório disponibiliza para todas as emissoras de rádio o software Ecad. EC_Rádio, capaz de identificar todo o repertório utilizado pelas emissoras em sua programação musical e fornecer informações acuradas para a distribuição das retribuições autorais, conforme consta em seu site.*¹⁷ *In verbis:*

“Com o Ecad.TEC_Rádio, você administra e controla a programação musical da sua rádio de maneira simples e prática. Com ele, você poderá cadastrar as músicas utilizadas na sua programação, criando o seu próprio banco de dados, e ainda poderá montar a programação musical diária definindo as músicas, a sequência e o horário de execução. O programa fornece também relatórios de consulta das músicas e da programação musical cadastradas. E o melhor: com muita rapidez e praticidade, através da função ‘Exporta Programação’, envia para o Ecad, via Internet, o arquivo com toda a programação musical da sua emissora, com melhor qualidade de informações, garantindo assim uma distribuição mais precisa dos direitos autorais.”

147. Prossegue asseverando que também para a televisão já há meios para identificação da programação musical, uma vez que hoje as operadoras fornecem ao Ecad relatórios mensais indicando as músicas utilizadas, pelos quais se pode identificar o autor da obra e a associação a que está filiado. Para exemplificar o quanto afirmado, a Representante apresentou CD contendo tais relatórios mensais encaminhados por operadoras em agosto de 2010, tendo solicitado tratamento confidencial para essa mídia por conter informações estratégicas a respeito da programação musical da operadora. O DPDE atendeu a solicitação, tendo sido a mídia juntada em apartado confidencial.

148. Diante do exposto, conclui a ABTA ser possível determinar o volume do repertório utilizado por cada usuário, sendo factível a implementação da negociação individual.

149. Em 27.12.2010, a Representante apresentou nova petição (f.) requerendo a juntada de atas e documentos públicos complementares relativos a Comissões Parlamentares de Inquérito e Audiências Públicas que discutiram valores e os critérios utilizados pelo Ecad para a cobrança de direitos autorais que o Ministério da Cultura sugeriu que o DPDE analisasse para fins de instrução do presente feito. Tais documentos foram acostados aos autos na seguinte sequência: (a) documentos relativos à Audiência Pública realizada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal em 2010 (f.); (b) documentos relativos à Audiência Pública realizada pelo Senado Federal em 2008 (f.); e (c) documentos da CPI instaurada pela Assembleia Legislativa de São Paulo em 2008 (f.).

I.9 Intimação para Produção de Provas:

150. Em 06.05.2011, foi publicado o Despacho 013/11 da Coordenadora Geral da CGSI, intimando as Representadas para a especificação das provas que pretendiam produzir, justificando sua necessidade, no prazo de cinco dias, a ser contado em dobro (f.).

151. Todas as Representadas atenderam a intimação e informaram que não tinham mais provas a produzir, ressaltando, entretanto, que poderiam requerer a produção de prova documental

suplementar superveniente, caso necessário. No entanto, nenhum pedido de prova suplementar veio aos autos até a presente data.

I.10 Encerramento da fase instrutória

152. Às f., consta nota técnica deste Departamento sugerindo o encerramento da instrução processual do presente feito. Em despacho datado de 23.05.2011 e publicado no DOU do dia seguinte, o Sr. Secretário de Direito Econômico acolheu os termos da mencionada nota técnica, determinando aos Representados que apresentassem suas alegações finais, nos termos do disposto no art. 39 da Lei no 8.884/1994 (f.).

153. Todos os Representados apresentaram tempestivamente suas alegações finais, nas quais reiteraram os argumentos já feitos em suas outras manifestações nos autos.

154. O Ecad e a Associação Brasileira de Música e Artes (Abramus), em suas alegações finais, mencionaram o art. 3.º da já revogada Resolução CNDA 24/81, que instituiu o sistema de tabela única de valores para defender que o Ecad tem o poder de fixar normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança. Além disso, defenderam que o controle do número de associações existentes é essencial de forma que o Ecad “tem o dever de zelar para que a proliferação desordenada de associações não inviabilize a própria estrutura do sistema de gestão dos direitos autorais nele centralizado” (grifo no original).

155. Este é o relatório.

II. ANÁLISE DO MÉRITO

II.1 Das condutas investigadas

156. De acordo com o definido na nota técnica de instauração do presente Processo Administrativo, as seguintes condutas são aqui investigadas: (a) possível formação de cartel entre o Ecad e as Associações efetivas que o compõem que fixariam em conjunto o valor dos direitos relativos à execução pública das obras musicais, literomusicais e dos fonogramas; e (b) abuso de posição dominante por parte do Escritório Central por meio da criação de dificuldades à constituição e ao funcionamento de associações representativas de titulares de direitos autorais.

157. As práticas investigadas são passíveis de enquadramento no art. 20, I a IV, e art. 21, I, II, IV, V e XXIV, da Lei 8.884/1994. Esses dispositivos legais estabelecem que:

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (...)

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

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

I – fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II – obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

(...)

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

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



(...)

XXIV – impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.”

158. Considerando que as práticas investigadas referem-se ao direito autoral e às questões relativas à gestão coletiva para o pagamento dos valores devidos pela execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas, considera-se fundamental traçar inicialmente um quadro sobre as prerrogativas conferidas ao Ecad pela Lei de Direito Autoral e sobre a forma de estruturação deste setor no Brasil em comparação com a experiência de outros países.

II.2 Do direito autoral e do monopólio legal detido pelo Ecad restrito às atividades de arrecadação e distribuição de valores

159. O direito autoral, objeto de investigação do presente feito, constitui um dos aspectos da propriedade intelectual, expressão genérica que pretende garantir a inventores ou responsáveis por qualquer produção do intelecto (seja nos domínios industrial, científico, literário e/ou artístico) o direito de auferir, ao menos por um determinado período de tempo, recompensa pela própria criação. O Texto Constitucional de 1988, em seu art. 5.º, garante a proteção da propriedade intelectual, enquanto gênero, como direito fundamental individual.¹⁸

160. No Brasil, o primeiro ato normativo editado especificamente com fins de regular a proteção do direito autoral foi a promulgação da Lei 5.988 em 14.12.1973. Este diploma normativo instituiu a possibilidade dos titulares dos direitos autorais associarem-se para o exercício e defesa de seus direitos, tendo sido também criado o Conselho Nacional de Direito Autoral, órgão de fiscalização,

161. A mencionada Lei 5.988/1973 também instituiu a possibilidade, em seu art. 115, de as associações organizarem, 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 literomusicais e de fonogramas.¹⁹ A partir deste dispositivo, o Ecad foi criado pela Res. 1 do CNDA.

162. Por fim, em 19.02.1998, foi promulgada a atual Lei 9.610, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. De acordo com o art. 90 da Lei 9.610/1998, o artista intérprete ou executante tem o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar ou proibir: (a) a fixação de suas interpretações ou execuções; (b) a reprodução, a execução pública e a locação das suas interpretações ou execuções fixadas; (c) a radiodifusão das suas interpretações ou execuções, fixadas ou não; (d) a colocação à disposição do público de suas interpretações ou execuções, de maneira que qualquer pessoa a elas possa ter acesso, no tempo e no lugar que individualmente escolherem; e, por fim, (e) qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções.

163. Sendo decorrente do direito de propriedade, é totalmente racional que o artista receba contribuição pecuniária decorrente, sobretudo, da reprodução, da execução pública e da locação das suas criações e interpretações. No que tange ao recebimento destes valores, ao autor é permitido expressamente cobrar esses valores de forma individual ou coletiva, por meio das associações representativas de seus interesses. Para tanto, a Lei 9.610/1998 confirmou a existência do *sistema de gestão coletiva de direitos autorais, regulamentado em seus arts. 97 e seguintes. Vejamos o que dispõem estes dispositivos legais:*

“Título VI

Das Associações de Titulares de Direitos de Autor e dos que lhes são Conexos

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

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

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

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

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

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

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 literomusicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

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

§ 2.º O escritório central e as associações a que se refere este Título atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados.

§ 3.º O recolhimento de quaisquer valores pelo escritório central somente se fará por depósito bancário.

§ 4.º O escritório central poderá manter fiscais, aos quais é vedado receber do empresário numerário a qualquer título.

§ 5.º A inobservância da norma do parágrafo anterior tornará o faltoso inabilitado à função de fiscal, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis” (grifo nosso).

164. Portanto, a legislação atualmente em vigor no Brasil permite o estabelecimento de um Escritório Central para o exercício unificado das atividades de arrecadação e distribuição dos direitos autorais. No entanto, não faz qualquer menção à fixação do valor dos direitos autorais de forma conjunta entre as Associações e o Ecad.

165. Com base nestes dispositivos, foi criado o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – Ecad, ora Representado, formado pelas seguintes associações, classificadas em efetivas e administradas:²⁰

Esquema 1

Ecad e Associações Efetivas e Administradas

Legenda: Associações Efetivas Associações Administrativas

Elaboração: SDE.

166. De acordo com os dispositivos da Lei de Direito Autoral acima transcritos, as associações representativas se reúnem em um único escritório central, cuja competência, a teor do art. 99, restringe-se à “arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e literomusicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais”.

167. Assim, de acordo com o permissivo legal, o modelo de gestão coletiva refere-se, especificamente, à arrecadação e à distribuição dos direitos autorais e não à fixação dos seus valores. Deste raciocínio, depreende-se que as Associações são autônomas para fixarem, cada uma, o valor dos direitos autorais e, coletivamente, devem promover à execução e distribuição dos direitos relativos à execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas.

168. Esse entendimento de que o monopólio legal detido pelo Ecad restringe-se às atividades de arrecadação e distribuição dos valores é compartilhado pelo Ministério da Cultura, que assim se pronuncia sobre a questão:

“Não obstante o Ecad opere como um monopólio na arrecadação de valores de direitos autorais, entendemos que isso não inviabilizaria a competição por preços, que poderia dar-se dentro do próprio Ecad, já que este funciona como mero instrumento arrecadador e distribuidor das Associações que o compõe” (f., retirado da manifestação do Ministério da Cultura apresentada à SDE) (grifo nosso).

169. Quanto às decisões do Poder Judiciário sobre a questão aqui suscitada, verifica-se que essas afirmam o monopólio legal detido pelo Ecad para arrecadar e distribuir os valores dos direitos autorais, conforme preceitua a Lei de Direito Autoral. Por sua vez, é asseverado que compete aos titulares dos direitos, individualmente ou por meio de suas Associações, determinarem os valores para a cobrança desses direitos.

170. Nesse sentido, note-se que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 528.297, consignou expressamente que a fixação dos valores para a cobrança dos direitos patrimoniais decorrentes da utilização das obras intelectuais cabe aos titulares ou às suas Associações. Assim, essa competência foi atribuída às Associações e não ao Ecad. Vejamos:

“Direitos autorais. Valor das contribuições. Lei 5.988, de 14.12.1973. – Cabe aos titulares dos direitos autorais ou às associações que mantêm o Ecad determinar os valores para a cobrança dos direitos patrimoniais decorrentes da utilização de obras intelectuais. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido” ²¹ (grifo nosso).

171. Deve-se também destacar a seguinte passagem do voto do Relator do REsp 151.181, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, que consignou que impera o regime de livre concorrência na fixação do valor do direito autoral. Vejamos:

“Todo o sistema de direito autoral é, portanto, baseado na cobrança pelo titular dos direitos patrimoniais que possui, o que quer dizer, no direito que lhe cabe de fixar o valor pelo qual oferece sua obra. E o direito positivo autorizou que os autores assim procedessem diretamente ou por intermédio de suas associações, e, também, autorizando a criação de um escritório centralizado para a cobrança desses direitos, o que tem sido amplamente reconhecido pela jurisprudência.

A Lei nova, 9.610/1998 assegurou pelo art. 99 a manutenção pelas associações de direitos autorais, consideradas mandatárias de seus associados, com o só ato de filiação, para a prática de todos os atos de defesa judicial e extrajudicial de seus direitos, bem como para sua cobrança (arts. 97 e 98), de ‘um único escritório central para arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e literomusicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais’, que atuará, podendo fazê-lo também as associações, ‘em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados’, podendo, ainda, ‘manter fiscais’ (art. 99 e seu § 4.º).

Vê-se, com toda limpidez, que o Ecad age em nome dos titulares de direitos autorais para a cobrança dos direitos patrimoniais devidos, incluída a possibilidade de exercer a fiscalização para esse efeito. Ora, esse direito assegura ao Ecad a cobrança dos direitos autorais devidos, não cabendo ao Poder Judiciário fixar tais valores. Quem deve fixar o valor é o titular do direito, ainda mais, quando a relação, no caso é de direito privado. Não há mais o malsinado tabelamento. *Há um regime de livre concorrência, sendo os preços formados pela regra do mercado. Os titulares ou suas associações, que mantêm o Ecad, é que podem fixar os valores para a cobrança dos direitos patrimoniais decorrentes da utilização das obras intelectuais, como decorre da disciplina positiva”* (grifo nosso).

172. Pelo exposto, verifica-se que o modelo de gestão coletiva dos direitos autorais conferiu ao Ecad o monopólio legal sobre as atividades de arrecadação e distribuição de valores, mas não sobre a atividade de fixação desses valores. Ao passo que existem consideráveis ganhos de custos de transação na autorização para que as atividades de arrecadação e distribuição de valores sejam realizadas sob o regime de monopólio, a fixação dos valores dos direitos autorais é uma atividade potencialmente competitiva, sendo que o regime de livre concorrência é passível de gerar ganhos de bem-estar para a sociedade.

173. Nesse sentido, a manifestação do Ministério da Cultura esclarece como a concorrência via



preços na atividade de fixação dos valores dos direitos autorais coaduna-se perfeitamente e em nada inviabilizaria a existência do monopólio legal detido pelo Ecad para arrecadação e distribuição dos valores. Vejamos:

“O fato de a Lei estabelecer que a arrecadação tenha que ser única, não significa que os valores cobrados por repertório tenham que ser os mesmos. Assim, por exemplo, uma das Associações poderia requerer ao Ecad que fizesse a cobrança de seu repertório com valores diferentes do das outras Associações, ainda que realizada de forma conjunta, de forma que os usuários dessem preferência ao seu repertório, ao invés do repertório das outras Associações, iniciando-se a competição por preços.

Persistindo-se essa diferença de preços, seria de se esperar que a maioria dos usuários manifestasse a preferência pelo repertório da Associação com melhores preços, que veria sua receita e participação no mercado aumentarem, enquanto a dos concorrentes provavelmente cairia.²² Com a continuidade dessa situação, seria razoável esperar as seguintes consequências: (a) haveria migração de autores insatisfeitos das outras Associações, que estariam percebendo uma redução de seus ganhos, para essa Associação que cobra preços diferenciados. Como resultado dessa migração as outras Associações se veriam obrigadas a reduzirem o preço de seus repertórios para tornarem-se mais competitivas; (b) os autores pertencentes aos quadros das Associações que não baixaram seus preços, ao perceberem a redução nos seus ganhos, pressionariam suas respectivas Associações para que baixassem os preços, de forma a também se tornarem competitivas.

(...)

E tanto é possível que a arrecadação seja feita com valores diferentes, de forma competitiva, que hoje a própria distribuição desses valores é feita em valores diferentes. Nesse sentido, os percentuais da arrecadação que são destinados diretamente para a manutenção do Ecad e das Associações que o compõe, são, respectivamente, de 17%, e 7,5%. Entretanto a União Brasileira de Compositores – UBC – decidiu ela mesma distribuir aos seus associados 0,5% a mais.

Ora, se a regra tanto para arrecadação quanto para a distribuição tem que ser a mesma, como se depreende da leitura do art. 99 da Lei de direitos autorais, e se os valores da distribuição são repartidos por meio de alíquotas diferentes pelas Associações que compõem o Ecad, então fica cristalino que os valores da cobrança por direitos autorais também poderiam ser diferentes, variando conforme o repertório de cada Associação, e sendo ditado por regras de mercado, através da livre negociação.

Sublinhe-se que os autores e titulares de direitos não possuem vínculo algum com o Ecad, apenas com as suas respectivas Associações, das quais recebem seus demonstrativos e comprovantes dos respectivos valores. São estas que recebem o valor arrecadado pelo Escritório Central e o distribuem aos seus membros, ficando, mais uma vez, livres para determinar o montante a ser distribuído.

(...)

Talvez uma das razões pelas quais a UBC tenha decidido aumentar seus valores distribuídos seja para iniciar uma competição por associados, numa tentativa de incentivar estes a migrarem das outras Associações” (f. verso e f. dos autos) (grifo nosso).

174. Do exposto, fica claro que: (a) a Lei de Direito Autoral conferiu monopólio ao Ecad apenas sobre as atividades de arrecadação e distribuição de valores; (b) pela Lei, os valores dos direitos autorais deveriam ser fixados por seus autores individualmente ou por meio das Associações; (c) o ordenamento jurídico brasileiro não autoriza as Associações ou mesmo o Ecad a fixar os preços dos direitos autorais em conjunto; e (d) a fixação dos valores dos direitos autorais é uma atividade potencialmente competitiva, sendo que o regime de livre concorrência traria ganhos de bem-estar para a sociedade.

175. Assim, a Lei 9.610/1998 não vetou a existência de concorrência entre as Associações na fixação do quantum dos valores dos direitos autorais, que são variáveis comercialmente sensíveis, devendo ser fixadas de acordo com as regras da livre iniciativa e da livre concorrência. Caso contrário, não haveria qualquer racionalidade em ser instituída uma pluralidade de Associações as quais exerceriam todas as mesmas funções, inclusive fixando os mesmos preços.

II.3 Da Competência do SBDC para instrução e análise do presente feito

176. Nesse momento, apesar de a questão da competência do SBDC para analisar as práticas ora sob exame já ter sido reiteradamente esclarecida e comprovada ao longo da presente instrução – especialmente na nota de saneamento acolhida pelo Secretário de Direito Econômico conforme já relatado – passa-se novamente à análise deste ponto para que não restem dúvidas acerca do assunto.

177. Inicialmente, repisa-se que os fatos deduzidos pela Representante na denúncia que deu ensejo ao presente Procedimento Administrativo diferem-se substancialmente dos fatos analisados pelo Cade no âmbito dos Processos Administrativos 08000.011187/1995-13 e 08000.002511/1997-19 nos quais o Ecad figurava no polo passivo. Senão vejamos:

Tabela 2

Lista de Processos Administrativos nos quais o Ecad figura como Representado

Protocolado	Prática Investigada
PA 08000.011187/1995-13	Este Processo Administrativo foi aberto com vistas a apurar a existência ou não de uma situação monopolística, de domínio de poder econômico, em detrimento de livre mercado e da livre iniciativa, na prestação do serviço de arrecadação de direitos autorais.
PA 08000.002511/1997-19	Este Processo Administrativo foi aberto com vistas a apurar a suposta cobrança abusiva, por parte do Ecad, de valores à título de direitos autorais, quando da realização de eventos em que são reproduzidas músicas. De acordo com a denúncia, os clubes sociais e esportivos não teriam fins lucrativos, razão pela qual não estariam sujeitos ao recolhimento de direitos autorais, por força do disposto no art. 46, VI, da Lei 9.610/1998.
PR 08012.003745/2010-83 (atual)	O presente Processo Administrativo foi instaurado com vistas a apurar suposto cartel formado pelo Ecad, juntamente com as Associações Representadas, com vistas à fixação conjunta dos valores dos direitos autorais e também por suposto abuso de posição dominante decorrente do suposto impedimento do Escritório Central à constituição e ao funcionamento de novas associações representativas dos titulares dos direitos autorais.

Elaboração: SDE.^{23, 24}

178. Conforme evidencia a tabela acima, em nenhuma das duas hipóteses anteriores foram investigados os mesmos fatos que compõem o objeto de investigação do presente Processo Administrativo. Nas investigações pretéritas, o mercado relevante correspondia às atividades de arrecadação e de distribuição dos valores recebidos em virtude da execução pública de obras musicais e de fonogramas literomusicais, e não à atividade de fixação dos valores destes direitos. Estas três atividades são distintas, não substituíveis entre si, sendo que somente a fixação in abstractu dos valores relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais faz parte da investigação do presente feito. Dessa forma, resta cristalino que os processos anteriores envolviam atividade econômica constante em diferente etapa da cadeia de execução pública de obras musicais e fonogramas, não sendo possível, portanto, se falar que a questão aqui investigada já tenha sido analisada expressamente pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O Ecad já figurou no polo passivo em Processos Administrativos anteriores, contudo o objeto de investigação do caso em tela definitivamente não foi apreciado anteriormente pelo Cade.

179. A atividade de fixação dos valores dos direitos autorais – que compõe o objeto de investigação do presente Processo Administrativo – não faz parte do monopólio instituído pela Lei 9.610/1998 consistente no sistema de gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais. Ou seja, para esta atividade em específico, não há o estabelecimento de monopólio e nem mesmo faticamente é possível sustentar a sua existência já que existe um expressivo total de nove agentes econômicos que atuam neste setor. Estes agentes, independentes uns dos outros no que tange à fixação dos valores, exercem atividades potencialmente competitivas, consorte já explicitado por diversas manifestações e Notas Técnicas constantes dos autos.

180. Repise-se *que não se questiona, em nenhum momento, o monopólio legal conferido ao Ecad pela Lei 9.610/1998 para ser o único agente arrecadador e distribuidor de direitos autorais no Brasil.* No entanto, na medida que a fixação dos valores dos direitos autorais é uma atividade potencialmente competitiva, há espaço para a atuação das autoridades de defesa da concorrência. Assim, considerando que os valores a serem fixados a título de direitos autorais constituem-se em uma variável comercialmente sensível e em um fator de diferenciação entre as Associações que compõem o Escritório Central, é plenamente possível entender pela incidência da Lei de Defesa da Concorrência no caso em tela.

181. Cabe pontuar mais uma vez que a Lei de Direito Autoral confere legitimidade ao Ecad para a tutela dos interesses dos autores no que se refere à arrecadação e à distribuição dos direitos relativos à execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas, não havendo qualquer menção quanto à existência de mandato legal que o autorize a promover a fixação uniforme dos valores para a execução pública das obras. Da mesma forma, não há nenhum dispositivo normativo nos Tratados, Convenções, Acordos e Protocolos internacionais reconhecidos pelo Brasil (tais como a Convenção de Berna, o Acordo TRIPS e os Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual) que autorize a interpretação de que, no sistema de gestão coletivo instituído pela Lei 9.610/1998, estaria incluída a possibilidade de fixação conjunta dos valores dos direitos autorais.

182. Nota-se não haver tampouco qualquer decisão judicial ou administrativa que afirme que a SDE não detém competência para instaurar e instruir processo administrativo que investigue eventual ocorrência de infração à ordem econômica na atividade de fixação dos preços dos direitos relativos à execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas, nos termos da Lei 8.884/1994. Da mesma forma, também não há no ordenamento jurídico pátrio e nem mesmo na Lei de Direito Autoral, qualquer dispositivo que isente tanto o Ecad quanto suas associações, efetivas ou administradas, do âmbito de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência. Deve-se levar em conta que, conforme alegado pelas próprias Representadas em suas manifestações nos autos, não se trata de setor regulado pelo Estado, não se podendo falar na existência de qualquer imunidade implícita. Muito pelo contrário, a competência da Secretaria de Direito Econômico para a repressão a infrações econômicas é extraída de todo o Sistema de Proteção e Defesa da Concorrência, que não se subsume somente às atividades empresariais. A própria Lei Antitruste, em seu art. 15, deixa explícita a possibilidade de se imputar a entidades e associações a prática de condutas anticoncorrenciais. Vejamos:

“Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, *bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas*, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal” (grifo nosso).

183. Perceba-se que o dispositivo não é restritivo, mas ampliativo do rol de sujeitos ativos da infração concorrencial. Nesse sentido, esclarece Lafayete Petter:

“(…) *As práticas empresariais infracionais podem, por fim, se viabilizar através de associações ou sindicatos, como as federações de indústrias ou associações de determinado segmento de mercado ou de certa região. A OAB, o Conselho Regional de Medicina, os sindicatos e outras entidades de profissionais podem ser consideradas, nos mesmos termos, agentes ativos de infração contra a ordem econômica*”²⁵ (grifo nosso).

184. Cumpre observar que as entidades de classe, gênero do qual são espécies as Representadas, são compostas por indivíduos e empresas que exercem atividades similares ou conexas que se unem com o intuito de defesa e coordenação de seus interesses econômicos e/ou profissionais em comum. O papel de tais entidades na economia moderna é amplamente reconhecido: suas



atividades beneficiam seus membros, especialmente os menores, e também podem contribuir para o aumento da eficiência do mercado. Não obstante, a despeito dos seus muitos aspectos benéficos e mesmo pró-competitivos, as entidades de classe, por sua própria natureza, são expostas a risco não desprezível de serem responsabilizadas por práticas anticoncorrenciais.²⁶ A este respeito, explica estudo conjunto do Banco Mundial e da OCDE (2003):²⁷

“As associações comerciais desempenham muitas funções legítimas e positivas, como a educação dos membros sobre avanços tecnológicos e outros avanços na indústria, na identificação dos problemas potenciais com os produtos, facilitação de treinamento em assuntos legais ou administrativos, e agindo como patrono de interesses ou lobby ante os órgãos governamentais. Mas as reuniões das associações comerciais podem também servir como um fórum para as ações dos cartéis, e as próprias associações podem ocasionalmente se envolver em atividades anticompetitivas. *O compartilhamento de informações relevantes à concorrência pode estimular ou apoiar uma colusão tácita ou explícita, e as associações comerciais estão geralmente situadas de forma ideal para facilitar esses intercâmbios anticompetitivos*” (grifo nosso).

185. Algumas das atividades destas entidades, tais como o Ecad e as demais Associações que compõem o polo passivo do presente Processo Administrativo, são protegidas por direitos fundamentais; por exemplo, o direito à livre associação e à liberdade de expressão (art. 5.º, IX e XVII, da CF/1988 (LGL 1988\3)). Todavia, o exercício de tais direitos fundamentais não pode desconsiderar outros princípios constitucionalmente protegidos, notadamente o da proteção ao consumidor (art. 170, V, da CF/1988 (LGL 1988\3)), o da livre iniciativa (art. 1.º, V e art. 170, caput, da CF/1988 (LGL 1988\3)) e o da livre concorrência (art. 170, IV, da CF/1988 (LGL 1988\3)). Nesse sentido, cabe mencionar as palavras do Conselheiro-Relator Thompson Andrade, no Processo Administrativo 08000.007201/97-09:²⁸

“Realmente, não paira dúvida sobre essas garantias e não se contesta a existência da AMB como entidade representativa da classe médica. Mesmo assim, não há qualquer incompatibilidade entre essas duas garantias fundamentais [livre associação e liberdade de expressão] e a Lei 8.884/1994. Em princípio, a atuação de qualquer associação é aceita, como forma de preservar a democracia. Todavia, deve-se recordar que em um Estado Democrático de Direito o limite a atuação dos entes privados encontra-se na preservação do interesse público. (...)

Assim é que o art. 170 da Carta Magna (LGL 1988\3) determina que a ordem econômica deve sempre observar a livre concorrência e a defesa do consumidor. Tão importante quanto zelar pela liberdade de associação é cuidar para que estes dois princípios não sejam atacados. Isso não significa escolha de uma garantia constitucional em detrimento de outra, mas sim harmonização entre todas, a fim de se garantir a supremacia do interesse público” (grifo nosso).

186. É pacífico no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência o entendimento que expressa a submissão das entidades representativas aos ditames da Lei de Defesa da Concorrência. Nesse sentido, a despeito dos aspectos benéficos inerentes à atuação das referidas entidades, nota-se que essas, principalmente quando congregam empresas/profissionais concorrentes, são expostas a riscos não desprezíveis de se envolverem em práticas contrárias à concorrência e ao livre mercado. A atuação das entidades representativas deve adstringir-se aos pilares constitucionais, dentre os quais se insere a livre concorrência.

187. Repise-se que, ao consagrar a livre concorrência e a livre iniciativa como alguns dos pilares fundamentais da ordem econômica, a Constituição Federal de 1988 almejou assegurar o equilíbrio nas relações econômicas, o que implica na busca de eficiências por parte dos agentes econômicos e na procura pelo bem estar dos consumidores. A lei de defesa da concorrência, nesse viés, possui o condão de conferir estabilidade às relações entre os mais diversos agentes econômicos, compatibilizando os múltiplos bens jurídicos tutelados pelo texto constitucional de modo a evitar e/ou reprimir qualquer tipo de distorção da livre concorrência e da livre iniciativa. Conforme já afirmado, os princípios constitucionais regentes da ordem econômica não podem ser analisados de forma individual ou estanque. Assim como toda a normativa constitucional, são eles regidos pelo princípio da unidade da Constituição, o que acena a necessária e indispensável atenção às demais preocupações do constituinte.²⁹ Dessa forma, não se pode dizer que a atividade econômica será concebida sob o viés da absolutividade. Ela, assim como todos os princípios constitucionais, repete-se, está adstrita a limites implícitos e explícitos previstos na Carta Magna (LGL 1988\3) .

188. Assim, embora a concepção das Associações representativas esteja salvaguardada por dispositivos constitucionais e legais, suas atividades não podem afastar-se dos princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a ordem econômica. Portanto, resta inequívoco que as práticas levadas a cabo pelas Representadas, ora investigadas no presente Processo Administrativo, não somente podem como devem ser analisados sob a ótica da lei de defesa da concorrência por haver fortes indícios de ofensa à ordem econômica, como os identificados ao longo da instrução, não se vislumbrando com isso ofensa à hierarquia das normas, às suas garantias legais ou à sua atuação, que também deve se pautar pelo respeito aos princípios que regem a ordem econômica na Constituição Federal (LGL 1988\3).

189. Dessa maneira, não se pode conceber qualquer argumentação no sentido de que a existência de normas no ordenamento jurídico que assegurem a liberdade de associação afastaria a possibilidade de interferência estatal sob o prisma da defesa da concorrência, como se a proteção daquele direito devesse prevalecer quando sopesada com a proteção da concorrência. Note-se que, nesta hipótese, eventual interferência estatal não visa aniquilar a garantia do direito à livre associação, mas tão somente recompor o estado de legalidade e de constitucionalidade no exercício desta garantia.

190. De forma análoga, também não se questiona em nenhum momento a legitimidade das Representadas em promoverem a defesa dos interesses dos titulares dos direitos autorais. No entanto, diante do seu dever de prevenir e reprimir condutas anticoncorrenciais, a SDE não pode permitir que tanto o Ecad quanto as associações que dele fazem parte façam uso de garantias constitucionais com propósitos anticoncorrenciais. Frise-se que esse tipo de comportamento é nocivo até mesmo para o direito à liberdade de associação, já que representa um desvio dos seus legítimos propósitos. Foi sob esse poder-dever que a então Secretária de Direito Econômico instaurou o presente Processo Administrativo para investigar os fortes indícios de infração à ordem econômica por parte das Representadas.

191. Outro argumento do qual as associações representativas usualmente socorrem-se é o de que sua atuação foge ao conceito de conduta comercial, ou de atividade econômica, dada a alegada ausência de fins lucrativos, pugnando pela inaplicabilidade da legislação de defesa da concorrência à sua atuação.³⁰ Ora, mas as Associações são integradas por agentes econômicos (autores, gravadoras, editoras) que efetivamente visam lucro e justamente para garantir a defesa de seu lucro utilizam-se destas instituições. Portanto, tais Associações representativas, como qualquer agente econômico, fazem parte do mercado e nele podem influir, inclusive atuando em práticas anticoncorrenciais que merecem atenção do ordenamento jurídico de modo a permitir a concorrência de mercado, tendo em vista as vantagens consequentes ao consumidor desta percepção. Aliás, esta é razão da previsão constitucional a respeito dos Princípios da Ordem Econômica (art. 170 usque art. 173 da CF/1988 (LGL 1988\3)), que possuem como destinatária a própria população brasileira, conforme o parágrafo único do art. 1.º da Lei 8.884/1994.³¹

192. Conforme será demonstrado ao longo desta Nota Técnica, a possibilidade de competição entre as Associações de titulares de direitos autorais no que tange aos preços a serem cobrados dos usuários é salutar tanto para os titulares dos direitos autorais quanto para os usuários das execuções públicas de obras musicais, literomusicais e fonogramas. Por um lado, os titulares de direitos autorais poderão escolher se filiar àquela Associação que considerem que melhor tutela os seus interesses. Lado outro, os usuários também se beneficiarão da concorrência tendo em vista que os preços a serem fixados serão aqueles determinados pelas forças do mercado, representando um equilíbrio saudável entre a oferta e a demanda.

193. Ressalte-se que no presente caso também não se questiona em nenhum momento o direito constitucional dos autores de fixarem preços para a execução pública de suas obras, seja de forma individual ou por meio das Associações. O que se investiga é a possível formação de cartel entre as Associações e o Ecad para a fixação conjunta dos preços a serem pagos pelos usuários. Considerando que não há nenhum dispositivo constitucional ou legal em vigor que expressamente institua regime de monopólio para o ato de fixação dos valores a serem cobrados dos usuários em decorrência da execução pública de obras musicais, literomusicais ou de fonogramas, resta inequívoco que tal atividade deve se pautar pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

194. Portanto, não há que se falar que a fixação conjunta dos valores para a execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas estaria legitimada tendo em vista que todas as decisões

do Ecad emanam do desejo do próprio titular do direito autoral, a quem a Constituição Federal (LGL 1988\3) conferiu a prerrogativa de decidir sobre os critérios de fixação dos preços de suas obras. É cediço que o texto constitucional não pode ser lido de forma isolada, mas como um todo, enquanto sistema de normas de organização e valores de uma sociedade. Assim sendo, os princípios que regem a ordem econômica, como o da propriedade privada e o da livre concorrência, devem ser ponderados na busca da melhor forma de alcançar o interesse público.

195. Analisando-se a definição legal do âmbito de aplicação tanto da Lei de Direitos Autorais quanto da Lei de Defesa da Concorrência, bem como todos os artigos componentes dessas normas, chega-se à conclusão de que ambas são independentes, não guardando relação de continência uma em relação à outra. Dessa maneira, a Lei 9.610/1998 não trata, de forma alguma, da defesa da concorrência no que tange à matéria de direitos autorais e, lado outro, a Lei 8.884/1994 não trata de proteção dos direitos do autor. A tabela abaixo apresenta a definição legal do âmbito de aplicação de cada uma das Leis aqui discutidas:

Tabela 3

Definições do Âmbito de Aplicação da Lei 8.884/1994 e da Lei 9.610/1998

Norma	Definição Legal
Lei 8.884, de 11.06.1994.	Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.
Lei 9.610, de 19.02.1998	Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

Elaboração: SDE. ³²

196. É imperioso reconhecer que, embora tais diplomas normativos não guardem relação de especialidade um em relação ao outro, há situações em que se percebe a possibilidade de incidência de ambos os diplomas normativos, cada qual no âmbito de sua respectiva competência. É a hipótese tratada nos presentes autos! É inegável a proteção ao direito da propriedade intelectual, desde que sob tal pretexto não possa se justificar a prática de infração à ordem econômica. Neste sentido, vejamos.

Figura 1

Âmbitos de Incidência da Lei 9.610/1998 e da Lei 8.884/1994

Elaboração: SDE.

197. Neste ponto, é importante ressaltar que a aplicação da legislação de defesa da concorrência na esfera do direito autoral em nada inviabiliza o pleno exercício dos direitos do autor, que possui a prerrogativa exclusiva de utilização, publicação e reprodução de suas obras, bem como o direito de fixar preços para a execução pública de suas obras, seja de forma individual ou por meio das Associações. Novamente, o que se questiona no presente Processo Administrativo é tão somente a fixação conjunta dos valores referentes à execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas. Consoante será visto ao longo da análise de mérito, a concorrência via preços nesta atividade coaduna-se perfeitamente e em nada inviabilizaria a existência do monopólio legal detido pelo Ecad para arrecadação e distribuição dos valores.

198. Nesse ensejo, há que se ponderar ainda que qualquer alegação no sentido de tentar afastar a presença de relação de mercado para a execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas dado que a música não seria um produto disponível para a compra pelos consumidores, mas sim um bem imaterial – o qual não seria “consumido”, mas apenas “utilizado” – estaria em total desacordo com as definições de “consumidor”, “fornecedor” e “produto” presentes nos arts. 2.º e 3.º do Código de Defesa do Consumidor (LGL 1990\40) transcritos abaixo:

“Art. 2.º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como



destinatário final.

(...)

Art. 3.º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, **criação**, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1.º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (grifo nosso).

199. Percebe-se que um bem imaterial é também considerado um produto. E, além disso, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço, de forma que, por analogia, consumo é a aquisição ou utilização de um produto ou serviço. Assim, a utilização de um produto, como a música, nada mais é do que uma das modalidades do ato de consumo. Nessa discussão, vale lembrar que os direitos autorais a serem pagos aos autores pela utilização de suas obras é objeto de discussão no GATS (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços) da Organização Mundial do Comércio.

200. Cabe considerar que os bens culturais são reconhecidamente bens imateriais, que possuem características próximas das dos bens públicos: não rivalidade e não excludabilidade. Para que ganhe dimensão econômica, cria-se uma apropriação particular desse bem, tornando-o possível de ser explorado no mercado. É isso que os direitos de propriedade intelectual fazem. Se não criassem tal exclusividade, por intermédio de uma regulação legal, não seria possível explorar comercialmente os bens culturais, ou antes, sua exploração só seria possível de maneira bem limitada, vez que após as primeiras vendas já se perderia o controle de suas sucessivas reproduções. Ressalte-se que o Ecad sem essa apropriação privada do bem imaterial (no caso, a música) não teria razão de existir. Ou seja, o próprio Escritório Central só existe porque, por meio dos direitos autorais, a música adquiriu uma dimensão econômica, de bem privado comercializado no mercado.

201. Inclusive, vale registrar que a Lei de Defesa da Concorrência não incide diretamente sobre as relações de consumo. Esse diploma visa a tutelar o ambiente concorrencial, fixando a livre concorrência como bem jurídico tutelado e a coletividade como destinatário da referida proteção. O consumidor, nessa medida, é destinatário reflexo das intervenções do Estado quando da prática de atos que reprimem a salvaguarda da livre concorrência. Assim sendo, mesmo que não fosse possível estabelecer uma relação de consumo no presente caso, isso não afastaria a incidência da Lei 8.884/1994, que deveria ser aplicada para proteger a higidez dos mercados, garantir a efetividade dos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, oportunizando, na hipótese concreta, a fixação livre dos valores cobrados para a execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas protegidos por direito autoral.

202. Face ao exposto, percebe-se que a fixação conjunta dos valores dos direitos pelas associações juntamente com o Ecad tem o condão de produzir um ambiente propício à cobrança de valores indiscriminados e abusivos, na medida em que exclui a possibilidade de concorrência entre as associações para oferecerem melhores preços para os agentes compradores. Por outro lado, esse modelo também elimina a possibilidade de o titular de direitos autorais escolher a Associação que melhor atenda seus interesses e seja capaz de oferecer maior retorno quando da distribuição dos direitos autorais a que ele faça jus. Na medida em que no modelo estabelecido atualmente há a possibilidade de as Representadas obterem lucros maiores do que aqueles que seriam conseguidos num regime de livre concorrência, há racionalidade econômica para a prática de formação de cartel ora investigada. Além disso, num mercado onde a concorrência é eliminada, os agentes não precisam se preocupar em oferecerem um serviço eficiente e de qualidade, já que a sua fatia do mercado está garantida.

203. Da mesma forma, não merece prosperar nenhuma argumentação no sentido de que não faria lógica que o Ecad oferecesse qualquer oposição à criação de novas Associações porque, quanto maior o número de Associações, maior seria o número de suas mantenedoras. Ora, a manutenção financeira do Escritório Central advém basicamente de um percentual deduzido de sua arrecadação bruta, não guardando relação direta com o número de Associações existentes. Neste sentido, vejamos o que dispõem os arts. 20 e 21 do Estatuto do Ecad:

“CAPÍTULO IV: FONTE DE RECURSOS

Art. 20. *Os recursos para a manutenção do Ecad e de suas atividades operacionais provirão de um percentual deduzido de sua arrecadação bruta e calculado com base em Orçamento/Programa.*

Parágrafo único: Constituirão, também, recursos do Ecad os rendimentos de eventuais aplicações financeiras, calculado o percentual de dedução na base prevista neste artigo.

Art. 21. Será destinado à manutenção das Associações o percentual fixado pelas respectivas Assembleias Gerais, o qual será deduzido integralmente dos valores a serem distribuídos aos sócios e representados das mesmas.

§ 1.º As Associações poderão unificar o percentual a que se refere o caput deste artigo.

§ 2.º Constituirão recursos das Associações os rendimentos de eventuais obrigações financeiras efetuadas pelo Ecad, calculado o percentual de dedução de acordo com o disposto no caput deste artigo.

§ 3.º O percentual societário e as aplicações financeiras a que se refere este artigo não serão atribuídos às associações administradas que esteja enquadradas no parágrafo segundo do art. 8.º deste Estatuto” (f. dos autos) (grifo nosso).

204. Assim, tendo em vista que a arrecadação do Ecad guarda relação direta com o quantitativo de execuções públicas de obras musicais, literomusicais e de fonogramas pelos usuários, e não com o número de Associações efetivas ou administradas existentes, não há necessariamente um estímulo para a criação de novas Associações por parte do Escritório. Conforme será visto na presente Nota Técnica, há fortes indícios de que a manutenção de um pequeno número de associações ao sistema de gestão coletiva instituído pela Lei 9.610/1998 seria um mecanismo para manter o funcionamento do conluio investigado neste Processo Administrativo.

205. Pelo exposto, nota-se que, por qualquer linha que se vislumbre a questão, é fato que as práticas investigadas pela Secretaria de Direito Econômico decorrem de prováveis indícios de infração à ordem econômica e, conforme a previsão do art. 52 c/c art. 14,³³ ambos da Lei 8884, e considerando o fato de que não há qualquer setor econômico imune à aplicação da legislação antitruste e que a prática investigada insere-se num mercado potencialmente competitivo, reforça-se ser cristalina e inexorável a competência do SBDC para a análise e instrução do caso em tela.

206. Feitas estas observações, passa-se à análise do mercado relevante.

II.4 Do Mercado Relevante

207. Na época colonial, o Brasil subordinava-se à legislação portuguesa, cuja Constituição de 1838 garantia aos inventores a propriedade das suas descobertas e aos escritores a de seus escritos. Com a independência brasileira, o direito autoral passou a ser expressamente reconhecido no país, sendo que no caso dos direitos autorais relativos às obras musicais, os próprios compositores perceberam a necessidade de se organizarem para serem remunerados pelas suas criações – que eram utilizadas sem permissão em locais públicos – e buscaram a criação de uma normatização para a arrecadação destes direitos, conforme relatado no site do Ecad.³⁴

208. As sociedades de defesa de direitos autorais surgiram no início do século XX, sendo associações civis, sem fins lucrativos, na sua maioria fundadas por autores e outros profissionais ligados à música com o objetivo principal de defender os direitos autorais de execução pública musical de todos os seus associados. Em 1917, foi fundada a Sociedade Brasileira de Autores Teatrais – SBAT, tendo o movimento associativo se ampliado com o surgimento de outras entidades até que, em 1973, com a promulgação da Lei de Direitos Autorais, surgiu o Ecad que passou a centralizar toda a arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública musical, além de toda a documentação necessária para o desenvolvimento do processo.

209. O direito autoral é um conjunto de prerrogativas conferidas por lei à pessoa física ou jurídica criadora da obra intelectual, para que ela possa gozar dos benefícios morais e intelectuais resultantes da exploração de suas criações. Tal direito está regulamentado por um conjunto de normas jurídicas que visam proteger as relações entre o criador e a utilização de obras artísticas,

literárias ou científicas, tais como textos, livros, pinturas, esculturas, músicas, ilustrações, projetos de arquitetura, gravuras, fotografias e etc. O direito autoral é dividido, para efeitos legais, em direitos morais e patrimoniais.

210. Os direitos morais são os laços permanentes que unem o autor à sua criação intelectual, permitindo a defesa de sua própria personalidade. Por sua vez, os direitos patrimoniais são aqueles que se referem principalmente à utilização econômica de uma obra intelectual por qualquer processo técnico já existente ou ainda a ser inventado, caracterizando-se como o direito exclusivo do autor de utilizar, fruir e dispor de sua obra criativa, da maneira que quiser, bem como permitir que terceiros a utilizem, total ou parcialmente, caracterizando-se como verdadeiro direito de propriedade garantido em nossa Constituição Federal (LGL 1988\3) .

211. Ao contrário dos direitos morais, que são intransferíveis, imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis, os direitos patrimoniais podem ser transferidos ou cedidos a outras pessoas, às quais o autor concede direito de representação ou mesmo de utilização de suas criações. Sem autorização, portanto, a obra intelectual não poderá ser utilizada sob qualquer forma e, se o for, a pessoa responsável pela utilização desautorizada estará violando normas de direito autoral, conduta passível de medidas judiciais na esfera cível sem prejuízo das medidas criminais.

212. Os direitos autorais compreendem os direitos de autor e os direitos que lhes são conexos, sendo disciplinados em nível nacional e internacional. Na esfera internacional destaca-se, basicamente, o sistema unionista instituído pela Convenção da União de Berna e pela Convenção de Roma, que são atualmente reconhecidas e aplicadas pelo Governo Brasileiro por meio dos Decretos 75.699/1975 e 57.125/1965, respectivamente. O Brasil também é signatário do Acordo de Marrakech, de 1994, sendo obrigado a garantir uma proteção efetiva e eficaz aos direitos de autor, devendo impedir qualquer utilização não autorizada das obras intelectuais protegidas. Prevê o referido acordo que os três poderes da República deverão, no âmbito de suas competências, estabelecer as punições adequadas para todos os casos de desrespeito à propriedade intelectual, além de garantir que a sua aplicação pelo Judiciário seja eficaz. Todos esses tratados e acordos internacionais foram recepcionados pela legislação interna.

213. Os titulares de direitos são aquelas pessoas físicas ou jurídicas às quais a legislação autoral confere direitos de autor ou conexos. Portanto, eles podem ser titulares de natureza autoral ou conexa. A tabela abaixo aponta as diferenças existentes entre os titulares de direito autoral:

Tabela 4

AUTOR	A pessoa física criadora, que, no caso específico da música, pode ser o autor (da letra) ou o compositor (da música).
AUTOR-VERSIONISTA	Aquele que, autorizado pelo autor e/ou pelo compositor, faz uma versão da obra, geralmente para outro idioma. No momento da distribuição de valores, o autor da obra original também recebe um percentual do arrecadado com a execução pública da versão.
AUTOR-ADAPTADOR	Aquele que faz adaptação sobre obra em domínio público. No momento da distribuição, recebe os valores distribuídos e relativos à adaptação que criou.
EDITORAS MUSICAIS	Aqueles que exercem a titularidade dos direitos dos autores, conferidos a eles em razão de contratos de edição ou cessão de direitos firmados.
SUBEDITORES	São os editores nacionais que representam obras estrangeiras no Brasil sob a forma de subedição e não de edição direta.

Elaboração: SDE.



214. Os direitos conexos são os direitos reconhecidos a determinadas categorias que auxiliam na criação, produção ou difusão da obra intelectual. Entre os titulares conexos estão os intérpretes, músicos acompanhantes, produtores fonográficos e as empresas de radiodifusão.

215. Existem diversos tipos de direitos relacionados à exploração das obras musicais e dos fonogramas. Alguns desses direitos são exercidos diretamente por seus titulares, outros são geridos coletivamente. Eles são classificados conforme a tabela abaixo:

Tabela 5

DIREITO DE EDIÇÃO GRÁFICA	Relativo à exploração comercial de partituras musicais impressas, sendo geralmente exercido pelos autores diretamente ou por suas editoras musicais.
DIREITO FONOMECÂNICO	Referente à exploração comercial de músicas gravadas em suporte material, sendo exercido pelas editoras musicais e pelas gravadoras.
INCLUSÃO OU DE SONORIZAÇÃO	Relativo à autorização para que determinada obra musical ou fonograma faça parte da trilha sonora de uma produção audiovisual ou de uma peça teatral; quando se trata do uso apenas da obra musical executada ao vivo, a administração é da editora musical, ao passo que quando se trata da utilização do fonograma, a administração é da editora e da gravadora.
DIREITO DE EXECUÇÃO PÚBLICA	Referente à execução de obras musicais em locais de frequência coletiva, por qualquer meio ou processo, inclusive pela transmissão, radiodifusão e exibição cinematográfica; em geral, é exercido coletivamente pelas sociedades de titulares representadas pelo Ecad.
DIREITO DE REPRESENTAÇÃO PÚBLICA	Relaciona-se à exploração comercial de obras teatrais em locais de frequência coletiva; se tais peças tiverem uma trilha sonora, a autorização para a execução da trilha deverá ser obtida no Ecad.

216. As atribuições legais e estatutárias do Ecad dizem respeito à proteção dos direitos de execução pública das obras musicais, literomusicais e dos fonogramas.

II.3.1 Da definição do mercado relevante em sua dimensão produto e geográfica

217. Considerando que as práticas investigadas no presente Processo Administrativo referem-se à gestão coletiva dos direitos relativos à execução pública das obras musicais, literomusicais e dos fonogramas e que há particularidades que distinguem os direitos de execução pública dos outros tipos de direitos relacionados à exploração das obras musicais e dos fonogramas, conforme visto na Tabela 3 acima, define-se os direitos relativos à execução pública das obras musicais, literomusicais e dos fonogramas como o mercado relevante material do presente Processo Administrativo.

218. As atividades que fazem parte da execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas são as seguintes:

Tabela 6

Atividades Envolvidas na Execução Pública de Obras Musicais e Fonogramas

ATIVIDADE	REGIME
FIXAÇÃO dos valores dos direitos referentes à execução pública das obras.	Atividade potencialmente competitiva. A concorrência entre as Associações, com a fixação de valores diferentes pelos valores dos direitos, é

ARRECADÇÃO dos valores devidos como forma de remuneração aos titulares do direito autoral pela execução pública de sua obra. Os valores são arrecadados junto a emissoras de rádio, operadoras de televisão aberta e por assinatura, consumidores (em ocasiões como casamento) etc.	plenamente possível. Monopólio concedido ao Ecad pela Lei de Direito Autoral.
DISTRIBUIÇÃO dos valores arrecadados para as Associações, que, por sua vez, os repassam para os titulares dos direitos.	Monopólio concedido ao Ecad pela Lei de Direito Autoral.

219. A figura abaixo permite visualizar o relacionamento dos vários atores envolvidos na execução pública de uma obra protegida por direito autoral:

Figura 2

Fixação, Arrecadação e Distribuição de Valores Referentes aos Direitos Autorais

220. Para fins da presente investigação e por economia processual,³⁵ define-se o mercado relevante em sua dimensão geográfica como sendo de dimensão nacional, tendo em vista que o Ecad e as Associações Representadas atuam em todo o território brasileiro, que os valores fixados pelos direitos de execução pública das obras são válidos em geral para todo o país e que alguns dos principais compradores desses direitos (as emissoras de televisão aberta e por assinatura, por exemplo) atuam em âmbito nacional.

II.3.2 Experiências internacionais de gestão coletiva de direitos autorais

221. Ao contrário do alegado pelas Representadas em suas defesas, a gestão dos direitos relativos à execução pública das obras musicais, literomusicais e dos fonogramas no Brasil não segue as tendências internacionais e guarda características praticamente únicas como o monopólio concedido a uma entidade privada para exercer as atividades de arrecadação e distribuição dos valores dos direitos autorais sem que haja nenhum órgão fiscalizador de sua atuação. Nesse sentido, o ex-ministro da Cultura João Luiz Silva Ferreira, em discurso proferido na cerimônia de abertura do III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público no ano de 2009, pronunciou-se da seguinte forma: “caracterizo a arrecadação como a ‘caixa preta’; é o termo mais empregado nessa definição, exatamente por falta de controle social. Essa necessidade do controle social (...) é uma demanda histórica, pública”.³⁶

222. Adicionalmente, o modelo brasileiro de gestão de direitos autorais é marcado pela ocorrência das duas condutas aqui investigadas, quais sejam, a fixação centralizada dos valores dos direitos autorais e a criação de barreiras artificiais para o surgimento e a operacionalização de outras associações representativas dos titulares dos direitos.

223. De modo a conhecer melhor tanto os modelos utilizados quanto o posicionamento de outros países sobre o sistema de gestão coletiva de direitos autorais e considerando que a análise pela ótica da Lei de Defesa da Concorrência do presente assunto é, de certa forma, inédita no Brasil, entende-se ser de grande utilidade recorrer à experiência internacional quanto a esse tema, identificando as questões levantadas pelas autoridades de outros países e trazendo-as para a realidade brasileira, quando for o caso.

(i) Estados Unidos

• Das sociedades de gestão coletiva de direitos autorais

224. Até 1897, os compositores individuais nos Estados Unidos não tinham nenhuma proteção para obter retorno financeiro pela execução pública de suas obras, cujo uso era generalizado e espontâneo. Nesse ano, foi promulgada a Lei Norte-Americana de Direitos Autorais,³⁷ que garantiu o direito exclusivo de execução pública de uma obra musical para os detentores dos direitos.

225. No entanto, a negociação individual de cada detentor de direitos autorais com todos os possíveis interessados em suas obras e, vice-versa, a negociação antecipada de todos os que quisessem executar uma música publicamente com cada detentor de direito autoral mostrou-se bastante difícil de ser operacionalizada. Assim, Victor Herbert, juntamente com outros compositores e gravadoras, formaram em 1914 a *American Society of Composers, Authors, and Publishers (Ascap)*,³⁸ cujo intuito era disponibilizar as obras musicais dos seus membros na forma de “venda agregada”. Isto significa que a ASCAP passou a oferecer uma *blanket license*, que dava aos licenciados o direito de executar publicamente todas e quaisquer obras musicais contidas no seu repertório, sempre que os licenciados desejassem, durante o prazo definido, em troca do pagamento de uma taxa fixa e única.

226. Devido ao fato de a ASCAP exigir exclusividade dos direitos autorais dos seus membros, foram ajuizadas ações judiciais nos anos 30 contra esse requerimento, o que levou à celebração de *consent decrees*³⁹ para que a associação detivesse licenças somente de forma não exclusiva. Ainda assim, a ASCAP detinha substancial poder de mercado por ser a única sociedade de gestão coletiva de direitos autorais existente nos Estados Unidos naquele momento. Ela colocava exigências à filiação de novos compositores como a necessidade de ter pelo menos cinco hits publicados, ficando os novos artistas excluídos da associação e favorecendo apenas uma pequena gama de já reconhecidos compositores.

227. Diante disso, em 1939, algumas emissoras de rádio decidiram formar uma nova sociedade de gestão coletiva de direitos autorais, a *Broadcast Music Inc. (BMI)*,⁴⁰ que oferecia aos compositores e gravadoras a possibilidade de filiação independentemente do sucesso e do status alcançado por suas obras. Na mesma época, surgiu outra sociedade do tipo, a *Society of European Stage, Authors and Composers – SESAC*,⁴¹ com declarados fins lucrativos (ao contrário da Ascap e da BMI, que distribuíam os valores arrecadados após a dedução apenas dos custos administrativos). A Sesac detém uma política de filiação mais seletiva, de forma que se tornam membros apenas os compositores e as gravadoras que são considerados financeiramente promissores. Em contrapartida, oferece um tratamento mais personalizado aos seus afiliados.

228. Portanto, existem nos Estados Unidos três sociedades de gestão coletiva de direitos autorais, sendo que cada uma delas tem a responsabilidade de arrecadação e distribuição dos direitos. Ascap e BMI são as duas maiores, sendo que primeira é representante de aproximadamente 410.000 autores, compositores e gravadoras nos Estados Unidos⁴² e a segunda representa mais de 475.000 membros.⁴³ A Sesac, por sua vez, conta com diminuta participação no mercado.⁴⁴

• Do modelo de licenças de direitos autorais:

229. Existem nos Estados Unidos cinco tipos de licenças de direitos autorais concedidas aos usuários da obra musical, quais sejam: (a) *blanket license*; (b) licença por programação; (c) licença direto para o telespectador; (d) licença por uso e (e) licença direta/na fonte.⁴⁵ As quatro primeiras licenças são oferecidas pelas sociedades de gestão coletiva de direitos autorais supramencionadas, sendo a última alternativa uma licença obtida pela negociação direta com o detentor do direito autoral.

230. No primeiro tipo de licença, *blanket license*, a sociedade de gestão coletiva concede ao licenciado o direito não exclusivo de executar publicamente todo o repertório de obras musicais da entidade em todos os programas do licenciado, sempre que este quiser. Esse tipo de licença reduz custos de transação, evita indesejáveis e imprevistas violações de direitos autorais pelos licenciados, bem como fornece às emissoras amplo leque de opções musicais para todos ou para parte dos seus programas.⁴⁶ A taxa cobrada na *blanket license* é calculada com base na receita bruta do licenciado ou em outros fatores de mercado (parcela da população atingida pela atividade do licenciado e/ou valores de publicidade por ele praticados).

231. No segundo tipo, *por programação*, a sociedade de gestão coletiva concede ao licenciado o direito não exclusivo de executar publicamente todo o repertório de obras musicais da entidade em determinados programas do licenciado, sempre que este quiser. Esse tipo de licença resulta em redução de custos para aqueles que se utilizam das obras musicais em um número limitado de programas. Esse tipo de licença obriga o licenciado a reportar mensalmente o conteúdo de todas as músicas executadas no programa e a receita bruta a elas associada à sociedade de gestão coletiva. A taxa cobrada na licença por programação é calculada com base na natureza e na frequência que



as obras musicais são utilizadas no programa, bem como na receita bruta do licenciado. O terceiro tipo, *direto para o telespectador*, abrange duas ou mais execuções públicas da obra musical, por dois ou mais usuários do direito autoral. É a hipótese, por exemplo, da licença concedida a uma rede de televisão que transmite seus programas e/ou serviços a uma emissora de TV local (primeira execução pública da obra musical), sendo que esta retransmite a programação aos telespectadores (segunda execução pública da obra musical). Objetiva-se, com esse tipo de licença, evitar a cobrança dupla ou múltipla dos usuários da obra musical.

233. O quarto tipo de licença, por uso, é um tipo de blanket license em que a sociedade de gestão coletiva dá ao licenciado o direito de executar publicamente todo o repertório de obras musicais da entidade, mas só cobra os direitos autorais daquelas obras musicais que foram efetivamente executadas publicamente. A taxa fixa da licença por uso é calculada com base na natureza e na frequência que a obra musical é efetivamente executada publicamente.

234. Por fim, o último tipo de licença, direta/na fonte, é aquela em que o potencial utilizador da obra musical negocia diretamente com o detentor do direito autoral e o remunera apenas uma vez. Ocorre que essa negociação é mais difícil de ser posta em prática, vez que é trabalhoso para as empresas monitorarem cada compositor ou gravadora que detém o direito autoral da cada obra musical desejada, de forma a negociar individualmente com todos deles.

- *Das disputas judiciais contra o sistema de blanket license:*

235. As disputas judiciais entre o governo e as sociedades de gestão coletiva de direitos autorais, bem como entre partes privadas e tais sociedades, foram importantes para a atual configuração do modelo de arrecadação de direitos autorais nos Estados Unidos, como se passa a expor.

- *Disputas judiciais entre o governo e as sociedades de gestão coletiva de direitos autorais*

236. O governo norte-americano, por meio do seu Departamento de Justiça (DOJ), investigou o sistema de blanket license em duas ações, de 1934 e de 1941, sendo que ao final do último processo a Ascap firmou um consent decree. Esse documento foi adotado em 1950, de forma que a Ascap só seria autorizada a firmar compromisso com os detentores de direito autoral de forma não exclusiva (ou seja, os detentores manteriam o poder de negociar diretamente seus direitos autorais). Também foi determinado que a Ascap promovesse a licença por programação como uma alternativa mais econômica aos utilizadores das obras musicais. Posteriormente, em 2001, esse consent decree foi novamente modificado para atender às mudanças tecnológicas no setor.

237. O BMI firmou um consent decree com semelhantes termos em 1941, o qual foi adotado tanto em 1966 quanto em 1994. Devido ao diminuto poder de mercado e à participação de menos de 2% da Sesac, esta não foi objeto de litígios em matéria concorrencial.

238. Os motivos que levaram o governo norte-americano a firmar acordos com termos que estabelecem que as associações representativas de direitos autorais devem fornecer a licença por programação como alternativa ao sistema de blanket license são similares aos considerados pelas cortes judiciais ao analisarem as disputas entre as partes privadas e tais associações, como será visto abaixo.

- *Disputas judiciais entre partes privadas e as sociedades de gestão coletiva de direitos autorais*

239. No que tange às ações privadas contra as sociedades de gestão coletiva de direitos autorais, tem-se que a primeira delas foi ajuizada por donos de teatros norte-americanos, no caso Alden-Rochelle, Inc. vs. Ascap.⁴⁷ A Corte Distrital de Nova Iorque⁴⁸ decidiu, em primeira instância, que a estrutura e as atividades de licenciamento desenvolvidas pela Ascap envolviam violações per se dos dispositivos do Sherman Act.

240. Essa decisão, datada de 1948, foi importante para retirar da Ascap o poder de exigir exclusividade dos detentores de direitos autorais, de modo que estes pudessem também competir com as próprias sociedades de gestão coletiva, garantindo a concorrência. Essa decisão inclusive forneceu fundamento para o aditamento do Consent Decree da Ascap em 1950 e, posteriormente, do Consent Decree da BMI em 1966 (ora mencionados).

241. Passaram-se alguns anos para que o sistema de blanket licenses fosse questionado pelas redes de televisão norte-americanas (caso CBS vs. ASCAP). Em 1969, a CBS ajuizou ação contra a

Ascap e o BMI, alegando conduta anticompetitiva de fixação de preços, venda casada, recusa concertada de contratar e monopolização. A Corte Distrital de Nova Iorque⁴⁹ entendeu que não havia violação per se cometida pela Ascap e pelo BMI, porque suas atividades estariam reguladas por consent decrees. Aplicando a regra da razão, tampouco a CBS estaria vinculada à obtenção de blanket licenses, pois havia a possibilidade de obter uma licença por programação e também de negociar diretamente com o detentor dos direitos autorais.

242. A CBS apelou para a Corte de Apelação,⁵⁰ que reverteu a decisão para considerar que a conduta da ASCAP e da BMI eram violações per se à Seção 1 do Sherman Act. O entendimento foi que o sistema de blanket licenses fixa um preço para cada detentor de direito autoral sem considerar se suas composições são efetivamente utilizadas por cada licenciado individualmente, o que seria intolerável em um regime de livre mercado. Ascap e BMI, no entanto, recorreram desta decisão para a Suprema Corte dos Estados Unidos,⁵¹ com fundamento no *amicus curiae* do DOJ que argumentava que o mercado em questão possui características únicas, de forma que uma condenação por violação per se não seria adequada. Exigia, assim, uma análise sob a ótica da regra da razão, nos seguintes termos:

“O extraordinário número de usuários espalhados pelo território, a facilidade com a qual uma obra pode ser transmitida, o grande volume de composições protegidas por direitos autorais, a enorme quantidade de execuções dispersas a cada ano, a impraticabilidade de negociação de licenças individuais para cada composição e a natureza efêmera de cada execução, todos se combinam para criar condições de mercado únicas para direitos de execução de músicas gravadas.”⁵²

243. A Suprema Corte entendeu que as sociedades de gestão coletiva de direitos autorais ofereciam ao mercado mais do que a soma de todas as obras musicais (não “venderiam bens individuais de vários vendedores”). Comercializariam, de fato, um novo produto, concedido por meio das *blanket licenses e/ou das licenças por programa, e que seria impossível uma condenação por infração per se. Assim, o caso retornou à Corte de Apelação dos Estados Unidos*⁵³ e, sob os ditames da decisão da Suprema Corte e com fundamento na detalhada decisão proferida pela Corte Distrital de Nova Iorque, decidiu-se pela licitude da conduta da ASCAP e da BMI.

244. Outra ação privada de grande repercussão refere-se ao mercado de emissoras locais de televisão, em que cinco dessas empresas ajuizaram ação contra a ASCAP, a BMI e outras (caso *Buffalo Broadcasting vs. ASCAP*). Quando a Corte Distrital de Nova Iorque⁵⁴ recebeu a referida ação judicial, o supramencionado caso da CBS ainda não havia sido julgado pela Suprema Corte, de modo que as alegações são praticamente idênticas. Os autores da ação argumentavam que o sistema de blanket licenses era “desnecessário, anômalo, ineficiente e coercitivo”. No momento de decidir o mérito da questão, no entanto, a decisão da Suprema Corte no caso *CBS vs. ASCAP* já tinha sido publicada, de modo que a Corte Distrital de Nova Iorque se sentiu vinculada à análise do caso pela regra da razão. Diante disso, a Corte decidiu proceder a uma análise da conduta em duas etapas: primeiramente consideraria se existiam alternativas disponíveis em face do sistema de blanket licenses; em seguida, caso não fosse encontrada uma alternativa factível, passar-se-ia a uma análise da proporcionalidade entre os efeitos anticompetitivos versus seus impactos pró-concorrenciais.

245. A Corte Distrital de Nova Iorque entendeu como inviável, na prática, as alternativas ao sistema de *blanket licenses*. A licença por programação não seria financeiramente viável (as taxas seriam sete vezes maiores) e também considerou que não seria razoável na medida em que impunha obrigações demasiadas de relatoria das músicas efetivamente utilizadas em cada programa. A licença direta/na fonte tampouco seria uma alternativa plausível, vez que negociar diretamente com cada detentor do direito autoral seria caro e de difícil implementação por emissoras de televisão local. Na segunda etapa da análise, a Corte entendeu que a formatação do sistema de *blanket licenses* constituiria restrição desarrazoada ao comércio, pois inserir todas as obras musicais dentro de uma mesma “licença” impediria a concorrência por preço para a execução de cada obra musical específica que lhes interessasse.

246. Em sede de recurso, a Corte de Apelação⁵⁵ reverteu a decisão, considerando que as licenças por programação e direta/na fonte são alternativas viáveis ao sistema de *blanket licenses*. A Corte entendeu que os custos de transação e os encargos envolvidos no monitoramento das músicas executadas em cada programa, na licença por programação, não seriam excessivos. Também, o fato de o preço dessa licença por programação ser sete vezes maior do que a *blanket license* não foi

considerado desproporcional, vez que as taxas cobradas em cada licença são baseadas em diferentes bases de receitas. No que se refere à licença direta/na fonte, a Corte entendeu que as televisões locais não conseguiram provar que não tinham influência suficiente para adquirir as licenças individual e diretamente com cada detentor do direito autoral, especialmente porque sequer mostraram uma única tentativa anterior de obterem esse tipo de licença. Assim, os autores da ação não teriam apresentado evidências suficientes de que as *blanket licenses* restringiriam os utilizadores das obras musicais a uma negociação de direitos autorais a preços não razoáveis. Posto isso, vez que se considerou existirem alternativas viáveis, não foi sequer necessário passar à segunda etapa da análise, relativa à proporcionalidade do sistema de *blanket licenses*, sob a égide da regra da razão.

247. Outra ação privada importante nessa seara é a relativa ao mercado de televisão a cabo, mormente no caso *National Cable Television Association, Inc. vs. BMI*, no qual duas empresas de televisão a cabo e duas associações representativas ajuizaram ação contra o BMI. Seguindo a jurisprudência até então traçada, a Corte Distrital de Columbia entendeu que havia alternativas realísticas ao sistema de *blanket licenses*, e que este seria razoável.

248. Diante de todo o exposto, conclui-se que o sistema norte-americano de direitos autorais difere-se do brasileiro no seguinte:

- Enquanto no Brasil as associações representam os detentores de direitos autorais e o Ecad possui a competência exclusiva para a arrecadação e distribuição dos valores devidos, nos EUA as sociedades de gestão coletiva de direitos autorais representam, arrecadam e distribuem os valores dos seus membros (ou seja, é como se existissem vários “Ecad’s”). Assim, no modelo norte-americano, tanto os titulares dos direitos autorais quanto os interessados em pagar pela execução pública das obras musicais (aí incluindo, operadoras de televisão, rádio etc.) possuem opção de escolha quanto à associação que melhor representa os seus interesses, que faz um sistema de arrecadação e distribuição de valores mais eficiente e mesmo que oferece preços mais razoáveis pelo direito de execução pública das obras.

- Enquanto no Brasil só se oferece ao usuário de música uma *blanket license*, nos EUA as sociedades de gestão coletiva de direitos autorais oferecem pelo menos quatro tipos de licença: *blanket license*, por programação, direto para o telespectador e por uso. Ademais, existe a possibilidade de o usuário da obra musical negociar diretamente com o detentor do direito autoral, já que as licenças concedidas pelos membros às entidades têm caráter não exclusivo. Dessa forma, o modelo norte-americano permite um maior ajuste das necessidades do comprador com o tipo de licença adquirida, o que gera um sistema mais eficiente em termos econômicos.

(ii) *União Europeia*

- *Gestão coletiva de direitos autorais e conexos na União Europeia:*

249. Na União Europeia, os direitos autorais possuem duas principais características: (a) têm base territorial, por serem concedidos pela legislação nacional de cada Estado-Membro e (b) concedem ao seu detentor o direito monopolista de explorar comercialmente a criação.⁵⁶

250. Como consequência da primeira característica, as sociedades de gestão coletiva estão sujeitas à regulação específica de cada Estado-Membro. Não se tem, em nível europeu, uma harmonização legislativa quanto à estrutura e às atividades destas entidades,⁵⁷ mas ainda assim elas estão submetidas à Lei Comunitária de Concorrência. Isso porque pelo art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE),⁵⁸ as licenças concedidas pelas sociedades podem ser entendidas como “acordos restritivos” cujo objeto ou efeito é restringir, prevenir ou distorcer a concorrência e, pelo art. 102, as condutas das sociedades de gestão coletiva podem ser consideradas “abuso de posição dominante”⁵⁹. Daí decorre a necessidade de submissão das sociedades de gestão coletiva dos direitos autorais aos ditames da Lei Comunitária de Concorrência.

251. Como consequência da segunda característica, o detentor do direito autoral pode exercê-lo tanto numa base individual (pela negociação direta com o utilizador da obra musical), quanto por meio das sociedades de gestão coletiva de direitos autorais e conexos, que exercem assim o papel de intermediárias nessa negociação. As principais funções das sociedades, na Europa, são o licenciamento e a arrecadação dos direitos autorais dos seus membros.⁶⁰



• *Disputas concorrenciais sobre gestão coletiva de direitos autorais e conexos:*

252. A intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Comissão Europeia quanto à aplicação das regras de concorrência às sociedades de gestão coletiva de direitos autorais normalmente se atém em três pontos: (a) a relação entre as sociedades e seus membros; (b) a relação entre as sociedades e os usuários da obra musical; e (c) a relação recíproca entre as sociedades de gestão coletiva.

253. *No que tange à relação entre as sociedades e seus membros, os principais aspectos foram tratados nas decisões da Comissão Europeia que envolveram a sociedade alemã de gestão coletiva de direitos autorais e conexos – Gema. No caso Gema I,*⁶¹ por exemplo, a Comissão entendeu que restava configurado abuso de posição dominante da entidade, pela exigência de que seus membros concedessem o direito abrangente sobre todos os seus direitos, atuais e futuros. Esse posicionamento foi posteriormente corroborado na decisão *BRT vs. Sabam*,⁶² do Tribunal de Justiça da União Europeia. Também a Comissão entendeu que a Gema não podia discriminar os seus membros na distribuição das receitas arrecadadas, o que vinha sendo feito mediante o pagamento de valores suplementares àqueles membros filiados há pelo menos três anos.

254. No que se refere à relação entre as sociedades e os usuários da obra, o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Comissão Europeia formaram importante jurisprudência ao longo dos anos. O caso paradigma é o *Tournier*,⁶³ em que donos de discotecas francesas alegavam que as tarifas cobradas pela sociedade de gestão coletiva de direitos autorais na França, Sacem, eram excessivas, especialmente porque tocavam majoritariamente música anglo-americana e tinham que pagar à entidade uma licença sobre todo o repertório mundial.

255. O Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que uma sociedade de gestão coletiva nacionalmente estabelecida só pode recusar o acesso ao seu próprio repertório, nacional, a usuários estabelecidos em outros Estados-Membros, por razões de eficiência. O Tribunal também decidiu que não era proibido que a sociedade de gestão coletiva se negasse a conceder uma licença específica para o repertório de um país do exterior, como, por exemplo, uma licença cujo repertório seria unicamente anglo-americano. Por fim, quanto às tarifas aplicadas pela Sacem, o Tribunal observou que as diferenças mais importantes de valores entre sociedades de diferentes Estados-Membros diziam respeito ao nível das suas despesas operacionais, de modo que seria contrário ao art. 102 do TFUE (então art. 82 do Tratado da Comunidade Europeia) o estabelecimento, por uma destas entidades, de tarifas apreciavelmente mais caras do que em outros Estados-Membros, a não ser que essa diferença fosse justificada por fatores objetivos e relevantes.

256. Por fim, quanto à relação recíproca entre as sociedades de gestão coletiva de direitos autorais, o objetivo das autoridades antitruste da União Europeia é *fomentar a concorrência entre essas sociedades, a fim de promover ganhos de eficiência e evitar a divisão territorial por meio da garantia de exclusividade, cujo efeito é restringir a concorrência, a menos que possa ser justificada nos termos do art. 101 (3) do TFUE.*

257. Com esse objetivo, as sociedades de gestão coletiva de direitos autorais e conexos existentes na União Europeia possuem acordo com as autoridades de concorrência, de forma que se obrigam a deixar transparente que suas tarifas abrangem duas parcelas: uma referente aos seus custos operacionais e outra relativa à distribuição do direito autoral ao seu detentor. Dessa maneira, o utilizador da obra musical pode escolher pela sociedade de gestão coletiva mais “eficiente”, utilizando os custos operacionais mais reduzidos como um dos critérios para sua decisão. Tem-se, com esse modelo, um duplo incentivo à concorrência: por um lado, os usuários da obra musical têm incentivos a procurar a sociedade com menores custos operacionais (o que é um forte estímulo para as sociedades se tornarem mais eficientes) e, por outro lado, os detentores do direito autoral buscam associar-se àquela sociedade que os remunera melhor.

• *Gestão coletiva de direitos autorais e conexos nos Estados-Membros*

258. *As legislações nacionais de cada Estado-Membro diferem, em diversos aspectos, quanto às sociedades de gestão coletiva dos direitos autorais. Treze deles*⁶⁴ estabelecem em sua legislação nacional que as sociedades de gestão coletiva devem ser organizações sem fins lucrativos. Onze dos Estados-Membros⁶⁵ obrigam as sociedades de gestão coletiva a criar fundos ou a alocar parte de sua receita em objetos de cunho social ou cultural. Ademais, oito⁶⁶ determinam que as

**de novas associações por parte das Sociedades de
Autores que formam o Ecad. Cartel e práticas abusivas -
Competência da SDE. Incidência das regras de direito da**

sociedades de gestão coletiva sejam monopólios estatais.⁶⁷

259. Diante dessa diversidade de regimes dentro da Europa, convém expor na tabela abaixo, com maiores detalhes, quatro das principais características das sociedades de gestão coletiva de cada país (regime jurídico; situação de concorrência ou monopólio estatal; governança e existência de supervisão estatal), a fim de se aprimorar o entendimento sobre a experiência europeia de gestão coletiva de direitos autorais e conexos:

Tabela 7

Sociedades de gestão coletiva	Regime jurídico	Situação de concorrência ou monopólio estatal	Governança, Transparência e Forma de Fixação das Tarifas	Supervisão Estatal
Alemanha	Não há forma específica (mas as sociedades existentes na Alemanha escolheram ou a forma de associação ou de sociedade limitada). Serão constituídas após a autorização do “Escritório Alemão de Marcas e Patentes”.	São monopólios estatais de facto, em cada domínio específico.	Aquisição dos direitos autorais: se dá por meio de um contrato administrativo sui generis. A gestão coletiva dos direitos autorais é imposta por lei em alguns casos (retransmissão por cabo ou arrendamento e os direitos de crédito). A sociedade não pode recusar-se a administrar os direitos dos detentores que o solicitarem. Exploração dos direitos autorais: as sociedades são obrigadas a conceder licenças em termos razoáveis e suas tarifas se tornam vinculantes após publicação no Jornal Oficial. A distribuição das receitas é feita de acordo com o estatuto da sociedade. Transparência: as contas e o relatório anual das sociedades devem ser publicados no Jornal Oficial.	Estão submetidas à supervisão estatal do “Escritório Alemão de Marcas e Patentes”, que atua em cooperação com o “Escritório Federal de combate aos Cartéis”.
Estatal	As sociedades podem ser estabelecidas sob a	São monopólios estatais de facto (uma única	As sociedades devem oferecer licenças que sejam	Estão submetidas à supervisão estatal do “KommAustria”,

concorrência em direitos autorais

	<p>forma de cooperativa ou de empresa, mas sempre sem fins lucrativos. Serão constituídas após a autorização da autoridade de supervisão "KommAustria".</p>	<p>autorização estatal é concedida para uma única sociedade em cada domínio específico).</p>	<p>razoáveis e possuir regras transparentes de distribuição. As sociedades firmam "contratos de adesão" com os usuários da obra musical. As sociedades têm obrigação de publicidade quanto às suas operações. As sociedades devem criar fundos ou alocar parte de sua receita em objetos de cunho social ou cultural.</p>	<p>que tem direito a informações e à participação nas reuniões da sociedade. Pode, inclusive, dar ordens às sociedades que, se não cumpridas, levam à revogação da autorização das sociedades.</p>
Bélgica	<p>As sociedades devem ser estabelecidas na forma de empresa. Serão constituídas após a obtenção de autorização ministerial.</p>	<p>São monopólios estatais (o Rei e/ou o Ministro nomeiam as sociedades para atuarem em cada domínio específico).</p>	<p>As sociedades não podem recusar-se a administrar os direitos dos detentores que o solicitarem. Em alguns casos (cópia privada e outras exceções) é o Rei quem determina a remuneração, a arrecadação e a distribuição dos direitos autorais. Nos demais, as regras quanto à arrecadação e distribuição serão definidas por cada sociedade. As sociedades firmam "contratos de adesão" e possuem legitimidade em disputas judiciais. As sociedades devem prestar contas anualmente ao encarregado das questões de direitos autorais no Ministério da Economia. As sociedades devem criar fundos ou alocar parte de sua receita em objetos de cunho social ou cultural.</p>	<p>Estão submetidas à supervisão estatal por alguém indicado pelo Ministro. Caso as sociedades violem séria e repetidamente a lei, sua autorização pode ser revogada pelo Ministro.</p>



Bulgária	Sem informações.	Sem informações.	Sem informações.	Sem informações.
Sociedades de gestão coletiva	Regime jurídico	Situação de concorrência ou monopólio estatal	Governança, Transparência e Forma de Fixação das Tarifas	Supervisão Estatal
Chipre	Não há forma específica.	Estão sujeitas às leis concorrenciais e há concorrência entre as sociedades (não há restrição legislativa dos seus direitos).	Não há nenhum dispositivo específico na lei sobre governança, transparência, ou obrigatoriedade de licenciar seu repertório. As duas sociedades existentes (PRS e MCPS) prestam contas anuais aos seus membros. As regras de distribuição das receitas são aprovadas pelos membros da Assembleia Geral e a distribuição das receitas é realizada pela Diretoria.	A supervisão e o controle das sociedades ocorrem apenas no caso de disputas existentes entre as sociedades e os usuários da obra musical.
Dinamarca	As sociedades podem ser estabelecidas sob qualquer forma. Serão constituídas após aprovação do Ministro da Cultura.	São monopólios estatais (deve existir apenas uma sociedade para cada domínio específico). A administração e a remuneração dos direitos autorais relativos à execução pública das obras musicais serão efetuadas por uma sociedade que represente conjuntamente os artistas e os produtores.	As tarifas são definidas em lei no caso de revenda de direitos autorais e de cópia privada de direitos autorais. Nos outros casos, as sociedades é que definem a tarifa. A distribuição da receita será feita de acordo com as regras da própria sociedade. As sociedades devem criar fundos ou alocar parte de sua receita em objetos de cunho social ou cultural.	Estão submetidas à supervisão estatal do Ministro da Cultura, que pode estabelecer diretrizes para a administração da remuneração da cópia privada dos direitos autorais.
Eslováquia	As sociedades devem ser estabelecidas na forma de associação pública sem fins lucrativos.	Estão sujeitas às leis concorrenciais (existem cinco sociedades na Eslováquia).	As sociedades não podem recusar-se a administrar os direitos dos detentores que o solicitarem. As sociedades devem publicar sua lista de tarifas. As sociedades	Estão submetidas à supervisão estatal do Ministro da Cultura. O “Ministro do Interior”, por sua vez, fiscaliza os estabelecimentos das sociedades.

de novas associações por parte das Sociedades de Autores que formam o Ecad. Cartel e práticas abusivas - Competência da SDE. Incidência das regras de direito da

			devem criar fundos ou alocar parte de sua receita em objetos de cunho social ou cultural.	
Eslovênia	As sociedades devem ser estabelecidas sob forma de sociedade civil, sem fins lucrativos. Serão constituídas após licença obtida no “Órgão Nacional de Propriedade Intelectual”.	Estão sujeitas às leis concorrenciais.	O contrato entre o detentor do direito autoral e a sociedade não pode ter prazo superior a cinco anos. A sociedade deve publicar suas tarifas no Jornal Oficial e a distribuição das receitas deve se dar de acordo com o previsto no estatuto da sociedade.	Estão submetidas à supervisão estatal do “Órgão Nacional de Propriedade Intelectual”, que pertence ao Ministério da Economia, a quem cabe a supervisão final das sociedades.
Sociedades de gestão coletiva	Regime jurídico	Situação de concorrência ou monopólio estatal	Governança, Transparência e Forma de Fixação das Tarifas	Supervisão Estatal
Espanha	As sociedades devem ser estabelecidas sob forma de sociedade civil sem fins lucrativos. Serão constituídas após autorização do Ministro da Cultura.	Estão sujeitas às leis concorrenciais, mas cada sociedade especializou-se na gestão de um determinado conjunto único de direitos. Na prática, há concorrência apenas no segmento de autores audiovisuais, onde há mais de uma sociedade em operação.	As tarifas das licenças são definidas por lei em alguns casos específicos (revenda de direito autoral, cópia privada, comunicação de fonograma ou videograma) e pelas próprias sociedades nos demais casos. A distribuição das receitas deve ser equitativa entre os membros e proporcional à efetiva utilização das suas obras musicais. As sociedades devem disponibilizar suas contas, tarifas e relatórios anuais ao Ministro da Cultura. As sociedades devem criar fundos ou alocar parte de sua receita em objetos de cunho social ou cultural.	Estão submetidas à supervisão estatal do Ministro da Cultura.

concorrência em direitos autorais

Estônia	As sociedades devem ser estabelecidas na forma de associação sem fins lucrativos.	Estão sujeitas às leis concorrenciais.	As sociedades devem proteger os direitos econômicos e não econômicos de seus membros, de acordo com o procedimento descrito em seu estatuto e nos contratos de adesão, incluindo a determinação da remuneração do autor, das taxas de licença ou qualquer outra, inclusive por meio de negociações, se necessário. A remuneração arrecadada pelas sociedades deve ser distribuída entre os autores e titulares de direitos conexos o mais proporcionalmente possível, de acordo com o uso real das obras. As sociedades devem apresentar relatórios anuais.	Não estão submetidas à nenhuma supervisão estatal específica.
Finlândia	As sociedades podem ser estabelecidas sob qualquer forma. Serão constituídas após aprovação do Ministro da Educação.	Não há legislação específica sobre o tema, mas pelo TFUE e pelas decisões da Comissão Europeia é possível se entender pela sujeição das sociedades às regras de concorrência.	As tarifas são definidas por lei (no caso de revenda de direitos autorais), pelo Ministro da Educação (no caso de cópia privada) ou pelas próprias sociedades, mediante negociação. A sociedade pode estabelecer seu próprio método de distribuição de direitos autorais.	Estão submetidas à supervisão estatal do Ministro da Educação, que tem o direito de exigir informações sobre a administração dos rendimentos obtidos pela revenda de direitos autorais e pela cópia privada.
França	As sociedades devem ser estabelecidas sob qualquer forma de sociedade civil, sem fins lucrativos. Em princípio, não é preciso aprovação administrativa, mas é possível revisão	Estão sujeitas às leis concorrenciais.	A tarifa da licença geralmente é definida por negociação entre as partes (apenas no caso de remuneração decorrente de cópia privada é que há definição estatal do	Estão submetidas à supervisão administrativa do Ministro da Cultura, que recebe a prestação de contas anual, as modificações estatutárias e das regras



	judicial.		valor). A distribuição das receitas é feita de acordo com o método de cada sociedade. As sociedades devem criar fundos ou alocar parte de sua receita em objetos de cunho social ou cultural.	concernentes à arrecadação e distribuição dos direitos autorais. Estão também submetidas à supervisão judicial, exercida pelas Cortes mediante requerimento de dissolução da sociedade pelo Ministro da Cultura.
Sociedades de gestão coletiva	Regime jurídico	Situação de concorrência ou monopólio estatal	Governança, Transparência e Forma de Fixação das Tarifas	Supervisão Estatal
Grécia	As sociedades podem ser estabelecidas sob qualquer forma. Serão constituídas após aprovação do Ministro da Cultura.	Estão sujeitas às leis concorrenciais.	Aquisição dos direitos autorais: as sociedades não podem recusar-se a administrar os direitos dos detentores que o solicitarem. Exploração dos direitos autorais: a remuneração é definida pela sociedade em relação aos usuários das obras musicais. Apenas no caso de cópia privada é que a tarifa é fixada por lei. A distribuição das receitas é feita por cada sociedade. Transparência: devem submeter suas contas ao Ministro da Cultura, caso demandadas.	Estão submetidas à supervisão do Ministro da Cultura, que monitora as operações das sociedades.
Holanda	As sociedades devem ser estabelecidas sob forma de sociedade civil. São nomeadas pelo Ministro da Justiça após acordo com o Ministro da Educação, da Cultura e da Ciência.	São monopólios estatais.	A taxa de remuneração é definida ou por uma fundação, pelo Governo ou pelas partes em negociação. Arrecadação e distribuição das receitas são feitas de acordo com a regulação estatal do setor e de acordo com o	Estão submetidas à supervisão da "Comissão de Supervisão" e da Autoridade de Concorrência.

de novas associações por parte das Sociedades de Autores que formam o Ecad. Cartel e práticas abusivas - Competência da SDE. Incidência das regras de direito da

			método definido pela "Comissão de Supervisão".	
Hungria	As sociedades devem ser sem fins lucrativos. Serão constituídas após aprovação prévia do Ministro do Patrimônio Cultural Nacional.	São monopólios estatais. Há autoridades públicas que supervisionam as sociedades em relação a abuso da posição de monopolista.	As sociedades devem cobrir as suas despesas decorrentes por meio de deduções dos valores de direitos autorais e por meio de taxas de adesão cobrada dos membros (se esta última for estabelecida pelos estatutos das sociedades). A legislação prevê o princípio da não discriminação entre membros e não membros das sociedades quanto à distribuição das receitas.	Estão submetidas à supervisão do Ministro do Patrimônio Cultural Nacional, do Escritório Húngaro de Patentes (em relação a tarifas e informação de suas atividades), do Ministério de Informática e Telecomunicações (em relação a tarifas) e da Autoridade Nacional de Concorrência (quanto a abuso de posição dominante).
Irlanda	As sociedades têm caráter privado. Serão registradas no "Órgão de Direitos Autorais".	Estão sujeitas às leis concorrenciais.	As sociedades podem ter o status de proprietário dos direitos autorais, de licenciadora exclusiva ou de agente do detentor dos direitos autorais.	Estão submetidas à supervisão do "Controlador de Marcas e Patentes".
Itália	As sociedades devem ser sem fins lucrativos. A única sociedade existente é a SIAE, que é uma entidade pública. Serão constituídas após aprovação do Presidente do Conselho de Ministros.	A SIAE atua sob monopólio estatal.	As tarifas são definidas pela lei (no caso de revenda de direitos autorais) ou negociada entre a Siae e os usuários da obra musical. A distribuição é realizada de acordo com o modelo estabelecido pela regulação estatal do setor. As sociedades devem criar fundos ou alocar parte de sua receita em objetos de cunho social ou cultural.	Estão submetidas à supervisão do Ministro de Bens e Atividades Culturais e do Presidente do Conselho de Ministros, que supervisionam conjuntamente as sociedades. O Ministro de Finanças também as supervisiona, nas matérias afetas a sua competência.
Sociedades de gestão coletiva	Regime jurídico	Situação de concorrência ou monopólio estatal	Governança, Transparência e Forma de Fixação das Tarifas	Supervisão Estatal
Letônia	As sociedades	As sociedades	As sociedades de	Estão submetidas à

concorrência em direitos autorais

	devem ser sem fins lucrativos. Serão constituídas após obtenção de permissão do Ministério da Cultura.	estão sujeitas às leis da concorrência somente quanto a direitos negociados individualmente.	gestão coletiva devem publicar no Jornal Oficial a taxa de licença e seu relatório anual. As sociedades não podem recusar-se a administrar os direitos dos detentores que o solicitarem. A legislação prevê o princípio da não discriminação.	supervisão do Ministro da Cultura.
Lituânia	As sociedades devem ser estabelecidas na forma de associação sem fins lucrativos.	As sociedades estão sujeitas às leis da concorrência.	A Assembleia Geral dos membros decide sobre os métodos e as regras para a arrecadação e distribuição das remunerações, bem como sobre a taxa de dedução da remuneração.	Estão submetidas à supervisão do Ministro da Cultura.
Luxemburgo	As sociedades devem ser estabelecidas sob forma de sociedade civil, sem fins lucrativos. Serão constituídas após autorização do Ministro da Economia.	As sociedades estão sujeitas a alguma incidência das leis da concorrência.	As tarifas devem ser negociadas entre as sociedades e os usuários da obra musical. Apenas no caso de cópias privadas as tarifas são definidas por decisão ministerial. As sociedades devem criar fundos ou alocar parte de sua receita em objetos de cunho social ou cultural.	Estão submetidas à supervisão do Ministro da Economia e do Comissariado de Direitos Autorais e Conexos.
Malta	As sociedades devem ser estabelecidas sob forma de empresa ou outra forma civil. Serão constituídas após solicitação ao "Órgão de Direitos Autorais".	São monopólios estatais.	As sociedades não podem recusar-se a administrar os direitos dos detentores que o solicitarem.	Estão submetidas à supervisão do "Órgão de Direitos Autorais".
Polônia	As sociedades devem ser estabelecidas na forma de associação, sem fins lucrativos. Serão constituídas após permissão do Ministro da Cultura	As sociedades estão sujeitas às leis da concorrência (podem existir várias sociedades em um mesmo domínio).	As sociedades devem oferecer tratamento igualitário entre membros e não membros. As sociedades não podem recusar-se a administrar os	Estão submetidas à supervisão do Ministro da Cultura e do Patrimônio Nacional.



	e do Patrimônio Nacional.		direitos dos detentores que o solicitarem. A remuneração da sociedade deve ter em conta as receitas provenientes da utilização de obras e performances, bem como a natureza e o âmbito da sua utilização.	
Portugal	As sociedades têm a natureza de associação ou cooperativa, sem fins lucrativos. Serão constituídas após registro na Ins-pectoria-Geral de Actividades Culturais (IGAC).	As sociedades estão sujeitas às leis da concorrência.	As sociedades são instituições autônomas que realizam suas atividades de acordo com seus estatutos e com a lei. As sociedades fixam os preços dos repertórios que representam. As sociedades têm o dever de informação. As sociedades devem criar fundos ou alocar parte de sua receita em objetos de cunho social ou cultural.	Estão submetidas à supervisão do Mi-nistro da Cultura, mediante atuação da Inspectoria-Geral de Actividades Culturais (Igc).
Reino Unido	As sociedades têm caráter privado.	São monopólios estatais de facto.	As sociedades representam os detentores de direitos autorais com base em um contrato. As sociedades é que definem as condições da licença. Os membros das sociedades as controlam pelo cumprimento das disposições estatutárias.	Estão submetidas à supervisão do Tribunal de Direitos Autorais no que se refere às licenças e ao método de licenciamento. Estão submetidas à supervisão da Comissão de Concorrência quanto a operações que afetem o interesse público.
República Tcheca	As sociedades devem ser estabelecidas na forma de associação sem fins lucrativos.	São monopólios estatais, mas estão sujeitas às leis concorrenciais como agentes que afetam a concorrência (não como competidores).	As sociedades são obrigadas a: (a) representar em equidade qualquer detentor de direito autoral, caso este o solicite; (b) oferecer licenças em termos razoáveis e	Estão submetidas à supervisão do Mi-nistro da Cultura, que pode revogar a autorização de funcionamento. Estão também submetidas à

**de novas associações por parte das Sociedades de
Autores que formam o Ecad. Cartel e práticas abusivas -
Competência da SDE. Incidência das regras de direito da**

			equitativos; (c) criar fundos ou alocar em objetos de cunho social ou cultural; (d) publicar um relatório anual aos seus membros; (e) publicar as contas anuais auditadas; (f) publicar o valor da remuneração e das taxas de licença.	supervisão do "Gabinete para a proteção à Concorrência".
Romênia	Sem informações.	Sem informações.	Sem informações.	Sem informações.
Suécia	Não há forma específica.	Pelo TFUE e pelas decisões da Comissão Europeia é possível se entender pela sujeição das sociedades às regras de concorrência.	As tarifas são definidas por lei em alguns casos (revenda de direitos autorais e cópia privada) ou por acordo entre as partes em negociação. A distribuição das receitas é feita de acordo com o método da própria sociedade.	Não há regra específica sobre a supervisão das sociedades. A STIM, a sociedade dos autores existente na Suécia, indica a cada ano dois auditores para examinar sua gestão e suas contas.

Elaboração: SDE. ⁶⁸

260. Diante de todo o exposto na tabela supra, é possível constatar que, por toda a Europa, a gestão coletiva de direitos autorais e conexos está sujeita a uma série de controles, ora definidos na legislação nacional, ora nos estatutos das próprias sociedades. Tal controle abrange aspectos de governança, prestação de contas, transparência, monitoramento e supervisão estatal das atividades das sociedades de gestão coletiva. Também varia entre os Estados-Membros o nível de requisitos impostos para o funcionamento dessas sociedades, mas a maioria está sujeita a regras de transparência básicas quanto à publicidade das suas contas e à elaboração de relatórios anuais.

261. Em geral, as sociedades de gestão coletiva estão sujeitas a regras menos estritas na Europa do Norte (Países Escandinavos, Finlândia, Irlanda, Reino Unido), tanto em relação a requisitos de transparência quanto à supervisão por autoridades externas. Nesses países, a prestação de contas das sociedades é tratada em seus próprios estatutos, e o controle é exercido pelos membros e/ou pelos usuários das obras. Nos países da Europa Central e do Sudeste Europeu, por sua vez, existem dispositivos legais detalhados sobre vários aspectos do funcionamento das sociedades, de forma que a supervisão e o monitoramento são confiados a autoridades públicas.

262. Frise-se, por fim, que mesmo exercendo importante papel cultural, social e econômico na efetivação dos direitos autorais, *as sociedades de gestão coletiva não estão isentas à aplicação das regras comunitárias da concorrência*, já que o Tribunal de Justiça da União Europeia ⁶⁹ decidiu que *tais sociedades não prestam um serviço de natureza pública, mas, ao contrário, estão envolvidas em uma atividade econômica*.

263. Considerando que alguns sistemas específicos de gestão coletiva podem ser de especial interesse para o presente Processo Administrativo, pela sua possível permeabilidade à realidade brasileira, passa-se a uma breve análise dos sistemas português e espanhol de gestão coletiva de direitos autorais e conexos.

- *Gestão coletiva de direitos autorais e conexos em Portugal*

264. Em Portugal, os Direitos Conexos de Produtores e Artistas encontram-se expressamente previstos na legislação nacional desde 1986, ano em que foi publicado o Código de Direito do Autor e dos Direitos Conexos (CDADC).⁷⁰

265. Mesmo antes da publicação desse Código já existia a *Sociedade Portuguesa de Autores (SPA)*, criada em 1925, cooperativa de responsabilidade limitada, que representa cerca de vinte e três mil autores portugueses de todas as disciplinas literárias e artísticas, seus sucessores e cessionários (i.e, detentores de direitos do autor).

266. Nos anos 90, importantes modificações legislativas foram realizadas no país. Em 1991, a Lei 114 introduziu profundas alterações na CDADC, de modo a reforçar o âmbito dos direitos e faculdades atribuídos aos titulares de direitos conexos e, em particular, aos produtores e artistas. Logo em 1992 foram iniciadas negociações com as estações de televisão e rádio de âmbito nacional, com vistas à cobrança das remunerações devidas aos titulares de direitos conexos e, em 1994, foi celebrado o primeiro contrato de autorização para a utilização de fonogramas em emissoras de rádio. Já entre 1995 e 1996 foram celebrados acordos semelhantes com as demais operadoras nacionais de radiodifusão.

267. Assim, em 1995, foi criada a *Gestão dos Direitos dos Artistas (GDA)*, entidade que representa os artistas intérpretes ou executantes (i.e, detentores de direitos conexos), nacionais ou estrangeiros, tendo como uma de suas finalidades a gestão dos direitos conexos dos seus titulares. É o que se afirma, *in verbis*:

“A GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes e Executantes, Crl., é uma cooperativa de utilidade pública, legalmente constituída e registada como Entidade de Gestão Colectiva de Direitos de Artistas. A GDA representa em Portugal, não só os artistas inscritos como seus beneficiários e cooperadores, mas também os artistas que são beneficiários dos serviços das inúmeras congéneres estrangeiras com as quais a GDA assinou acordos de representação recíproca. A GDA foi criada em 1995, tendo como objectivo a gestão, cobrança e distribuição colectiva dos Direitos Conexos dos Artistas (actores, bailarinos e músicos) nacionais e estrangeiros.”⁷¹

268. Mais tarde, em 2001, foi publicada a lei sobre as entidades de gestão coletiva de direito de autor e de direitos conexos e, em 2002, por via destas alterações legislativas, mostrou-se necessário constituir uma entidade autónoma para profissionalizar a gestão, cobrança e distribuição dos direitos conexos dos produtores (i.e, detentores de direitos conexos), razão pela qual foi criada a *Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos (Audiogest)*, que atua da seguinte maneira:

“A Audiogest – Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos é uma associação de utilidade pública legalmente constituída e registada como Entidade de Gestão Colectiva de Direitos dos Produtores Fonográficos. A Audiogest representa em Portugal, não só os fonogramas (álbuns musicais ou músicas) gravados e editados originariamente pelos seus associados e beneficiários, como também os fonogramas (repertório ‘estrangeiro’) editado por estes em Portugal, sob licença dos respectivos produtores originários. A Audiogest representa também, nos mesmos moldes, os titulares de direitos sob os vídeos musicais (vídeo-clips e gravações de concertos ‘ao vivo’). A Audiogest foi criada em 2002, após a aprovação da legislação sobre as Entidades de gestão colectiva de Direitos de Autor e Direitos Conexos, com a finalidade de profissionalizar a actividade de gestão, cobrança e distribuição dos Direitos Conexos dos Produtores. A Audiogest representa actualmente a totalidade do mercado organizado e do repertório fonográfico disponível em Portugal, seja ele de origem nacional ou estrangeiro. A título meramente exemplificativo, todos as músicas que estão, estiveram ou estarão no TOP nacional de vendas da AFP, são representadas, para efeitos de licenciamento, pela Audiogest.”⁷²

269. Nesse contexto, no final de 2005, a GDA e a Audiogest iniciaram o projeto de licenciamento conjunto, de forma que a *GDA organiza, gere e cobra os direitos conexos em relação aos artistas, e a Audiogest atua no âmbito dos produtores. A partir de 2006, ambas passaram a atuar mediante a emissão de uma licença identificada como “PassMúsica”,⁷³ nos seguintes termos:*

“Sob a designação ‘PassMúsica’, a GDA – que representa em Portugal Artistas, intérpretes e executantes – e a AUDIOGEST – que representa os Produtores fonográficos, autorizam empresas e entidades públicas e privadas dos mais diversos sectores a utilizarem fonogramas na sua actividade



(por exemplo para ambientação musical de um espaço), cobrando, em contrapartida dessa licença, a respectiva remuneração. Os valores cobrados são posteriormente distribuídos, em partes iguais, por artistas e produtores musicais, através das respectivas Entidades de gestão colectiva. Quer a Audiogest, quer a GDA, são Entidades de gestão colectiva, devidamente constituídas e registadas, às quais a Lei atribui o estatuto de utilidade pública.”

270. Assim, sempre que são utilizados fonogramas ou vídeos musicais para efeitos de execução e comunicação pública, é necessária, além da licença dos autores (normalmente atribuída através da SPA), a licença “PassMúsica”, através da qual os artistas e produtores musicais, titulares de direitos conexos, são representados.

271. A Audiogest e a GDA, por meio da PassMúsica, representam em Portugal mais de 95% do total do mercado fonográfico de repertório nacional e estrangeiro.⁷⁴ Em face dessa posição dominante, em 2007, a DAICOOP – *Cooperativa de Direitos de Autor de Braga* tentou entrar no mercado português, o que acentuou a concorrência com as demais entidades, já que praticava “tabelas inferiores” à SPA e à GDA. Seu intuito era ser “2 em 1” (ou seja, oferecer licenças que abrangessem tanto o direito de autor quanto os direitos conexos).⁷⁵ A atuação da DAICOOP, no entanto, foi questionada perante a Inspeção-Geral de Atividades Culturais (Igac), que cancelou o registro da entidade como gestora de direitos de autor e conexos. A empresa recorreu da decisão, através de uma providência cautelar, mas o tribunal de primeira instância confirmou o ato da Igac. Assim, esta entidade não mais atua em Portugal.

272. Por fim, cabe pontuar que todas as sociedades de gestão coletiva de direitos autorais e conexos devem ser registradas na supramencionada Inspeção-Geral de Atividades Culturais (Igac),⁷⁶ do Ministério da Cultura, por exigência do art. 74 do CDADC⁷⁷ e do art. 24 da Lei 83/2001⁷⁸ (diploma que define o regime jurídico de gestão coletiva do direito do autor e dos direitos conexos). A IGAC, assim, é a entidade estatal responsável, dentre outras funções, pela supervisão das sociedades de gestão coletiva.

273. Pode-se inferir, portanto, da situação portuguesa, que este país enfrenta dificuldades semelhantes às brasileiras quanto à implantação de um regime concorrencial na gestão coletiva dos direitos autorais e conexos. A tentativa da DAICOOP de se inserir no mercado, alegando que “praticar tabelas de preços exorbitantes acabam por inibir os agentes culturais de fazerem espetáculos de música”, é um claro exemplo. A par das dificuldades, é importante aprender com a experiência de Portugal na medida em que lá existe um órgão efetivo de supervisão das atividades das entidades, que é a Inspeção-Geral de Atividades Culturais (Igac), vinculado ao Ministério da Cultura.

274. Por fim, cumpre pontuar que o CDADC dispõe expressamente no art. 16 da Lei 83/2001⁷⁹ que *as sociedades de gestão coletiva de direitos autorais e conexos estão submetidas às regras da concorrência, in verbis:*

“Art. 16. A aplicação dos princípios e regras próprios do regime do direito da concorrência às entidades de gestão colectiva é exercida no respeito pela específica função e existência destas no âmbito da propriedade intelectual, de acordo com as disposições reguladoras de direito nacional e internacional.”

• *Gestão coletiva de direitos autorais e conexos na Espanha*

275. Na Espanha, as atividades das entidades de gestão coletiva estão regulamentadas no Título IV do Livro III do Decreto Real 1, de 12.04.1996, que aprovou o texto da Lei de Direitos Autorais. Definidas como organizações privadas com natureza de associação, sem fins lucrativos, estas sociedades se dedicam, em próprio nome ou de alguém, a gerir os direitos autorais e conexos, de natureza patrimonial, dos seus legítimos proprietários.

276. De forma sintética, pode-se dizer que o núcleo central das funções que realiza uma entidade de gestão coletiva espanhola é: conceder licenças para a utilização das obras musicais; arrecadar os valores das tarifas de licenças, derivados da exploração das obras musicais; vigiar o uso que se faz das obras e os seus respectivos pagamentos; detectar possíveis infrações e atuar contra elas; e distribuir os pagamentos arrecadados entre os titulares, depois de descontados os gastos de gestão.

277. Atualmente existem oito sociedades de gestão coletiva de direitos autorais e conexos aprovadas pelo Ministério da Cultura espanhol, que representam os proprietários dos seguintes direitos:⁸¹

- Autores: SGAE (Sociedade Geral de Autores e Editores), Cedro (Centro Espanhol de Direitos Reprográficos), Vegap (Visual Entidade de Gestão de Artistas Plásticos) e Dama (Direitos do Autor e Meios Audiovisuais).
- Artistas: AIE (Artistas Intérpretes ou Executantes) e AISGE (Artistas Intérpretes, Sociedade de Gestão).
- Produtores: Agedi (Associação de Gestão de Direitos Intelectuais) e Egeda (Entidade de Gestão de Direitos dos Produtores Audiovisuais).

278. A SGAE é a entidade de gestão coletiva predominante, por gerir direitos de 70,9% dos membros das sociedades, seguida pela AIE (10,5%), Cedro (9,9%) e AISGE (6,0%) – dados de 2009.⁸²

279. Na sua organização e funcionamento, as sociedades de gestão coletiva atuam como entidades privadas que operam com total autonomia, sujeitas ao cumprimento das normas legais. *Ocorre que estas entidades têm elevado poder de mercado, vez que cada uma se especializou na gestão de um determinado conjunto de direitos que nenhuma outra gere, realizando, portanto, sua atividade em posição monopolística (monopólio de facto).*⁸³ A única exceção se dá no segmento de autores audiovisuais, onde existe sobreposição de atividades entre a entidade dominante, SGAE, e a minoritária, Dama.⁸⁴ O contexto atual, portanto, não incentiva as entidades a fixar tarifas em patamares razoáveis e nem a negociar essas tarifas com os usuários da obra musical.⁸⁵

280. Frise-se que a estipulação das tarifas é um poder que o texto da Lei de Propriedade Intelectual espanhola concedeu exclusivamente às entidades gestoras desses direitos, sem que o Ministério da Cultura intervenha na fixação ou na sua aprovação.⁸⁶ Esse mesmo diploma legal também determina a obrigatoriedade da gestão coletiva no caso de direitos de remuneração, de direito exclusivo de autorizar a retransmissão a cabo e do direito de compensação equitativa por cópia privada.⁸⁷

281. Nesse diapasão, importante pontuar que a autoridade antitruste espanhola – *Comisión Nacional de la Competencia (CNC)* – publicou informe sobre gestão coletiva publicado em dezembro de 2009,⁸⁸ em que considera necessária uma revisão integral da Lei de Propriedade Intelectual espanhola.

282. Isso porque, segundo esta autoridade, enquanto persistir a situação monopolística de facto das entidades de gestão, é necessário: (a) melhorar a regulação das atividades dessas entidades, exigindo delas maior flexibilidade nos contratos de gestão com os detentores do direito autoral ou conexo; (b) impor às entidades obrigações de transparência, de definição de tarifas que levem em conta o uso efetivo dos repertórios e de definição de critérios objetivos de filiação; e (c) criar um órgão regulador que possa dirimir de forma vinculante todo tipo de conflitos em matéria de propriedade intelectual. A remoção dessa série de obstáculos à concorrência e de barreiras à entrada incrementaria os incentivos das entidades a prestar seus serviços de modo eficiente e reduziria as possibilidades de que elas exerçam seu poder de mercado em distintas esferas, em especial nas tarifas praticadas no mercado.

283. Assim, a autoridade antitruste espanhola considera ser possível um modelo mais favorável à concorrência na gestão coletiva de direitos autorais e conexos, sendo que a pressão concorrencial permitiria aos mecanismos de mercado organizarem esta atividade de forma mais eficiente.

284. Diante de todo o exposto sobre o sistema europeu e, em especial, sobre os sistemas português e espanhol de gestão de direitos autorais e conexos, pode-se concluir o seguinte, em comparação com o atual quadro brasileiro:

- O sistema brasileiro de gestão de direitos autorais poderia se inspirar no modelo da União Europeia quanto à transparência na definição das taxas de licença cobradas pelas sociedades de gestão coletiva, que devem ser detalhadas em pelo menos duas parcelas: (a) custos operacionais e (b) valores distribuídos aos detentores dos direitos autorais. Além de conferir transparência, essa medida incentiva uma maior eficiência por parte das associações, que busariam operar com

menores custos organizacionais, de forma a atrair os usuários e os detentores dos direitos autorais.

- Apesar de Portugal enfrentar dificuldades semelhantes às brasileiras quanto à implantação de um regime concorrencial na gestão coletiva dos direitos autorais e conexos, especialmente quanto à criação e manutenção de novas entidades de gestão coletiva⁸⁹ e à estipulação de tarifas mais competitivas, ainda assim é possível absorver do modelo português a experiência positiva quanto à supervisão ativa e incisiva feita pela Inspeção-Geral de Atividades Culturais, do Ministério da Cultura Português.

- Da experiência espanhola é possível absorver a similar necessidade de revisão da Lei de Direitos Autorais, também atestada pela autoridade antitruste daquele país, de modo a aumentar a supervisão estatal sobre todo o setor e remover obstáculos à concorrência, com o objetivo de impedir que as entidades de gestão coletiva de direitos autorais e conexos exerçam seu poder de mercado de forma abusiva nas mais diversas esferas, especialmente nas tarifas praticadas no mercado.

II.5 Da configuração das infrações à ordem econômica investigadas

II.5.1 Da prática de formação de cartel entre as Representadas

285. O monopólio legal instituído pela Lei 9.610/1998 alcança apenas as atividades de distribuição e arrecadação de valores devidos pelos usuários aos titulares de direitos autorais em virtude da execução pública de suas obras musicais, literomusicais e fonogramas, conforme já exaustivamente exposto ao longo do presente Processo Administrativo e nesta Nota Técnica.

286. O problema concorrencial que motiva a análise da SDE sob o foco da defesa econômica, repise-se, está na atividade de fixação dos valores dos direitos relativos à execução pública das obras musicais. Nem o art. 99 da Lei Autoral, nem qualquer outro dispositivo do ordenamento jurídico pátrio atribuem competência ao Ecad de fixar os valores dos direitos autorais e conexos ou de uniformizar os montantes a serem cobrados dos usuários de música em forma de tabela de preços, tampouco autorizam as Associações a fixarem tais valores de forma conjunta.

287. Dessa forma, não há lógica plausível no argumento lançado pelo Ecad em manifestação nos autos de que na gestão coletiva de direitos autorais a unificação de preços seria a regra, decorrente da própria vontade legislativa que vetou a arrecadação direta por parte das Associações. Nos termos do quanto consignado pela legislação pertinente, as Associações não podem *arrecadar* diretamente os direitos autorais de seus associados, atividade exclusiva do Ecad; entretanto absolutamente nenhum trecho do ordenamento jurídico estabelece a unificação dos preços entre as Associações como regra a ser posta em prática.

288. A gestão coletiva de direitos autorais é utilizada em todo o mundo, conforme aduzem as Representadas, até porque, de fato, a negociação individual de preços pelos autores diretamente com todos os usuários interessados em suas obras seria muito difícil de ser utilizada como a regra desse setor – mantendo-se, todavia, a possibilidade de que ocorra, se essa for a vontade do titular de direito autoral, conforme permitido pela Lei. No entanto, a análise das experiências internacionais realizada na seção anterior deixa claro que a gestão coletiva dos direitos autorais não exclui a possibilidade de existência de certo nível de competição no mercado, o que leva a formas mais eficientes e menos abusivas de precificação dos valores devidos pela execução pública das obras musicais, literomusicais e dos fonogramas.

289. No Brasil, sem qualquer respaldo legal, os valores dos direitos autorais são fixados de forma conjunta e uniforme pelas Associações efetivas e pelo Ecad, conforme pode ser lido em seu próprio site que assevera que a entidade “calcula os valores que devem ser pagos pelos usuários de música de acordo com os critérios do Regulamento de Arrecadação desenvolvido pelos próprios titulares, através de suas associações musicais”.⁹⁰

290. Neste mesmo endereço eletrônico, encontra-se disponível a tabela de preços definida coletivamente, que unifica o montante a ser cobrado dos usuários que executam publicamente obras musicais sob a administração de qualquer uma das Associações, independentemente das peculiaridades dos repertórios que disponibilizam ou dos interesses específicos dos titulares de direitos autorais que representam – fatores que, evidentemente, diferem de uma para outra entidade e que, por isso mesmo, deveriam ser levados em conta por cada uma de forma individual na hora de estabelecer o valor a ser cobrado dos usuários. Vejamos:



Figura 3

Critérios de Cálculo e Preços Disponibilizados no Sítio Eletrônico do Ecad

Fonte: [www.ecad.org.br/]. Acesso em: 23.05.2011.

Figura 4

Tabela de Preços disponibilizada no sítio eletrônico do Ecad

Fonte: [www.ecad.org.br/]. Acesso em: 27.06.2010.

291. Note-se que o Ecad, em conjunto com as Associações efetivas, estipula não somente os preços a serem cobrados mas também as formas de cálculo e os critérios de cobrança, inclusive aqueles para concessão de eventuais descontos, como demonstrado nas figuras a seguir:

Figura 5

Critérios de descontos estipulados pelo Ecad

b) CATEGORIA SOCIOECONÔMICA E NÍVEL POPULACIONAL – Os valores constantes exclusivamente na coluna COBRANÇA POR PARÂMETRO FÍSICO da Tabela de Preços serão reduzidos de 15% (quinze por cento) a 60% (sessenta por cento), de acordo com a categoria socioeconômica da unidade da Federação e o nível populacional do município, conforme o quadro abaixo. Tal redução não se aplica às emissoras de radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, nem aos preços constantes da Tabela do item I, 6.b.

Categoria socioeconômica da unidade da Federação	Nível populacional do município		
	1	2	3
A	-x-	15%	30%
B	15%	30%	45%
C	30%	45%	60%

Para efeito de aplicação do quadro de desconto, são assim subdivididas as categorias socioeconômicas e os níveis populacionais:

292. Conforme evidenciam as atas de reuniões juntadas às f. e às f. dos autos, nas Assembleias Gerais do Ecad, as seis Associações efetivas (correspondentes às ora Representadas no presente feito) apresentavam propostas, trocavam informações comercialmente sensíveis e discutiam até chegar a um acordo sobre os valores dos direitos autorais relativos à execução pública de obras musicais. Ressalte-se que todas as Associações Representadas assinavam as atas ao fim das Assembleias Gerais em que eram debatidos e definidos de forma concertada os valores a serem cobrados pelos direitos autorais, o que comprova que todas participavam e anuíam com a prática aqui investigada. Abaixo, seguem alguns trechos de atas de Assembleias Gerais do Ecad que comprovam essa sistemática:

Figura 6

Ata da 353.^a Reunião da Assembleia Geral Extraordinária do Ecad

Figura 7

Ata da 297.^a Reunião da Assembleia Geral Extraordinária do Ecad

293. Ademais, no site do próprio Ecad resta consignado que os valores devidos pelos direitos autorais são fixados em sua Assembleia Geral, em conjunto com as Associações efetivas que o compõem, consoante o demonstrado na figura abaixo:

Figura 8

Papel das Assembleias Gerais na Fixação Conjunta dos Preços

Fonte: [www.ecad.org.br/ViewController/Publico/conteudo.aspx?codigo=21]. Acesso em: 27.06.2010.

294. Por fim, destaca-se que essa prática – de fixação conjunta dos valores devidos pela execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas – foi admitida pelas próprias Representadas em suas manifestações apresentadas nos presentes autos.

295. No entanto, conforme já destacado, a Lei Brasileira de Direitos Autorais instituiu um sistema de monopólio legal apenas para as atividades de arrecadação e distribuição de valores no âmbito do sistema de gestão coletiva dos direitos autorais. Assim, as normas comuns a serem estabelecidas pelas Associações e pelo Ecad não podem ir além dessas atividades, conforme asseveram Eros Roberto Grau e Paula Forgioni:⁹¹

“(...) não é permitido às associações, no âmbito do escritório único (coletivamente, portanto), estabelecer normas comuns senão para ‘arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais autorais’ (i.e., não lhes é facultado neutralizar a concorrência além desse limite, como ocorreria se o escritório fixasse os preços desses direitos). Fosse além dos limites permitidos pela legislação excepcional, o escritório único praticaria infração à ordem econômica, nos termos do disposto no art. 20, I, da Lei 8.884/1994” (grifo nosso).

296. Ao contrário do que alegam os Representados, a possibilidade de competição entre as Associações é salutar tanto para os titulares dos direitos autorais quanto para os usuários das execuções públicas de obras musicais, literomusicais e fonogramas. Por um lado, os titulares de direitos autorais poderão escolher se filiar àquela Associação que considerem que melhor tutela os seus interesses. Lado outro, os usuários também se beneficiarão da concorrência tendo em vista que a livre negociação de preços diminui eventuais abusos e possibilita uma forma de precificação mais sensível às necessidades do usuário e eficiente em termos econômicos. Obviamente, tal modelo poderia vir acompanhado de algum tipo de tutela estatal, de forma a melhor considerar as especificidades das obras musicais, literomusicais e fonogramas, em sua condição de bens culturais.

297. Não merece respaldo o aduzido pelas Associações Representadas de que por serem entidades sem fins lucrativos, não seria possível a competição entre elas, tampouco a prática de infração à ordem econômica. Primeiramente, cumpre salientar que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem manifestado reiteradamente o entendimento de que entidades sem fins lucrativos são passíveis de cometer infração à ordem econômica, dado que qualquer conduta que possa vir a produzir efeitos anticoncorrenciais enquadra-se no art. 20 da Lei 8.884/1994. Além disso, não estamos aqui tratando de associações formadas por indivíduos totalmente distantes do ambiente econômico. Muito pelo contrário, as Associações Representadas são integradas por agentes econômicos (autores, gravadoras, editoras) que efetivamente visam lucro e justamente para a percepção deste lucro utilizam-se destas instituições. Nesse sentido, a fixação conjunta dos valores dos direitos pelas Associações juntamente com o Ecad produz um ambiente propício à cobrança de valores indiscriminados e abusivos. Na medida em que há a possibilidade de obter lucros maiores do que aqueles que seriam conseguidos num regime de livre concorrência, há racionalidade econômica para a prática de formação de cartel. Além disso, num mercado onde a concorrência é eliminada, os agentes não precisam se preocupar em oferecerem um serviço eficiente e de qualidade, já que a sua fatia do mercado está garantida.

298. Sobre a possibilidade de introdução da concorrência na gestão coletiva dos direitos autorais, a CNC, autoridade antitruste espanhola, na conclusão de seu Informe sobre La Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual, assim se pronuncia:

“(...) é possível um modelo mais favorável à competição, em que as entidades enfrentem maior pressão concorrencial na prestação de serviços a titulares e associados e os mecanismos de mercado possam organizar esta atividade.

A falta de pressão concorrencial sobre as entidades explica-se pela confluência de barreiras de entrada que limitam a concorrência efetiva e/ou potencial que poderiam exercer outras entidades nacionais ou estrangeiras ou os próprios titulares”⁹² (grifo nosso).

299. De todo o exposto, considerando que a Lei de Direitos Autorais não autoriza a fixação conjunta dos valores devidos pela execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas por parte dos Representados e que a introdução de mecanismos de mercado no âmbito da gestão coletiva dos direitos autorais traz benefícios para a sociedade (inclusive para os titulares de direitos autorais) e é totalmente viável em termos econômicos, como será discutido abaixo, *é flagrante que a prática das Associações Representadas de reunirem-se em Assembleia Geral no âmbito do Ecad para decidir de forma concertada valores unificados a serem cobrados pelos direitos autorais, funcionando o Ecad como uma instância de coordenação de preços, configura infração à ordem econômica consistente em formação de cartel, nos termos do art. 20, I, c/c art. 21, I e II, ambos da Lei 8.884/1994.*

• *Das distorções causadas pela eliminação dos mecanismos de mercado*

300. A prática aqui investigada de fixação conjunta dos valores devidos pela execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas por parte dos Representados, somada ao monopólio legal existente para as atividades de arrecadação e distribuição de valores, resulta na eliminação dos mecanismos de mercado na organização do setor, o que traz inúmeras distorções econômicas e ineficiências para toda a sociedade, inclusive para os titulares dos direitos autorais.

301. Cabe aqui ressaltar que o fato de um setor apresentar peculiaridades que demandam algum tipo de regulação estatal não implica que a concorrência deva ser totalmente eliminada desse mercado. O Brasil está repleto de experiências bem-sucedidas em que a introdução, em setores regulados, de mecanismos que introduziram ou ampliaram a concorrência entre os agentes do mercado trouxe inúmeros benefícios para toda a sociedade, em termos de aumento da qualidade do serviço prestado, ampliação do acesso, disponibilidade do produto ou serviço e diminuição de preços. O setor de telecomunicações é um desses exemplos.

302. No caso dos valores devidos pela execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas, as práticas perpetuadas pelas Representadas, consistentes não só na formação de cartel, mas também na criação de dificuldades para a entrada de novos agentes no mercado, trazem uma série de distorções na precificação desses valores e também outras ineficiências para o setor, como o elevado número de ações judiciais questionando a forma de atuação do Ecad.

303. Esse quadro é prejudicial não só para os agentes econômicos que pagam pela execução pública das obras, como emissoras de rádio, televisão etc., mas também para os titulares dos direitos autorais. Os titulares dos direitos autorais veem-se prejudicados por Associações que são pouco pressionadas para serem mais eficientes, por formas de fixação de valores que resultam em inúmeras ações judiciais e no conseqüente adiamento do pagamento dos valores, pela organização do setor que conferiu monopólio a uma entidade sem a correspondente fiscalização por suas atividades etc.

304. De fato, do exame das denúncias e manifestações acostadas aos autos ao longo da instrução deste Processo Administrativo, percebe-se claramente que os preços dos direitos autorais estabelecidos pelo cartel formado pelas Representadas são indiscriminados e abusivos, não sendo baseados em qualquer metodologia de definição que leve em conta critérios de razoabilidade e proporcionalidade de utilização da música pelo usuário. Senão, vejamos.

305. Dado que cada Associação representa um conjunto de titulares de direitos autorais cujas obras musicais apresentam diferentes estilos, qualidade, popularidade, preferência do público, presença na mídia, alcance regional/nacional e outras características próprias de cada música, é de se esperar que, em um ambiente competitivo, tais fatores seriam levados em conta quando da estipulação dos valores a serem cobrados por sua execução pública. Ora, as características peculiares de um produto ou serviço em um mercado qualquer habitualmente são os elementos primordiais considerados quando seu preço é estabelecido.

306. No entanto, conforme confirmam as manifestações de associações de empresas de radiodifusão, emissoras de televisão e exibidoras cinematográficas nos autos, a única forma de



licença oferecida pelo Ecad aos usuários é uma blanket license que congrega todos os repertórios geridos pelo Escritório. Dessa forma, o preço cobrado pelos direitos autorais não guarda qualquer proporção ou correlação com a quantidade de obras musicais inseridas na programação desses usuários, com o valor econômico do repertório ofertado, ou mesmo com as preferências dos seus consumidores que poderiam desejar contratar apenas repertórios específicos ou um número limitado deles, ao invés de contratar uma cesta que agrega todos os repertórios oferecidos pelo Escritório Central.

307. Sobre essa questão, assim se pronuncia o parecer do professor Marcos Alberto Santa Anna Bitelli juntado aos autos pela ABTA: “as licenças ou autorizações que o Ecad dá como agente monopolista independem da obra musical que é executada e, no mais das vezes, se e quando ela é executada, nas hipóteses em que o critério de cobrança é relacionado a faturamento do usuário, metragem quadrada do estabelecimento ou número de quartos do hotel, por exemplo. (...) não há relação de pertinência. A licença é dada em bloco, sendo irrelevante o repertório que ele representa ou o repertório que o usuário irá executar” (f.).

308. Assim, a licença para execução pública de obras musicais protegidas por direitos autorais é cobrada na porcentagem de 2,5% sobre a receita bruta proveniente da venda de ingressos dos estabelecimentos com entrada paga ou, por parâmetro físico, proporcionalmente à metragem quadrada de estabelecimentos abertos ao público que toquem músicas para seus frequentadores (no valor de 2,70 UDAs por cada 10 m²), ⁹³ mesmo que tais empreendimentos comerciais não executem nenhuma obra musical protegida por direitos autorais sob o manto do Ecad, como, por exemplo, músicas de domínio público, de compositores não associados a nenhuma entidade representativa que compõem o Escritório Central ou de compositores estrangeiros não identificados.

309. Já no caso das rádios e emissoras de televisão, a “licença cobertor” é cobrada em forma de um percentual sobre suas receitas brutas da seguinte forma: (a) no caso da televisão aberta, o percentual é de 2,5%, respeitado o valor mínimo de dois salários mínimos; (b) das rádios é cobrado 5%; ⁹⁴ e (c) da televisão por assinatura, percentual de 2,55%. No caso de transmissões e/ou retransmissões através da internet, o direito autoral é cobrado da seguinte forma: (a) se for simultânea, 10% do valor mensal bruto devido pela emissora pela transmissão convencional; (b) se for programação disponibilizada somente por este meio, 7,5% da receita bruta obtida no site da emissora, ressalvado o valor mínimo correspondente a 50 UDAs, não levando em consideração a capacidade de transmissão do site, tampouco as características da programação ofertada. Saliente-se que todas as Associações que congregam usuários das modalidades acima descritas, instadas pela SDE a se manifestarem sobre a questão, ressaltaram que tais critérios foram decididos unilateralmente pela entidade arrecadadora sem que fossem negociados previamente com elas ou com seus associados.

310. Essas formas de cobrança descoladas da efetiva utilização das obras levam a situações disparatadas, fazendo com que uma emissora de rádio especializada na transmissão de notícias ou apenas em obras musicais de domínio público submeta-se aos mesmos critérios que uma emissora que transmita somente os “hits de sucesso do momento”, conforme exemplifica a ABERT nos autos. Outro exemplo são os canais por assinatura com baixa ou nenhuma utilização de músicas em sua programação que pagam o mesmo que o canal MTV. Do observado, impende concluir que tais critérios resultam em tratamento discriminatório entre diferentes emissoras em um mesmo meio de transmissão, já que se adotam parâmetros idênticos de cobrança para agentes econômicos desiguais com diferentes percentuais de suas receitas brutas provenientes da execução de obras musicais protegidas por direitos autorais, acabando por estabelecer vantagem competitiva artificial para alguns, ou ainda, um subsídio cruzado daquelas que pouco utilizam os serviços protegidos pelo Ecad, para aquelas que grande parte de sua programação abrange a veiculação de músicas.

311. Assim, a depender do usuário da música, configura-se desarrazoado um critério de cobrança dos direitos autorais baseado na receita bruta dos usuários, que engloba parcelas que não guardam qualquer relação com a atividade de execução pública de obras musicais. Para alguns tipos de usuários de música, como as emissoras de rádio e canais de televisão fechada, o uso da licença por uso é mais eficiente em termos econômicos por guardar uma relação de proporcionalidade mais estreita entre os valores cobrados e a quantidade dos direitos efetivamente utilizados. ⁹⁵

312. Note-se, além disso, o quanto explicado pela Abert relativamente à questão da contratação dos direitos de sincronização de obras musicais na produção do conteúdo das emissoras de televisão

aberta, o que é feito por autorizações prévias e específicas concedidas de forma direta pelos titulares de direitos autorais ou por meio das editoras musicais, sem a ingerência das Associações a que estão vinculados, conforme autoriza a Lei de Direitos Autorais. Mesmo assim, neste caso, o Ecad compele as empresas televisivas, independente do uso real em sua programação de obras musicais, literomusicais e fonogramas, ao pagamento da integralidade do preço por ele fixado pela *blanket license*, o que é um exemplo de mais uma distorção na forma de fixação dos preços nesse mercado.

313. Nesse contexto, há decisões judiciais em ações movidas por grandes emissoras de televisão em desfavor do Ecad nas quais o Poder Judiciário reconheceu a possibilidade de negociação direta dos usuários com os titulares, a impossibilidade de cobrança dos direitos autorais em bases genéricas e o abuso da fixação de preço pelo Escritório Central com base em percentual da receita bruta de cada emissora. Um exemplo trazido aos autos pela Representante é a decisão do STJ em 2009, favorável ao canal de televisão MTV Brasil, em que foi reconhecido o direito de a emissora “descontar” do que paga ao Ecad os valores das músicas de sua programação que não fizessem parte do repertório do Ecad,⁹⁶ tendo o Tribunal asseverado que “a condição de órgão legitimado a realizar a cobrança de valores devidos a título de direitos autorais não exime o Ecad da obrigação de demonstrar em juízo a consistência da cobrança empreendida”. De modo análogo, em precedente envolvendo a TV Globo e o Ecad, o TJRJ asseverou que “a fixação de preço em percentual da receita bruta de cada emissora contratante constitui abuso dos direitos que lhe confere o parágrafo único, do art. 98 da Lei 9.610/98, em total infringência aos princípios da isonomia, da boa-fé e do equilíbrio econômico do contrato a ensejar a interferência do Estado”.

314. Falando em “interferência do Estado”, conforme visto no levantamento feito sobre experiências internacionais na gestão coletiva de direitos autorais, o Ecad é praticamente a única entidade de direito privado que possui o monopólio sobre as atividades de arrecadação e distribuição de direitos autorais sem que, em contrapartida, sofra qualquer fiscalização ou tutela estatal. Esta falta de transparência e ausência de prestação de contas também facilita a fixação de preços com base em critérios desarrazoados, ineficientes e abusivos por parte do Escritório Central em conluio com as Associações Representadas.

315. É possível também identificar irregularidades na metodologia empregada pelo Ecad para a determinação dos repertórios mais executados. O critério utilizado para tal verificação é por amostragem, de forma que muitos titulares de direitos autorais, mesmo que suas obras tenham sido executadas, não recebem nada, enquanto outros recebem mais do que seria o proporcionalmente devido. Por conta dessas falhas na metodologia, observa o Ministério da Cultura, em sua manifestação apresentada à SDE, ser extremamente difícil para um novo intérprete receber quaisquer valores de arrecadação por direitos autorais em seu início de carreira, mesmo que suas músicas sejam executadas em um número razoável de vezes, configurando-se, assim, como uma barreira à entrada de novos intérpretes.

316. Pelo exposto, ficam bastante claros os prejuízos à economia e à sociedade advindos do cartel formado pelos Representados. A fixação unificada dos valores devidos pela execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas confere aos Representados notável poder de mercado sobre os usuários de música, permitindo a adoção de critérios abusivos e indiscriminados, na medida em que há pouco espaço para a negociação. Percebe-se assim que o sistema de gestão coletiva dos direitos autorais ora em vigor no Brasil carece de uma nova metodologia de funcionamento a fim de torná-lo mais suscetível às forças de oferta e demanda e consequentemente mais eficiente, sendo imprescindível para tanto o imediato desmantelamento do esquema colusivo levado a cabo pelo Ecad e as Associações Representadas.

• *Dos efeitos econômicos adversos e agentes prejudicados pela conduta*⁹⁷

317. Diversos trechos desta Nota Técnica expuseram considerações quantos aos efeitos econômicos adversos gerados pela conduta, bem como os agentes por ela prejudicados. Porém, é salutar asseverar que não são as empresas de televisão a cabo ou de radiodifusão as prováveis maiores prejudicadas com a conduta aqui investigada. Dado a amplo espectro do cartel e a diversidade de aplicações do “produto” objeto do conluio, os efeitos da fixação de preços coordenada e organizada pelo Ecad espalham-se pela economia, prejudicando titulares de direitos autorais, artistas e, sobretudo, os consumidores brasileiros, que vêem os preços de diversos artigos culturais, artísticos e recreativos majorados por conta da conduta ora investigada. A título de síntese, é possível elencar os seguintes grupos de prejudicados e correspondentes efeitos econômicos

adversos:

- *Consumidores de serviços de radiodifusão e de distribuição de conteúdos audiovisuais:* o cartel promove um aumento de preços de insumos da cadeia produtiva de distribuição de conteúdos audiovisuais, que são repassados – em maior ou menor grau – ao consumidor final. Isto implica em valores mais elevados de assinatura, para os casos de conteúdos pagos pelo consumidor tais como televisão a cabo, ou maior necessidade de financiamento via publicidade ou menor diversidade de conteúdo, no caso dos meios abertos, tais como rádio e televisão aberta. Em todo caso, o mecanismo de transmissão ao consumidor final, seja via preços seja via diminuição da variedade e qualidade de conteúdos, opera-se em relação à elevação de preços de insumos dentro da cadeia produtiva;

- *Consumidores de direitos autorais (eventos, festas etc.):* a elevação de preços derivada de um cartel é direta, pois ocorre no último elo da cadeia produtiva. É digno de nota, ainda, que o sistema linear de preços operado pelo cartel promove perda de diversidade e variedade de eventos, pois eventos em que seriam exibidas obras em domínio público ou de artistas que necessitam de divulgação (e, portanto, cobriam menos pela exibição pública) teriam seus custos de realização minorados não fosse a conduta perpetrada pelo Ecad e demais investigados;

- *Empresas de radiodifusão e distribuição de conteúdos audiovisuais:* a elevação artificial de preços de insumos derivada de um cartel gera elevação de custos de produção. O equilíbrio de mercado decorrente encontra-se em patamares menores em termos de quantidade consumida e maiores em termos de preço, se comparado ao equilíbrio do ambiente competitivo sem cartel. O cartel possivelmente impacta os lucros da indústria a jusante na cadeia produtiva, porém, outro possível efeito, derivado inclusive da diminuição artificial do mercado, é a menor quantidade de empresas, sobretudo nos segmentos em que a escala é menor. Em outras palavras, um cartel em um segmento da cadeia o audiovisual implica menor quantidade de empresas, o que seria mais esperado no segmento de radiodifusão (transmissoras de rádio). Novamente, a perda de diversidade de conteúdo é esperada, pois – de forma similar ao que se espera quanto aos efeitos da conduta sobre o segmento de eventos – poderiam surgir maior quantidade de rádios especializadas em obras em domínio público ou de artistas que necessitam de divulgação, não fosse o método linear e cartelizado de fixação de preços que se verificada no segmento da indústria ora investigado. Dessa forma, pode-se afirmar que o modo como opera o Ecad funciona como uma barreira à entrada a empresas no mercado de distribuição de conteúdos audiovisuais, na medida que a obrigação de pagar uma taxa ao Ecad mesmo não utilizando nenhuma obra musical protegida por direitos autorais no Brasil desincentiva a entrada, por exemplo, de empresas especializadas em músicas internacionais ou em domínio público;

- *Artistas (músicos, compositores etc.):* o sistema linear e coordenado de preços empreendido pelo cartel possivelmente é mais pernicioso para este segmento da indústria. Deve-se notar que a distribuição de conteúdos audiovisuais, no caso obras musicais, literomusicais e fonogramas, caracteriza-se por ser um indústria ou mercado de dois lados (em inglês, *two-sided market*, estudado na literatura econômica). Os lados desse mercado são os artistas e os consumidores de suas músicas (seus fãs), sendo os meios de comunicação bem como o próprio Ecad as plataformas de intermediação. Segundo a literatura especializada, a regra de precificação em um mercado de dois lados, em geral, é relacionada ao grau de elasticidade-preço da demanda de cada mercado: cobra-se mais do segmento menos elástico e menos do segmento mais elástico.⁹⁸ No caso dos músicos, é de se esperar que aqueles em começo de carreira sejam os mais dependentes dos meios de transmissão e comunicação (rádio, TV, eventos etc.) para divulgação de sua obra (são, no dizer econômico, o lado menos elástico, ou mais dependente, e de onde é extraída proporcionalmente mais renda segundo o método de precificação aqui exposto). *Isto explicaria o fato de o Ecad repassar pouco ou nada a este grupo de artistas: por ser o grupo mais dependente (de menor elasticidade), são mais “cobrados” pelo serviço de divulgação, em termos relativos ao grupo menos dependente,⁹⁹ e sobre o qual o cartel possui mais poder para extrair proporcionalmente mais renda.* Por outro lado, o grupo dos artistas mais consolidados no mercado é menos afetado, pois possuem maior poder de barganha frente a gravadoras, associações e ao próprio Ecad (possuem mais alternativas de divulgação). O repasse dos preços mais elevados fixados pelo cartel, em relação às obras deste grupo de artistas, ocorre justamente para seus fãs, que são os consumidores de suas músicas. Estes consumidores são o segmento mais dependente (menos elástico) do mercado de dois lados formado por artistas de renome e fãs, tendo em vista o apelo popular, gostos e



preferências que tornam tais consumidores propensos a arcar com custos maiores para ter acesso às obras daqueles. Se considerarmos os diversos grupos de artistas e fãs como um mercado de múltiplos lados (*multi-sided market*) é possível imaginar um cenário em que artistas em início de carreira “financiem” artistas de maior renome. Porém, dado os efeitos deletérios de um cartel, boa parte do mecanismo de financiamento cruzado deve ser absorvido pelas ineficiências derivadas do cartel, devendo-se esperar que todos os grupos de artistas e consumidores tenham ganhos com o seu término.

318. Em todo caso, dada a diversidade de aplicações e agentes envolvidos, uma análise exaustiva dos efeitos derivados da conduta seria por demais trabalhosa ou mesmo imprecisa, bem como desnecessária para caracterizar que o fim do cartel ora investigado trará significativos ganhos à sociedade e à economia brasileiras.

319. Os efeitos deletérios de cartéis e de esquemas de fixação coordenada de preços – mesmo preços sugeridos tais como tabelas referenciais – já foram extensa e exaustivamente analisados pelo Cade, por esta SDE, bem como pelos diversos organismos internacionais que reiteradamente recomendam o combate persistente a cartéis e esquemas de coordenação de preços.

320. Apenas a título ilustrativo, no que se refere à influência para adoção de condutas uniformes entre concorrentes, em voto vista proferido no âmbito da Averiguação Preliminar 08012.005994/2004-65,¹⁰⁰ o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo asseverou que a jurisprudência do Cade contém inúmeras condenações a sindicatos, conselhos, associações e entidades de classe como sujeitos ativos deste tipo de exercício abusivo de posição dominante. Quanto a tabelas referenciais de preços, os votos Conselheiro Barrionuevo, no âmbito do Processo Administrativo 08012.007517/2000-31,¹⁰¹ do Conselheiro Thompson Andrade, por ocasião do julgamento do Processo Administrativo 08012.0004036/2001-18,¹⁰² podem ser colacionados como exemplos de condenação de entidades responsáveis por sua elaboração. Conforme se observa da pesquisa contida no voto-vista do Conselheiro Ragazzo no âmbito da Ap 08012.005994/2004-65, mesmo após a década de 90, diversas foram as condenações de associações pela emissão de tabelas, mesmo diante da ausência de prova de coação contra os associados, como demonstram os processos 08012.004372/2000-70, 08012.004373/2000-32, 08000.021976/1997-51, 08012.009443/1998-15, 08012.006397/1997-02, 08012.001098/2001-81, 08012.007042/2001-33 e 08012.005194/2001-00.

321. Portanto, seja pela fixação direta de preços, pela influência para adoção de condutas uniformes entre concorrentes, ou pela elaboração de tabelas de preços (menos que não tivessem força coativa, o que aqui não se observa), as Representadas incorreram em práticas reiteradamente punidas pelo Cade, sendo desnecessário um detalhamento exaustivo de seus efeitos sobre o mercado para caracterizar sua ilicitude.

• *Da viabilidade de introdução da concorrência na gestão coletiva dos direitos autorais*

322. *No presente caso, entende-se ser perfeitamente possível a introdução de concorrência entre as Associações representativas dos titulares dos direitos autorais, de forma que a definição dos valores a serem cobrados seja feita com base nos parâmetros organizacionais particulares de cada Associação, em suas metas estratégicas, no valor que atribui a seu repertório e que também reflita eventuais negociações com os usuários de música.*

323. Não merecem prosperar as alegações das Representadas de que não seria possível a negociação direta dos titulares ou de suas Associações com os usuários. Observe-se que essa já é a realidade na contratação de direitos de sincronização (inserção) de obras musicais na produção do conteúdo da televisão aberta que é feita por negociação direta com os titulares dos direitos autorais e/ou suas editoras/associações com os usuários (na fase de produção do programa, logo, antes do ato de execução pública) sem qualquer ingerência do Ecad. As situações que possibilitam a negociação direta apresentam vantagens tanto para o titular do direito autoral quanto para os usuários: (a) os efetivos autores da obra musical, literomusical ou fonograma seriam mais bem remunerados, na medida em que as Associações seriam estimuladas a adotar metodologias mais acuradas para verificação das obras executadas, o que cria mais espaço para o crescimento de novos talentos e diminui as distorções trazidas pelo sistema de amostragem. Como será visto abaixo, a tecnologia disponível no mercado já permite obter uma listagem completa das obras executadas nos mais diversos tipos de mídia; (b) os usuários também seriam beneficiados, vez que, quando possível, poderiam optar por não adquirir uma blanket license, substituindo-a por uma

licença ou forma de pagamento mais consistente com suas necessidades.

324. Observe-se que nesse modelo há incentivos para a formação de Associações mais especializadas em defender um certo tipo de direito autoral ou mesmo que concentrem repertórios de determinados gêneros musicais, o que pode vir a gerar eficiências para os titulares dos direitos autorais representados. Esse modelo também possibilita que diferenças entre as músicas e os repertórios, sua qualidade, estilo e preferência por parte do usuário venham a exercer influência em sua precificação, o que confere mais eficiência econômica a todo o processo.

325. Se o modelo funcionar de forma concorrencial conforme descrito nesta análise, os usuários têm seu poder de escolha garantido, podendo optar por executar o repertório de uma Associação em detrimento do de outras.¹⁰³ Assim, as Associações que oferecessem a melhor relação custo/benefício teriam seus repertórios mais executados, percebendo maior receita. Com isso, seus associados receberiam um valor maior por seus direitos autorais, o que criaria incentivos para que outros titulares de direitos autorais migrassem para a Associação mais eficiente, ampliando e aquilatando ao longo do tempo o repertório dessas Associações.¹⁰⁴ E, ao oferecer um conjunto de obras musicais maior e melhor, as Associações mais eficientes podem aumentar seus preços re-equilibrando a relação custo/benefício percebida pelos usuários. Ora, desta exposição fica manifesto que um modelo de gestão coletiva de direitos autorais que opera em um sistema de livre concorrência traz benefícios para todos os agentes econômicos envolvidos, ao permitir que o mercado seja parcialmente organizado pelos mecanismos de oferta e demanda: ganham os usuários por conseguirem preços mais razoáveis e ajustados com as suas necessidades e lucram os titulares de direitos autorais que passam a auferir os benefícios de ter à sua disposição Associações mais interessadas em oferecer um serviço de qualidade e com um maior retorno financeiro para seus associados.

326. Nesse modelo, as Associações informam ao Ecad o valor que desejam cobrar por seus repertórios e este atua dentro dos limites estritos da Lei de Direitos Autorais, ou seja, como instrumento exclusivo de arrecadação e distribuição. Assim, o Ecad arrecadaria os direitos autorais com valores diferentes e procederia à distribuição do quanto é devido a cada Associação, proporcionalmente ao preço por ela cobrado e à quantidade de execuções de seus repertórios.

327. A despeito do que alegam as Representadas em suas defesas, não se vislumbra dificuldade intransponível na realização da arrecadação por valores diferentes para cada Associação. Conforme bem destaca o Ministério da Cultura, em sua manifestação feita à SDE, a atividade de distribuição dos direitos autorais arrecadados pelo Escritório Central já é atualmente realizada em valores diferentes para cada Associação. Assim: “se a regra tanto para arrecadação quanto para a distribuição tem que ser a mesma, como se depreende da leitura do art. 99 da Lei de direitos autorais, e se os valores da distribuição são repartidos por meio de alíquotas diferentes pelas Associações que compõem o Ecad”, então fica evidente não haver óbice algum a que sejam cobrados valores diferentes pelos direitos autorais, variando conforme o valor atribuído por cada Associação a seu repertório, e sendo ditado por regras de mercado, por meio da livre negociação entre as Associações – individualmente representando os interesses de seus associados – e os usuários de música.

328. Insta ressaltar que não se considera irregular a oferta de uma licença do tipo cobertor, mesmo porque esse tipo de licença é a mais adequada para determinados tipos de usuários, como canais de filmes ou mesmo emissoras de rádio e televisão que desejem executar obras musicais integrantes do repertório de diferentes Associações. Também se vislumbra a incidência de uma licença desse tipo para o caso das obras musicais feitas em parceria por titulares de direitos musicais associados a entidades representativas diferentes. O grande problema anticoncorrencial que se verifica é a oferta de apenas um tipo de licença de valor unificado para todos os usuários, o que é um efeito nocivo da prática de cartel investigada, na medida em que a licença cobertor representa uma forma abusiva de cobrança para aqueles usuários que fazem pouco uso da música e/ou que não necessitam de adquirir um tipo de licença que cubra todo o repertório musical das Associações. Num regime de concorrência na fixação dos valores pela execução pública das obras, é dada a possibilidade aos usuários de escolher a licença que melhor se adéqua a suas atividades e às suas condições.

329. Em qualquer dos casos de licença ofertada, cabe observar que o Ecad já possui meios suficientes para identificar e controlar o quanto exatamente de seu repertório foi utilizado, sendo que esses recursos já são usados para a distribuição dos valores devidos a cada Associação. Dessa

forma, é perfeitamente possível que o Ecad proceda à arrecadação proporcional ao efetivamente utilizado pelo usuário e em valores diferenciados. Senão, vejamos.

330. As emissoras de televisão já possuem o controle de todos os fonogramas executados em seus programas, atualmente fornecendo ao Ecad relatórios mensais indicando as músicas utilizadas, pelos quais se pode identificar o autor da obra e a Associação a que está filiado, como pode ser verificado nos relatórios mensais encaminhados por operadoras em agosto de 2010 ao Ecad, juntado aos autos pela ABRA em apartado confidencial. Assim sendo, percebe-se ser perfeitamente viável que as emissoras de televisão sejam cobradas de forma diferenciada por execução e não por percentual da sua receita bruta e que seja identificado para cada fonograma qual a licença a que está submetido, qual o valor que incide sobre ele, distribuindo o que compete a cada Associação de forma proporcional à quantidade de obras musicais executadas de seu repertório.

331. Em relação às emissoras de rádio, o Ecad disponibiliza para todas o *software* Ecad.TEC Rádio, capaz de identificar todo o repertório utilizado pelas emissoras em sua programação musical e fornecer informações acuradas para a distribuição das retribuições autorais. O *site* do próprio Ecad afirma que essa ferramenta eletrônica permite que a emissora cadastre todas as músicas utilizadas em sua programação, crie banco de dados, monte a programação musical diária com a definição da sequência e do horário de execução de cada música, consulte relatórios sobre as músicas relatadas e envie para a entidade arrecadadora o arquivo com toda a programação musical da emissora, o que garantiria “uma distribuição mais precisa dos direitos autorais”.

332. De todo o exposto nesta análise, resta demonstrado que o Ecad e as Associações Representadas operam em forma de cartel no mercado de direitos autorais relativos à execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas no Brasil, na medida em que, sem qualquer respaldo legal, fixam preços unificados e determinam critérios de cobrança abusivos e desarrazoados, pelo que incorrem em infração à ordem econômica, tipificada no art. 20, I, c/c art. 21, I, II e XXIV, da Lei 8.884/1994.

333. Como visto, a negociação direta de cada Associação com seus usuários e a precificação individual dos seus repertórios é perfeitamente possível e em nada inviabiliza a gestão coletiva dos direitos autorais presente nas atividades de arrecadação e distribuição. Na medida em que os mecanismos de oferta e demanda passem a organizar esse mercado, abre-se espaço para a adoção de outros tipos de licença e de critérios de cobrança mais ajustados à efetiva utilização das obras por parte dos usuários. A introdução da concorrência nesse mercado também traz benefícios para os titulares dos direitos autorais.

334. Nunca é demais lembrar a sede constitucional, entre os direitos fundamentais, da plena proteção aos direitos autorais (ex vi art. 5.º, XVII e XXVIII, da CF/1988 (LGL 1988\3)) e da ampla liberdade de expressão artística (art. 5.º, IX, da CF/1988 (LGL 1988\3)), bem como do dever do Estado de garantir a todos o pleno acesso à cultura nacional e de incentivar a difusão das manifestações culturais (art. 215 e ss., da CF/1988 (LGL 1988\3)) e do dever dos meios de comunicação social de promoção à produção cultural e artística nacionais (arts. 220 e ss., CF/1988 (LGL 1988\3)).

335. Nesse sentido, uma gestão mais eficiente dos direitos autorais relativos à execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas, aliada a uma atuação competitiva das associações tanto para atrair associados, como em sua relação com os diferentes usuários, contribui de forma substancial para uma maior difusão da produção artística nacional, permitindo maior acesso à cultura aos cidadãos e garantindo maior proteção aos direitos do autor.

336. Como será visto no próximo item, a concorrência somada à retirada das barreiras para a livre formação e funcionamento das Associações gera pressão para que essas entidades se tornem mais eficientes e preocupadas em prestar um serviço de qualidade para seus associados.

II.5.2 Do abuso de posição dominante e da criação de mecanismos para dificultar e impedir o funcionamento de outras Associações por parte do Ecad

337. De acordo com o art. 97 da Lei 9.610/1998, os titulares dos direitos autorais podem associar-se em entidades para a “gestão coletiva de direitos de mesma natureza”. Apesar de a Lei de Direitos Autorais permitir a negociação direta do titular do direito autoral com o usuário, essa, na maioria dos



casos, não é a melhor opção do ponto de vista econômico e operacional. Isso porque a existência de Associações na intermediação entre o usuário e o autor gera grandes eficiências tanto para o titular do direito autoral quanto para o usuário.

338. A intermediação das Associações diminui consideravelmente os custos de transação envolvidos na negociação dos direitos com cada usuário. Além disso, há outras vantagens para os titulares dos direitos autorais, como o maior poder de barganha detido por uma Associação para negociar com grandes usuários; a redução dos custos administrativos que podem ser impeditivos para os autores iniciantes e/ou de menor expressão.

339. Conforme já ressaltado na presente nota técnica, as Associações representativas dos titulares de direitos autorais detêm, cada uma, existência e autonomia próprias, devendo negociar e fixar separadamente os valores devidos pela execução pública dos repertórios que representam.

340. A existência de requisitos razoáveis e não impeditivos para a entrada e o bom funcionamento de novas Associações no mercado é necessária para a livre concorrência, apresentando grandes vantagens para os titulares dos direitos autorais e os autores. Os titulares dos direitos autorais são especialmente beneficiados porque esse modelo pressiona as Associações existentes para serem mais eficientes e de fato oferecerem um serviço de qualidade e com o máximo retorno financeiro possível para seus associados. Do contrário, os associados poderiam trocá-las por Associações mais sensíveis aos seus interesses ou mesmo procurar constituir novas Associações para melhor representá-los.¹⁰⁵

341. Nesse sentido, note-se que a experiência do direito comparado da União Europeia registra que, nestes países, não há qualquer requisito material para o ingresso de uma nova Associação no sistema de gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais, sendo exigidos apenas requisitos formais concernentes ao registro da entidade perante a autoridade competente. Assim, conforme consta em estudo sobre a administração coletiva dos direitos autorais na Europa:¹⁰⁶

“Para começar a funcionar, em alguns países, as sociedades de gestão coletiva precisam de autorização das autoridades públicas, geralmente um ministério. Há um regime de autorização prévia para o exercício de operações em 16 dos 25 Estados-Membros.

Nos restantes nove países, ou seja, Chipre, República Checa, Estónia, Alemanha, Grécia, Lituânia, Eslováquia, Suécia e Reino Unido não há necessidade de autorização, de acordo com a legislação para a criação de sociedades de gestão coletiva. Entre os Estados-Membros em que um regime de autorização prévia está em vigor, uma autoridade de supervisão é responsável por emitir a autorização necessária para toda a sociedade começar a funcionar nos seguintes países (seguido pela autoridade competente):

- Hungria, Letónia, Polónia e Espanha (Ministério da Cultura), a Bélgica e o Luxemburgo (Ministério da Economia)
- Áustria (Autoridade de Comunicação)
- Malta (o Copyright Board, organismo nomeado pelo Ministro da Competitividade e Comunicações)
- Eslovénia (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual)

As sociedades de gestão coletiva na Holanda devem ser designadas pelo Ministro da Justiça, de acordo com o Ministro da Educação, Cultura e Ciência, sujeito a certas exceções. Na área de radiodifusão e execução pública de fonogramas, por exemplo, a designação, pelo Ministro da Justiça é condição suficiente. Na área dos direitos de retransmissão simultânea e integral a cabo, nenhuma autorização é necessária.

Na Irlanda e Portugal as sociedades de gestão colectiva devem entrar em um registro. Na Irlanda, o Registro de Direitos Autorais Licenciamento Órgãos é mantida pelo controlador de projetos de Patentes e Marcas Registradas. A falta de registro constitui uma infração punível com multa e/ou prisão até 5 anos. Em Portugal, o registro está sob a égide da Inspeção-Geral das Atividades Culturais (Ilgac).

Na Itália, os estatutos do SIAE requerem a aprovação do Presidente do Conselho de Ministros, sob

proposta do Ministério da Cultura, em consulta com o Ministério das Finanças. Nenhum procedimento de autorização é exigido por outras sociedades de gestão coletiva.

Em três países, apenas algumas sociedades de gestão coletiva necessitam de uma autorização associada à natureza dos direitos administrados:

- Dinamarca (Ministério da Cultura) e Finlândia (Ministério da Educação) em relação à gestão dos direitos de obras de arte, cópia privada ou de radiodifusão e execução pública de fonogramas; e,
- França (Ministério da Cultura) para os casos em que a administração coletiva é obrigatória, nomeadamente para a retransmissão de reprografia e cabo.

Em resumo, em 9 países – Chipre, República Checa, Estónia, Alemanha, Grécia, Lituânia, Eslováquia, Suécia e Reino Unido – sociedades de gestão não estão sujeitos a qualquer procedimento especial. Em três países – Dinamarca, Finlândia e França – procedimentos especiais só se aplicam às sociedades que gerem determinados direitos – cópia privada, direito de revenda, de radiodifusão e retransmissão por cabo” (trad. livre).

342. Diferentemente, o que se verifica no Brasil é a estipulação por parte do Ecad, no capítulo II de seu Estatuto, de requisitos desarrazoados para a admissão de Associações ao Sistema de Gestão Coletiva de Direitos Autorais. Reproduz-se abaixo os requisitos impostos pelo Escritório Central para a admissão de novas Associações:

“CAPÍTULO II: REQUISITOS PARA A ADMISSÃO DE ASSOCIAÇÕES

Art. 7.º O Ecad será integrado por associações efetivas e administradas.

TÍTULO I: DAS ASSOCIAÇÕES ADMINISTRADAS

Art. 8.º Para ser admitida como administrada pelo Ecad, a associação deverá ser constituída estatutariamente sem fins lucrativos e preencher os seguintes requisitos:

- a) Apresentar prova do registro do Estatuto no cartório competente, bem como da inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ.
- b) Apresentar a relação dos membros da sua Diretoria, acompanhada da respectiva ata de eleição, devidamente registrada, e, ainda, a relação dos seus associados e das obras e/ou fonogramas sob sua administração.
- c) *Comprovar a titularidade sobre bens intelectuais publicados em quantidade equivalente ou superior a 10% (dez por cento) da média administrada por sociedades componentes do Ecad.*
- d) Manter representação permanente em, pelo menos, dois Estados.

§ 1.º *A admissão, ou manutenção de entidade como associação administrada, dependerá de decisão da Assembleia Geral, nos termos da alínea o) do art. 28, deste Estatuto.*

§ 2.º Caso a associação administrada preencha os requisitos previstos no *caput* deste artigo, mas o produto da arrecadação de seu repertório não venha a suportar os custos de sua administração pelo Ecad, deverá ela arcar com um valor mínimo necessário a sua administração, fixada pela Assembleia Geral, obrigando-se a associação administrada a honrar com o respectivo pagamento, sob pena de ser suspensa a administração de seu repertório. Na hipótese de o percentual societário da associação administrada permitir o pagamento dos seus custos, tais valores serão automaticamente deduzidos em favor do Ecad para fins de pagamento de sua administração.

TÍTULO II: DOS REQUISITOS PARA ADMISSÃO COMO ASSOCIAÇÕES EFETIVAS

Art. 9.º A associação administrada que venha preencher todos os requisitos do Título I deste Capítulo, poderá solicitar à Assembleia Geral sua integração como associação efetiva no Ecad, desde de que preencha os seguintes requisitos:

- a) Permanecer como administrada por período não inferior a 01 (um) ano, ininterruptamente, contado a partir do primeiro dia do exercício financeiro estabelecido no parágrafo primeiro do art. 25, deste

Estatuto.

b) Comprovar a titularidade sobre bens intelectuais em quantidade equivalente ou superior a 20% (vinte por cento) da média administrada por associações componentes do Ecad.

c) Manter representação permanente em, pelo menos, dois Estados, além da sede da sociedade. d) Ter quadro social igual ou superior a 20% (vinte por cento) da média de filiados das associações efetivas integrantes do Ecad.”

343. Cabe destacar que o Ecad não é uma entidade de direito privado qualquer, mas um ente que detém o monopólio legal das atividades de arrecadação e distribuição dos direitos autorais. Assim, de forma bastante diferente de outras entidades de direito privado, a estipulação de critérios abusivos e desarrazoados pelo Escritório Central para a aceitação de novas Associações é prática apta a produzir efeitos nocivos sobre todo o sistema de gestão coletiva de direitos autorais, aí incluindo prejuízos à livre concorrência. O fato de o Ecad ser uma entidade de direito privado não o exime de cumprir os demais princípios e regras constitucionalmente consagrados, como os da livre iniciativa e da livre concorrência. Aliás, a responsabilidade do Escritório Central só aumenta se pensarmos que estamos diante de uma entidade detentora de um monopólio numa área que envolve a proteção de um direito constitucional fundamental, sem a existência de qualquer tutela estatal.

344. Conforme descrito acima, o Ecad, para a admissão de uma associação na condição de administrada, estipulou, além das exigências de regularidade formal, os seguintes requisitos:

a) Comprovar a titularidade sobre bens intelectuais publicados em quantidade equivalente ou superior a 10% da média administrada por sociedades componentes do Ecad;

b) Manter representação permanente em, pelo menos, dois Estados; e

c) Obter a aprovação da Assembleia Geral para sua admissão ou manutenção.

345. Já para a condição de entidade efetiva, foi exigido o cumprimento dos seguintes requisitos:

a) Permanecer como administrada por período não inferior a um ano, ininterruptamente, contado a partir do primeiro dia do exercício financeiro estabelecido no parágrafo primeiro do art. 25, deste Estatuto;

b) Comprovar a titularidade sobre bens intelectuais em quantidade equivalente ou superior a 20% da média administrada por associações componentes do Ecad; e,

c) Manter representação permanente em, pelo menos, dois Estados, além da sede da sociedade.

d) Ter quadro social igual ou superior a 20% da média de filiados das associações efetivas integrantes do Ecad.

346. Os requisitos quantitativos exigidos pelo Ecad para aceitar a filiação de uma nova Associação são extremamente difíceis de serem obtidos porque o Ecad somente distribui os valores arrecadados para as Associações que dele fazem parte. Disso decorre a dificuldade de uma Associação já possuir logo de partida a titularidade de bens intelectuais em quantidade equivalente ou superior a 10% (para ser administrada), considerando-se haver pouco incentivo para que titulares de direitos autorais filiem-se numa Associação que ainda não os remunera pela execução pública de suas obras, já que não é ainda associada ao Ecad.

347. Cabe indagar qual a necessidade de imposição de um critério quantitativo para a aceitação de novas Associações em seu quadro, senão a intenção deliberada de controlar a entrada nesse mercado, de garantir o espaço das Associações Representadas que sofrem pouca pressão para serem mais eficientes e preocupadas em atender as necessidades de seus filiados. No caso aqui analisado em que as Representadas fixam conjuntamente os valores devidos pela execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas, tem-se que a estipulação de critérios impeditivos para a constituição de novas Associações é uma forma de garantir a estabilidade do conluio existente entre as Representadas, de manter o seu controle sobre o sistema de gestão coletiva dos direitos autorais, para muito além do que lhes é permitido pela Lei de Direitos Autorais.

348. Ao contrário do alegado pelo Ecad em suas alegações finais, um critério quantitativo não se



justifica pela suposta necessidade de limitar o número de Associações existentes. Isso porque esse “trabalho” é feito pelo próprio mercado que estimula a concentração dos titulares de direitos autorais em poucas Associações devido à possibilidade de ganho de custos de transação e de obtenção de poder de barganha na negociação com os grandes usuários. Cabe ressaltar que essa auto regulação pela dinâmica do mercado é muito mais eficiente do que a estipulação de critérios quantitativos abusivos por parte do Ecad. No modelo do Ecad, os critérios quantitativos impedem a entrada de novas Associações, o que garante um notável “conforto” para as Associações existentes, que são pouco pressionadas a serem mais eficientes (reduzir custos organizacionais, lutar pelos direitos dos seus associados junto ao Ecad, combater fraudes etc.). No modelo em que a entrada de novas Associações é efetivamente viável, as Associações existentes são compelidas a se tornarem mais eficientes e garantir um maior retorno financeiro para seus filiados.

349. Como bem observou o advogado Victor Drummond,¹⁰⁷ no Seminário sobre a “Modernização da Lei de Direitos Autorais: Contribuições Finais para o APL”, realizado em Brasília/DF nos dias 31.05 e 01.06.2011: “O Estado não pode limitar ou criar limitações a quantas associações existirem! Isso faz parte do sistema democrático e dependerá ver quais se manterão existentes”.

350. Em relação aos critérios estipulados pelo Ecad, chama também a atenção o disposto no art. 8.º, d, § 1.º, do Estatuto do Ecad que estabelece que: “A admissão, ou manutenção de entidade como associação administrada, dependerá de decisão da Assembleia Geral”. Por meio desse critério, as Associações Representadas, que fazem parte da Assembleia Geral, controlam juntamente com o Ecad quem entra nesse mercado. Questiona-se aqui qual a razoabilidade desse critério que não é pautado no atendimento de requisitos técnicos ou de idoneidade. A Lei de Direitos Autorais não outorgou ao Ecad e muito menos as Associações Representadas o direito de determinar quais devem ser as Associações existentes nesse mercado.

351. Vale dizer que as novas Associações não podem almejar a criação de um sistema de gestão coletiva que seja alternativo, uma vez que esta possibilidade é vedada pelo ordenamento jurídico vigente que criou um escritório central único para a arrecadação e distribuição de valores.

352. Nesse contexto, observe-se que a estipulação de critérios abusivos para a constituição de novas Associações representa um abuso de poder pelo Ecad, na medida em que a Lei de Direitos Autorais concedeu a ele o monopólio das atividades de arrecadação e distribuição de valores, mas não o direito de restringir desarrazoadamente o número de Associações existentes, o que acaba por representar uma restrição ao direito do autor de livremente se associar e de ter a devida contrapartida econômica pela exploração de suas obras. Ora, se o Ecad estipula critérios impeditivos à constituição de novas Associações e se somente as Associações a ele filiadas recebem os valores arrecadados, disso decorre que os autores se vêem desrespeitados no seu direito de livre associação, constante no art. 97, caput, da Lei de Direitos Autorais.

353. Assim se manifestou o Ministério da Cultura sobre os critérios estipulados pelo Ecad para a aceitação de novas Associações:

“Some-se a isso as já conhecidas barreiras à entrada institucionalizadas pelo Escritório Central, em que é atualmente impossível na prática que uma Associação de autores e titulares de direitos autorais associar-se ao Ecad. Inclusive, o Ecad, embora arrecade valores relativos à execução musical de todo o repertório executado em território nacional, somente repassa os valores às Associações que o compõe, de forma que se um autor associar-se a outra Associação que não faz parte do Escritório Central, não receberá nada. A esse respeito, é oportuno reproduzir trecho de uma Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 09.02.1999, abaixo:

b) Notificação Extrajudicial – Liga dos Compositores Musicais do Brasil – À Liga dos Compositores Musicais do Brasil notificou o Ecad para que fosse feito o depósito em conta corrente daquela associação dos valores pertencentes a seus sócios. O Ecad os contranotificou informando que é um escritório criado e administrado pelas associações que atualmente o integram, exercendo suas atividades apenas para os associados e representados dessas associações” (grifo nosso).

354. Assim, os critérios desarrazoados estipulados pelo Ecad para a aceitação de novas Associações, aliado ao fato de que somente são distribuídos valores arrecadados para as Associações que dele fazem, tornam o sistema de gestão coletiva de direitos autorais acessível tão somente às entidades já constituídas e elimina a possibilidade destas entidades serem contestadas

**de novas associações por parte das Sociedades de
Autores que formam o Ecad. Cartel e práticas abusivas -
Competência da SDE. Incidência das regras de direito da**

por outras eventualmente mais eficientes, em prejuízo à livre concorrência, em especial aos usuários e titulares dos direitos autorais.

355. Esse entendimento é corroborado pelo fato de que nenhuma associação que tenha se formado nos últimos 10 anos conseguiu se manter no sistema de gestão coletiva de direitos autorais, o que evidencia o impacto dos requisitos abusivos estipulados pelo Ecad na entrada e no funcionamento de novas Associações nesse mercado. O quadro e a figura abaixo mostram os anos de fundação das Associações efetivas e administradas atualmente existentes:

Tabela 8

Ano de Fundação das Associações Atualmente Existentes

Ano de fundação	Nome da Associação	Natureza Efetiva/Administrada
1938	UBC – União Brasileira de Compositores.	Associação efetiva
1946	SBACEM – Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música.	Associação efetiva
1956	Sadembra – Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical do Brasil.	Associação administrada
1960	Sicam – Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais.	Associação
1962	Socinpro – Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais.	Associação efetiva
1978	Assim – Associação de Intérpretes e Músicos.	Associação administrada
1980	Amar – Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes.	Associação efetiva
1982	Abramus – Associação Brasileira de Música e Artes.	Associação efetiva
1999	Abrac – Associação Brasileira de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos.	Associação administrada

356. Por tudo quanto exposto, conclui-se não ser razoável a estipulação dos critérios de percentual mínimo de titularidade sobre bens intelectuais em quantidade equivalente da média administrada por associações componentes do Ecad e da necessidade da aprovação pela Assembleia Geral do Ecad para a admissão e manutenção de novas Associações. Estes requisitos trazem em si a imposição de barreiras à entrada injustificadas e eliminam por completo o acesso de novas entidades ao sistema de gestão coletiva, diminuindo a concorrência entre as entidades que dele fazem parte, em prejuízo do titular de direito autoral e do usuário. Assim, por meio desta prática, conclui-se que o Ecad incorreu em infração à ordem econômica tipificada nos incs. IV e V do art. 21 c/c art. 20, I e IV, todos da Lei 8.884/1994.

357. Note-se, inclusive, que, como já afirmado acima, a existência de um maior número de Associações permite o desenvolvimento da produção artística nacional na medida em que se amplia a possibilidade de surgimento e difusão de novos autores, contemplando, assim, o pluralismo da cultura nacional. Ademais, se assegura, de forma mais plena, o direito à livre associação (art. 5.º, XVII e XVIII), o qual, no modelo atual encontra-se fragilizado na medida em que os autores, para ter garantidos seus direitos, tem que se associar a uma das associações representadas.

358. Por fim, vale observar que é desejável que a estipulação de critérios razoáveis, técnicos e nãoimpeditivos à entrada de novas Associações nesse mercado venha acompanhada de alguma forma de fiscalização sobre as atividades de arrecadação e distribuição de valores autorais feita pelo

Ecad. Isso porque, a manter-se o modelo atual no que se refere à completa ausência de qualquer tutela estatal sobre o Ecad, essa entidade poderia privilegiar indevidamente as Associações mais próximas a ele na distribuição dos valores, em detrimento da eficiência e do bom funcionamento desse mercado.

III. CONCLUSÕES

359. Por todo o exposto, entende-se que os Representados *Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, União Brasileira de Compositores, Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais, Associação Brasileira de Música e Artes, Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes, Sociedade Brasileira de Autores Compositores e Escritores de Música e Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais* incorreram em infração à ordem econômica, nos termos do art. 20, I, c/c art. 21, I, II e XXIV da Lei 8.884/1994, ao fixarem de forma concertada valores unificados a serem cobrados pelos direitos autorais relativos à execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas, funcionando o Ecad como uma instância de coordenação de preços, sem que, para isso, tenha recebido respaldo da Lei de Direitos Autorais.

360. Conclui-se também que o Ecad também incorreu na infração à ordem econômica tipificada nos incs. IV e V do art. 21 c/c art. 20, I a IV, da Lei 8.884/1994, ao impor critérios abusivos e indiscriminados para o ingresso de novas associações no sistema de gestão coletiva instituído pela Lei de Direitos Autorais, em prejuízo da livre concorrência e de todos os agentes desse setor.

361. Recomenda-se, portanto, o encaminhamento do presente Processo Administrativo ao Cade, com recomendação de condenação por infração à ordem econômica e a consequente aplicação das penalidades previstas na Lei 8.884/1994. Adicionalmente, para que esse setor funcione de forma mais eficiente e com respeito aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, recomenda-se ao Cade que determine que as seguintes condutas sejam cessadas: (a) fixação conjunta e unificada dos valores devidos pela execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas por parte dos Representados; (b) retirada pelo Ecad de critérios quantitativos para a admissão e manutenção de Associações, como os constantes no art. 8.º, c, e art. 9.º, b do seu Estatuto; e (c) retirada pelo Ecad do requisito de que a admissão ou manutenção de uma entidade como associação dependerá de decisão da Assembleia Geral, constante no art. 8.º, d, § 1.º.

362. Por fim, entende-se pela necessidade de uma efetiva fiscalização sobre o Ecad no exercício de suas atividades de arrecadação e distribuição de valores, como forma de garantir a efetividade das medidas pró-competitivas aqui defendidas. Recomenda-se, assim, que o SBDC advogue a necessidade da instituição de uma tutela estatal sobre as atividades do Ecad em complemento às medidas aqui propostas, com vistas a aumentar a eficiência do funcionamento desse setor como um todo, em benefício dos titulares e usuários de direitos autorais.

Brasília, 22 de junho de 2011.

De acordo. À consideração do Sr. Diretor do DPDE.

Brasília, 22 de junho de 2011.

Alessandra Viana Reis

Coordenadora-Geral da CGSI

De acordo. À consideração do Sr. Secretário de Direito Econômico.

Brasília, 29 de junho de 2011.

Diogo Thomson de Andrade

Diretor do DPDE

DESPACHO DO SECRETÁRIO

Em 29 de junho de 2011

N. 489. Ref.: Processo Administrativo n. 08012.003745/2010-83. Representante: Associação



Brasileira de Televisão por Assinatura. Terceiro Interessado: Associação Brasileira de Radiodifusores. Representados: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, União Brasileira de Compositores, Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais, Associação Brasileira de Música e Artes, Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes, Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música e Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais. Advogados: Hélio Saboya Filho, João Carlos de Camargo Eboli, Maria Aparecida França da Silva, Giselle Nunes Severe, Jorge de Souza Costa, Samuel Cordeiro Fahel, Kleber da Silva, Sydney L. Sanches, Maria Cecília Garreta Prats Caniato, Pedro Paulo dos Santos, Zenaide Ramona Bareiro e outros. Acolho a Nota Técnica de f., aprovada pelo Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, Dr. Diogo Thomson de Andrade, e, com fulcro no § 1.º do art. 50 da Lei 9.784/1999, integro as suas razões à presente decisão, inclusive como sua motivação. Concluo que os Representantes incorreram em infração à ordem econômica, nos termos do art. 20, I e IV, c/c art. 21, IV e V, ambos da Lei 8.884/1994. Decido, pois, pela remessa do Processo ao Cade, para julgamento. Com recomendação de condenação, nos termos do art. 39 da Lei 8.884/1994. Publique-se.

Vinicius Marques de Carvalho

Secretário de Direito Econômico

RETIFICAÇÃO

Em 30 de junho de 2011

No Despacho do Secretário de Direito Econômico n. 489, publicado no *DOU* de 30.06.2011, Seção I, página 33, referente ao Processo Administrativo n. 08012.003745/2010-83.

Representante: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura. Terceiro Interessado: Associação Brasileira de Radiodifusores. Representados: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, União Brasileira de Compositores, Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais, Associação Brasileira de Música e Artes, Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes, Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música e Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais. Advogados: Hélio Saboya Filho, João Carlos de Camargo Eboli, Maria Aparecida França da Silva, Giselle Nunes Severe, Jorge de Souza Costa, Samuel Cordeiro Fahel, Kleber da Silva, Sydney L. Sanches, Maria Cecília Garreta Prats Caniato, Pedro Paulo dos Santos, Zenaide Ramona Bareiro e outros. Onde se lê: “art. 20, I e IV, c/c art. 21, IV e V” leia-se: art. 20, I a IV, c/c art. 21, I, II, IV, V e XXIV”. Publique-se.

Vinicius Marques de Carvalho

Secretário de Direito Econômico

1 A elaboração deste parecer contou com a colaboração de André Luiz Pereira de Oliveira, ex-funcionário do DPDE.

NE Nota do Editorial: vide *Gestão coletiva de direitos autorais pelo Ecad e o direito da concorrência*, publicado na p. 171 deste volume.

2 No âmbito deste Recurso Especial, a Televisão Goya Ltda. havia pedido ao Poder Judiciário que fixasse o valor dos direitos autorais. Como resposta, o Poder Judiciário afirmou que não lhe cabia tal fixação, já que havia concorrência entre as associações e os titulares dos direitos para a definição dos valores. Estes é que eram competentes para a fixação dos valores.

3 Disponível em: [www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=44].

4 Até 09.12.2010 eram dez associações, mas uma das administradas, a Anacim, foi desfilada do Ecad nesta data, após resolução de Assembleia Geral, devido à denúncia de irregularidades no repasse das quantias arrecadadas pelos direitos autorais a seus associados. Ao invés de transferir os créditos para os autores, reteria parte do dinheiro em seus cofres particulares e adulteraria

recibos, segundo relatam ex-funcionários da associação ao Jornal Correio Braziliense em reportagem veiculada em 09.05.2011 no sítio eletrônico:

[www.correio braziliense.com.br/app/noticia/diversao-e-arte/2011/05/09/interna_diversao_arte,251320/associacao-musica_1_medium=twitter].

5 TJRJ, Ap. 2006.001.69991, 11.^a Câ. Civ.

6 Disponível em: [www.ecad.org.br].

7 Na presente nota técnica, as preliminares suscitadas pelos Representados não serão relatadas porque já foram pormenorizadamente descritas e analisadas tanto na nota técnica de instauração do presente Processo Administrativo (f.) quanto na nota técnica de saneamento (f.). Por esse motivo, entende-se pela desnecessidade de reproduzi-las aqui.

8 *Blanket license* (licença de cobertor ou licença em branco) é um tipo de licença que permite a um usuário de música – tipicamente, um canal de televisão ou uma estação de rádio – tocar ou executar todas as composições abrangidas pela licença, sem limite de uso, pagando um valor único.

9 As preliminares alegadas pelas Representadas em suas defesas não serão aqui reproduzidas, dado que já foram detalhadamente relatadas e analisadas na nota técnica de saneamento do presente Processo Administrativo, às f.

10 Músicas incidentais, “executadas em novelas, minisséries, telefilmes, programas de auditório, talkshows, etc. veiculados nas TVs” (f.).

11 Foi suprimido apenas o trecho relativo à medida preventiva solicitada pela Representante, por não mais fazer sentido no presente momento processual.

12 UDA: Unidade de Direito Autoral, que é o padrão monetário utilizado pelo Ecad e fixado por sua Assembleia Geral, sendo objeto de ajustes periódicos.

13 Classe de música em que a maior parte das obras musicais já caiu no domínio público.

14 Dec.-lei 980, de 20.10.1969.

15 Informe sobre La Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual (em: <http://pt.scribd.com/doc/25445012/Informe-Propiedad-Intelectual-Comision-Nacional-de-la-Competencia>)

16 “Están presentes las barreras de entrada legales em la Ley de Propiedad Intelectual y las barreras estrategicas que las entidades de gestión han establecido en un entorno regulatório que no contrarresta su elevado poder de mercado.”

17 Disponível em: [www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=279#].

18 Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm]. Acesso em: 23.06.2010.

19 Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5988.htm]. Acesso em: 27.06.2010.

20 Nos termos do art. 10.º, parágrafo único do Estatuto do Ecad, dentre outros fatores, as associações efetivas diferem-se das associações administradas porque a elas foram conferidos os direitos exclusivos de: (a) participação na Assembleia Geral; e (b) acesso a documentos e a todas as dependências sociais, inclusive para fins de fiscalização, por meio de delegado credenciado pelo Presidente da Associação, na forma disposta no Regimento Interno. Conforme se verá a seguir, somente as associações efetivas foram incluídas no polo passivo do presente feito porque são elas que fixam conjuntamente os valores devidos pelos direitos autorais por ocasião das Assembleias Gerais do Ecad.

21 Fonte: REsp 528297/RS, 4.^a T., j. 11.11.2003, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 1.02.2004, p. 268.

RSTJ 187/398. Disponível em:

[www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Ecad&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=50]. Acesso em: 24.06.2010.

22 Aqui, para fins de simplificação, foi considerado que as Associações possuem repertórios homogêneos.

23 Disponível em: [www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc]. Acesso em: 27.06.2010.

24 Idem.

25 Peter, Lafayette Josué. *Direito econômico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 203.

26 OCDE, *Executive summary of the roundtable on potential pro-competitive and anti-competitive aspects of Trade/Business Associations* (DAF/COMP/WP3/M(2007)3/ANN4), 2007. p. 3.

27 Banco Mundial & OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*. Ed. Singular: São Paulo, 2003. p. 94.

28 Processo Administrativo 08000.007201/97-09; Representante: CIEFAS – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde e Representada: AMB – Associação Médica Brasileira; acórdão publicado no dia 21.12.2001. Este precedente é aplicável, por analogia, à presente hipótese uma vez que, assim como a AMB é entidade representativa da classe médica, o Ecad e as associações que o compõem são também representativos de uma classe profissional, qual seja, a dos titulares dos direitos autorais.

29 Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 114. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. p. 1223.

30 Ressalte-se que, apesar de formalmente as Associações Representadas poderem ser consideradas sem fins lucrativos, a análise antitruste deve privilegiar os aspectos fáticos sobre os aspectos formais, já que seus aplicadores, submetidos ao regime jurídico administrativo, atuam eminentemente na busca da verdade material e não da formal.

31 “Art. 1.º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. *A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei*” (grifo nosso).

32 Disponível em: [www.planalto.gov.br/kavil/leis/L8884.htm]. Acesso em: 26.10.2010.

33 “Art. 14. Compete à SDE:

I – zelar pelo cumprimento desta lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II – acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

III – proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;

IV – decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares;

V – requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;



- VI – instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;
- VII – recorrer de ofício ao Cade, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;
- VIII – remeter Ao Cade, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;
- IX – celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o ao Cade, e fiscalizar o seu cumprimento;
- X – sugerir ao Cade condições para a celebração de compromisso de desempenho, e fiscalizar o seu cumprimento;
- XI – adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;
- XII – receber e instruir os processos a serem julgados pelo Cade, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do Cade;
- XIII – orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta lei;
- XIV – desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;
- XV – instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão;
- XVI – exercer outras atribuições previstas em lei.”

34 Disponível em: [www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=48].

35 Uma definição regionalizada, por exemplo, do mercado relevante geográfico em nada alteraria as conclusões deste parecer.

36 Wachowicz, Marcos; Santos, Manoel J. Pereira (orgs.). *Estudos de direito de autor – A revisão da Lei de Direitos Autorais*. Boiteux, 2010. p. 107.

37 Act of Jan. 6, 1897, Chapter 4, 29 Stat. 481 (1897): “Any person publicly performing or representing any dramatic or musical composition for which a copyright has been obtained, without the consent of the proprietor of said dramatic or musical composition, or his heirs or assigns, shall be liable for damages therefore, such damages in all cases to be assessed at such sum, as to the court shall appear to be just. If the unlawful performance and representation be willful and for profit, such person or persons shall be guilty of a misdemeanor”.

38 Site da ASCAP. Disponível em: [www.ascap.com/about/history]. Acesso em: 13.05.2011.

39 *Consent decree* é um decreto ou acórdão judicial vinculativo que registra um acordo voluntário entre as partes de um processo em troca do encerramento de um contencioso civil ou da retirada das acusações criminais.

40 Site do BMI. Disponível em: [www.bmi.com/about]. Acesso em: 10.05.2011.

41 Site da SESAC. Disponível em: [www.sesac.com]. Acesso em: 13.05.2011.

42 Site da ASCAP. Disponível em: [www.ascap.com/about/history]. Acesso em: 10.05.2011. “ASCAP is a vital, leading-edge organization that serves more than 410,000 member-owners, including the greatest and newest names in American music”.

43 Site do BMI. Disponível em: [www.bmi.com/about]. Acesso em: 10.05.2011. "BMI represents more than 475,000 songwriters, composers, and publishers with more than 6.5 million works".

44 Em 2003 a SESAC contava com apenas 2% de participação de mercado, segundo M. William Krasilovsky & Sydney Shemel. *This business of music: the definitive guide to the music industry*. 9. ed. 2003. p. 133, 137.

45 Existe diferença entre a licença direta e a licença na fonte: a primeira advém de negociação direta com o detentor de direito autoral, e a segunda é decorrente de negociação com produtores ou estúdios de cinema, que já negociaram previamente com os detentores de direitos autorais. Em ambos os casos, tratam-se de hipóteses de negociação não intermediada pelas entidades representativas de direitos autorais, motivo pelo qual foram colocadas sob a mesma nomenclatura.

46 Seyfert, Christian. *Copyright and Anti-Trust Law: public performance rights licensing of musical works into audiovisual media*. Disponível em: [www.winheller.com/files/public_performance_rights.pdf]. Acesso em: 10.05.2011.

47 Estados Unidos. *Alden-Rochelle, Inc. vs. ASCAP*, 80 F. Supp. 888 (S.D.N.Y. 1948).

48 Corte Distrital de Nova Iorque, como tradução de " U.S. District Court Southern District of New York".

49 Estados Unidos. *CBS vs. ASCAP*, 400 F. Supp. 737 (S.D.N.Y. 1975).

50 Estados Unidos. *CBS vs. ASCAP*, 562 F.2d 130 (2nd Cir. 1977).

51 Estados Unidos. *BMI vs. CBS*, 441 U.S. 1 (1979).

52 "The extraordinary number of users spread across the land, the ease with which a performance may be broadcast, the sheer volume of copyrighted compositions, the enormous quantity of separate performances each year, the impracticability of negotiating individual licenses for each composition, and the ephemeral nature of each performance all combine to create unique market conditions for performance rights to recorded music."

53 Estados Unidos. *CBS vs. ASCAP*, 620 F.2d 930 (2nd Cir. 1980), cert. denied, 450 U.S. 970 (1981).

54 Estados Unidos. *Buffalo Broadcasting vs. ASCAP*, 546 F. Supp. 274 (S.D.N.Y. 1982).

55 Estados Unidos. *Buffalo Broadcasting vs. ASCAP*, 744 F.2d 917 (2nd Cir. 1984).

56 KEA European Affaires. *The collective management of rights in europe: the quest for efficiency*. jul. 2006. p. 25.

57 Jehoram, Cohen H. *Harmonizing intellectual property law within the european community*. International Review of Industrial Property and Copyright Law. 1992, p. 622.

58 Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE. Art. 101 (3) "1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno (...). 3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: – a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, – a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e – a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos usuários se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa".

59 Guibault, Lucie; Gompel, Stef van. *Collective management of copyright and related rights*, Published in Daniel Gervais (ed.). The Hague, Kluwer Law International, 2006, cap. IV, p. 117-152.

60 KEA European Affaires. Op. cit. p. 25.

61 Gesellschaft fur Musikalische Aufführungs-und Mechanische Vervielfältigungsrechte (Gema) vs. Commission of the European Communities, (1971) O. J. L. 134/15 [GEMA I].

62 IFPI Simulcasting, supra note 1 at para. 59 (with reference to, inter alia, Belgische Radio en Televisie (BRT) vs. SABAM, (1974) E.C.R. 51 [BRT vs. Sabam]; Musik-Vertrieb Membran GmbH vs. Gema, (1981) E.C.R. 147; GVL vs. Commission, (1983) E.C.R. 483.

63 Tribunal de Justiça da União Europeia. *Ministère public vs. Tournier* (1989) E.C.R. 2521.

64 Áustria, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, França, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Polônia, Portugal, República Tcheca.

65 Áustria, Bélgica, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, França, Itália, Luxemburgo, Portugal e República Tcheca.

66 Bélgica, Dinamarca, Holanda, Hungria, Itália, Malta e República Tcheca.

67 KEA European Affaires. Op. cit., p. 27.

68 Informações obtidas em: KEA European Affaires. Op. cit., p. 92 e ss.

69 União Europeia. GVL vs. Commission of the European Communities [1983] ECR 483 at para 32.

70 O Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos foi aprovado pelo Dec.-lei 63/1985, de 14 de março e alterado pelas Leis 45/1985, de 17 de setembro e 114/1991, de 03 de setembro, pelos Dec.-Lei 332/1997 e Dec.-lei 334/1997, ambos de 27 de novembro, e pelas Leis 50/2004, de 24 de agosto, 24/2006, de 30 de junho e 16/2008, de 01 de abril, procedendo esta última à republicação integral do referido Código.

71 PassMusica. Disponível em: [www.passmusica.pt/passmusicaD/?q=node/39]. Acesso em: 26.05.2011.

72 PassMusica. Disponível em: [www.passmusica.pt/passmusicaD/?q=node/37]. Acesso em: 26.05.2011.

73 PassMusica. Disponível em: [www.passmusica.pt/]. Acesso em: 26.05.2011.

74 PassMusica. Disponível em: [www.passmusica.pt/passmusicaD/?q=node/5]. Acesso em: 26.05.2011.

75 Os Direitos Conexos são os direitos que a lei atribui aos artistas (interpretes e executantes) aos produtores (de um filme ou de uma música) e aos organismos de radiodifusão. No que concerne à música, para além dos autores (da respectiva letra e música), há outros criadores que intervêm nas gravações musicais – os artistas, músicos e cantores, que cantam e interpretam as obras.

76 Inspeção-Geral das Actividades Culturais (Igac). Art. 12.º da Lei Orgânica do Ministério da Cultura de Portugal, Dec.-lei 215/2006, de 27.10.2006.

77 CDADC. Art. 74. “Registro de representação. 1 – O exercício de representação a que se refere o artigo anterior expressamente conferido ou resultante das qualidades nele mencionadas, depende de registro na Inspeção-Geral das Actividades Culturais. 2 – A inscrição no registo faz-se mediante requerimento ao representante, acompanhado de documento comprovativo da representação, podendo ser exigida tradução, se estiver redigido em língua estrangeira. 3 – As taxas devidas pelos registos a que este artigo se refere e respectivos certificados são as que constam da tabela anexa a



este código e que dele faz parte integrante”.

78 Art. 24 da Lei 83/2001. “Tutela inspectiva. 1 – O Ministro da Cultura, através do IGAC, e considerando os relevantes interesses da ordem pública relacionados com a acção das entidades de gestão colectiva, exerce sobre elas um poder de tutela inspectiva”.

79 Art. 24 da Lei 83/2001. “Tutela inspectiva. 1 – O Ministro da Cultura, através do IGAC, e considerando os relevantes interesses da ordem pública relacionados com a acção das entidades de gestão colectiva, exerce sobre elas um poder de tutela inspectiva”.

80 Informe sobre la Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual, em dezembro de 2009 pela Comisión Nacional de La Competencia (CNC). Disponível em: [http://pt.scribd.com/doc/25445012/Informe-Propiedad-Intelectual-Comision-Nacional-de-la-Competencia]. Acesso em: 30.05.2011. p. 18.

81 Site do Ministério da Cultura Espanhol. Disponível em: [www.mcu.es/propiedadInt/CE/PropiedadIntelectual/PreguntasFrecuentes/EntidadesGestion.htm]. Acesso em: 30.05.2011.

82 Informe Sobre La Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual. Op. cit., p. 21.

83 Idem, p. 10.

84 Idem.

85 Idem, p. 57.

86 Site do Ministério da Cultura Espanhol. Disponível em: [www.mcu.es/propiedadInt/CE/GestionColectiva/DireccionesTarifas.html]. Acesso em: 30.05.2011.

87 Informe sobre la Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual. Op. cit., p. 14.

88 Informe sobre La Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual. Disponível em: [http://pt.scribd.com/doc/25445012/Informe-Propiedad-Intelectual-Comision-Nacional-de-la-Competencia]. Acesso em: 23.05.2011.

89 Atualmente existem, em Portugal, apenas a SPA, quanto a direitos do autor, e a GDA e a Audiogest – PassMúsica, quanto a direitos conexos.

90 Disponível em: [www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=44].

91 Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula A. A negociação coletiva de direitos de execução de obras musicais e a Lei Antitruste. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 260-261.

92 Disponível em: [http://pt.scribd.com/doc/25445012/Informe-Propiedad-Intelectual-Comision-Nacional-de-la-Competencia]. “La CNC considera que es posible un modelo más favorable a la competencia, donde las entidades enfrenten mayor presión competitiva en la prestación de servicios a titulares y usuarios y los mecanismos de mercado puedan organizar esta actividad. La falta de presión competitiva a la que se enfrentan las entidades de gestión se explica por la confluencia de barreras de entrada que limitan la competencia efectiva y/o potencial que otras entidades nacionales o extranjeras o los propios titulares podrían ejercer”.

93 No caso específico dos exibidores cinematográficos, o critério de cobrança de direitos autorais utilizado pelo Ecad é de 2,5% da receita bruta ou 2,70 UDAs por cada 10 m² por mês, observando a FENEEC que tal percentual antes da criação do Ecad correspondia a 0,5% sobre a receita de bilheteria, sendo atualmente a alíquota brasileira a maior da América Latina.

94 No caso específico da ABERT, esta relata manter com o Ecad convênio específico, havendo

também a possibilidade de se adotar outro critério para o cálculo da retribuição autoral devida, qual seja o baseado na tabela de preços definida pelo Escritório, com a observância da tabela de categoria socioeconômica, levando em consideração as faixas de potência nominal do transmissor, a população atingida e a classe sócio-econômica do município onde está instalada a rádio.

95 Na experiência internacional, há vários exemplos de entidades de gestão coletiva de direitos que fixam tarifas considerando o uso efetivo das obras musicais, como a entidade alemã GEMA ou a sueca STIM. Registra-se também a existência da licença por programação e a licença por uso nos Estados Unidos. Fonte: Informe sobre la Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual, de dezembro de 2009, da Comisión Nacional de La Competência da Espanha. Disponível em: [<http://pt.scribd.com/doc/25445012/Informe-Propiedad-Intelectual-Comision-Nacional-de-la-Competencia>]. Acesso em: 30.05.2011.

96 São as seguintes situações: (a) músicas vindas de compositores não filiados ao Ecad; (b) músicas de compositores estrangeiros não identificados; (c) músicas de compositores não filiados à associações; (d) músicas compostas especialmente para os produtos audiovisuais e que se enquadraram no regime especial de co-autoria; (e) músicas de domínio público; (f) músicas consideradas como obras adaptadas com contratos específicos de remuneração; (g) músicas inseridas em programas de empresa autora que tenham regulamentação própria através de contratos; e (h) outras obras que tenham contrato de renúncia de recebimento pelos autores.

97 Análise Econômica elaborada por Alexandre Lauri Henriksen, Coordenador-Geral da CGAE.

98 Por exemplo, nos casos da televisão aberta, transmissão de rádio, jornais e revistas, o consumidor é relativamente volátil (existem diversos outros meios de entretenimento e informação – o consumidor é, por assim dizer, relativamente mais elástico), tanto que boa parte da receita (ou sua totalidade) advém da publicidade, que é o lado menos elástico, pois tais meios de comunicação são os de mais amplo espectro para se atingir o consumidor.

99 Em termos absolutos, muito provavelmente os artistas de maior renome contribuem com uma parcela maior dos valores arrecadados pelo Ecad. Porém, em termos relativos, é esperado que ocorra o inverso: artistas de menos renome recebem menos por uma mesma quantidade de exibições. Dada a falta de concorrência, esta característica – esperada neste tipo de mercado – é em muito acentuada. Mecanismos pouco transparentes de aferição de exibições (como o método de amostragem utilizado pelo Ecad) e o sistema linear de cobrança demonstram que o cartel explora esta característica para extrair mais renda do segmento mais dependente da plataforma. Em outros mercados de dois lados com maior grau de competição – como televisão e publicações impressas – existem instituições especializadas na auditoria da audiência e circulação de impressões, como o Ibope e o IVC – Instituto de Verificador de Circulação, que possuem alto grau de reputação em seus segmentos.

100 Representante: Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto. Representado: Sindicato das Empresas de Artes Fotográficas no Estado de São Paulo. Julgamento: 11.11.2009.

101 Representante: SDE Ex Officio. Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais e Paulo Miranda Soares. Julgamento: 10.09.2003.

102 Julgamento: 27.03.2003.

103 Não são todos os tipos de usuários que podem optar por possuir o repertório de apenas algumas Associações. No entanto, isso não inviabiliza o entendimento aqui exposto, que defende exatamente as vantagens da concorrência, traduzida em uma precificação mais sensível às necessidades de cada usuário.

104 Inclusive, como já mencionado no relatório desta nota técnica, não seria exatamente uma novidade a competição entre as Associações por titulares de direitos autorais. A UBC já decidiu distribuir aos seus associados 0,5% (meio por cento) a mais pelos direitos autorais arrecadados, numa tentativa de incentivar titulares das outras Associações a migrarem para seus quadros.

105 Observe-se que, mesmo com requisitos mais propícios à livre entrada e funcionamento de novas

Associações, dificilmente teríamos uma proliferação do número de Associações no mercado, devidos aos custos de transação envolvidos que estimulam a concentração dos repertórios em poucas Associações. A vantagem desse modelo é a pressão imposta sobre as Associações existentes para serem mais eficientes e preocupadas em atender as necessidades dos seus associados.

106 No original: "In order to start functioning, collecting societies sometimes need to obtain an authorisation from a national public authority, usually a ministry. There is a regime of prior authorisation to exercise operations in 16 out of 25 Member States. In the remaining 9 countries, i.e. Cyprus, Czech Republic, Estonia, Germany, Greece, Lithuania, Slovakia, Sweden and the UK there is no special procedure of authorization foreseen by the legislation for the establishment of collecting societies. Amongst the Member States where a regime of prior authorisation is in force, a supervisory authority is in charge of issuing the necessary authorization for every society to start functioning in the following countries (followed by the competent authority): – Hungary, Latvia, Poland and Spain (Ministry of Culture) Belgium and Luxembourg (Ministry of economy) – Austria (the Communication Authority) – Malta (the Copyright Board – a body appointed by the Minister for Competitiveness and Communications) – Slovenia (National Office of Intellectual Property) In the Netherlands collecting societies must be designated by the Minister of Justice in agreement with the Minister of Education, Culture and Science, subject to certain exceptions. In the area of broadcasting and public performance of phonograms for example, designation by the Minister of Justice is sufficient. In the area of simultaneous and unabridged cable retransmission rights, no designation at all is required. Ireland and Portugal operate a system whereby collecting societies must enter into a Register. In Ireland the Register of Copyright Licensing Bodies is kept by the Controller of Patents Designs and Trademarks. Failure to register is an offence and punishable with a fine and/or imprisonment up to 5 years. In Portugal the Register is under the aegis of the General Inspection of Cultural Activities (IGAC). In Italy the statutes of SIAE require the approval of the President of the Council of Ministers upon a proposal from the Ministry of Culture in consultation with the Ministry of Finance. No authorisation procedure is provided for other collecting societies. In three countries only certain collecting societies need an authorization linked to the nature of the rights administered: – Denmark (Ministry of Culture) and Finland (Ministry of Education) in relation to the management of the rights for works of art, private copying or broadcasting and public performance of phonograms – France (Ministry of Culture) for those cases where collective administration is compulsory, notably for reprography and cable retransmission In summary, in 9 countries – Cyprus, Czech Republic, Estonia, Germany, Greece, Lithuania, Slovakia, Sweden and the UK – collecting societies are not subject to any special procedure. In 3 countries – Denmark, Finland and France – special procedures apply only to societies which manage certain rights – private copy, resale right, broadcasting and cable retransmission". KEA European Affaires. The collective management of rights in Europe: the quest for efficiency. jul., 2006.

107 Diretor-Geral da Inter Artis Brasil, que é uma associação de gestão coletiva dos artistas do audiovisual, representativa dos intérpretes do setor audiovisual.