



GESTÃO COLETIVA E CRITÉRIOS DE ARRECADAÇÃO: O PONTO DE VISTA DOS USUÁRIOS

Marcos Alberto Sant Anna Bitelli¹

O MINISTÉRIO DA CULTURA através da SECRETARIA DE POLÍTICAS CULTURAIS com a COORDENAÇÃO-GERAL DE DIREITO AUTORAL toma a importante iniciativa de promover Seminário: “A Defesa do Direito Autoral: Gestão Coletiva e Papel do Estado”. Honrou-nos com o convite para participar como expositor da mesa: “Gestão coletiva e critérios de Arrecadação: O ponto de Vista dos Usuários”. Certamente os anos de magistério na área de Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Difusos e Coletivos, aliados à militância dos conflitos judiciais deste sempre ardente tema do Direito de Autor, permitem-me desfilarmos alguns fatos notórios (e outros nem tanto) bem como tecer algumas considerações, o que procurarei fazer sem ser enfadonho aos demais participantes da mesa e aos presentes.

1.Introdução:

A proteção do direito do autor visa a compensar o originador da obra intelectual pelo contributo criativo trazido à sociedade. Por isto esta aceita o “ônus que representa a imposição do exclusivo. Todo direito intelectual é, assim, acompanhado da consequência negativa de coarctar a fluidez na comunicação social, fazendo surgir barreiras e multiplicando reivindicações”²

A Constituição Federal de 1988, sem muita razão técnica, quem sabe por uma questão de simpatia do Constituinte com o meio artístico, ou pressões inolvidáveis das entidades de gestão coletiva envolvido no produto autoral musical, estampou-se os incisos XXVII e XXVIII, no artigo 5.º da Constituição Brasileira³, de uma forma deslocada e transbordante,

¹ Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Coordenador do Curso de Pós-Graduação Comunicação e Direito do Centro de Extensão Universitária. Especialista nas áreas de Comunicações, Entretenimento, Produção, Distribuição e Provimento de Conteúdos. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito do COGEAE da PUC-SP – Contratos. Professor do Curso de Pós Graduação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil em São Paulo – Comunicação Social, Propriedade Intelectual e Direito do Entretenimento. Professor Convidado de Comunicação Social do Centro Universitário SENAC. Professor Convidado do Instituto de Estudo de Televisão. Palestrante em diversos eventos e seminários sobre Convergência das Mídias. Membro do Conselho Editorial da *Revista de Direito Privado*. Membro da Diretoria Científica da Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações – ABDI. Advogado.

² José de Oliveira Ascensão, *Direito de Autor e Conexos*, Coimbra Editora, Lisboa, 1.992, p. 14.

³ Art. 5º, inciso XXVII - “Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução de suas obras, transmissível a seus herdeiros, pelo tempo que a lei fixar”; art. 5º, XXVIII - “São assegurados nos termos da lei: a) a proteção das participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que



posto que se admitisse o Direito do Autor como uma propriedade, este já tinha sua guarida como todas as demais formas de “propriedade”⁴.

Toca mais de perto ao tema deste Seminário, os direitos patrimoniais relacionados à execução pública⁵ de obras musicais, onde se realiza a tal “gestão coletiva”. O exclusivo de exploração econômica de uma obra é o conteúdo patrimonial central do direito do autor⁶. Trata-se de um direito muitas vezes visto como potestativo ou naturalmente egoístico.

Em virtude dos direitos patrimoniais, também alcunhados de direitos pecuniários, a comunicação pública da obra ou produto autoral, normalmente feita por terceiros, depende de autorização prévia do autor, para o qual é carregada como contra-prestação a respectiva retribuição econômica, consoante o sistema em que se insere⁷.

A utilização da obra autoral, por força dos efeitos patrimoniais, faz exsurgir a potencialidade de proventos para o autor, “assentados em direitos individuais reconhecidos ao criador, na defesa do homem de intelecto”⁸. Os direitos patrimoniais são, geralmente, divididos em duas categorias maiores: a dos denominados “grandes direitos” (direitos dos autores dramáticos), e a dos “pequenos direitos”, referentes às execuções musicais, na lição de Bobbio⁹.

A Lei 9610/1998 no artigo 68 concede à estas duas categorias de autores, de obras musicais e de peças teatrais o direito da remuneração pela comunicação ao público de suas criações. Não há na lei vigente a possibilidade de extensão desses direitos a outros agentes

criarem ou de que participarem os criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.”

⁴ A Constituição Brasileira reserva espaço para a propriedade dentre as garantias e deveres individuais e coletivos no título II, art. 5º, onde atesta que, “é garantido o direito de propriedade”, valendo lembrar vigentes os artigos 524 a 673 do Código Civil atual. De outro lado, a mesma Constituição de 1.988 determina que, “a propriedade atenderá à sua função social”, no inciso XXIII do citado artigo, regulando a desapropriação no inciso XXIV, onde destaca o interesse social e a utilidade pública. Ao lado disto, garante o direito de herança, inciso XXX, a proteção à propriedade imaterial, inciso XXVII e XXVIII. Não por acaso, a Constituição inseriu, no artigo 170, a propriedade privada dentro do título que versa acerca “Da Ordem Econômica e Financeira”, que tem como regra capital os fundamentos na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, visando assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Resta evidente, que a aceitação simplista de que o Direito do Autor é uma propriedade imaterial, resultaria na conclusão lógica que nada mais precisaria ser dito pela CF, somente servindo os incisos XXVII e XXVIII do art. 5º para, casuisticamente, dar ensejo à criação de um suposto elo perdido e inexistente entre a nova realidade Constitucional e o sistema “jurássico” revogado de gestão coletiva monopolista brasileiro.

⁵ Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

V – comunicação ao público – ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;

⁶ José de Oliveira Ascensão, *Direito do Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Lisboa, 1.992, p. 197.

⁷ Carlos Alberto Bittar; *Direitos autorais: Ecad, sua posição frente ao CNDA e o Direito de Execução Pública em Música*; Revista de Direito Civil, São Paulo, n.º 24, p. 61.

⁸ Carlos Alberto Bittar, *O direito do autor no plano das liberdades públicas*, Justitia, São Paulo, n.º 198, p 165 e ss.

⁹ Pedro Vicente Bobbio, *O direito de autor na criação musical*, Lex Editora, São Paulo, 1.951, p. 7 e ss.

criadores intelectuais. Tanto assim o é que o “caput” do citado artigo 68¹⁰ da Lei 9.610 de 1998, inserido no Capítulo II (Comunicação ao Público) do Título IV (Da utilização de obras intelectuais e dos fonogramas), tratando exatamente do tema “autorização” estabelece que: *“Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas”*.

Maiores ou menores, grandes ou pequenos, não se pode olvidar que os direitos patrimoniais dos autores dessas obras, erroneamente nominados genericamente de “direitos autorais”¹¹, são direitos privados, do ramo do direito civil, individuais, de natureza patrimonial e disponíveis, não se confundindo com os direitos morais sobre as respectivas obras.

A proteção dos direitos individuais dos autores tem guarida nas Leis ordinárias pertinentes, com o reforço no citado artigo 5.º da Constituição Federal.

Lamentavelmente a inserção no inciso XXVIII, letra *b*) do citado artigo 5º da menção casuística da extensão do direito de fiscalização do direito patrimonial dos autores não apenas a eles exercível, mas por suas respectivas representações sindicais e associativas faz dar azo a uma série de abusos praticados por entes de gestão coletiva desses direitos individuais. Esta menção era de todo inútil porque os direitos individuais ordinariamente podem ser protegidos por terceiros e entes intermediários que se fizerem representar de acordo com as regras de representação voluntária e substituição processual existentes no sistema. Todavia, baseado nesta menção - *ligada exclusivamente ao direito de fiscalização da utilização econômica* - o método quase oitocentista de gestão coletiva de direitos patrimoniais dos autores (em especial os relacionados aos pequenos direitos) continua se perpetuando de forma abusiva, arbitrária,

¹⁰ Capítulo II - Da Comunicação ao Público

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

(...)

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

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

¹¹ José de Oliveira Ascensão, *Direito do Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Lisboa, 1992, p. 32, leciona que, “ A expressão ‘direito do autor’ ou ‘direitos do autor’ é ainda usada, em sentido impróprio, para designar as quantias que ao titular devem ser pagas em contrapartida da utilização da obra ou do bem a que o direito se refere, por outrem.”



desproporcional, sem uma regulamentação mais moderna e adequada que viesse a por ordem, dar equilíbrio e justiça nas relações entre autores, editores, gravadoras e usuários de obras musicais, os chamados “pequenos direitos”.

O interesse despertado por estes direitos é gigantesco, posto que de “pequenos”, no aspecto econômico, nada se vê, ou melhor, se ouve. Existe aqui uma guerra enorme de poder econômico, divisas, dominação, abusos, distorções e interesses de toda ordem que merecem desnudados.

2. Pressupostos causadores dos problemas da Gestão Coletiva no Brasil:

Através de um sistema complexo de intermediações os autores e intérpretes ficam num extremo da cadeia dos direitos e execução pública e os usuários no outro. No meio ficam os editores, procuradores, produtores, sociedades coletivas e o ECAD, com associação guarda-chuva desta intermediação. Este sistema vem trazendo descontentamento tanto para o lado dos que tem a receber – os titulares e os que têm a pagar – os usuários. Certamente aqui se faz necessária a presença de um sistema mais transparente para todos, menos custoso em termos de intermediação. Ao mesmo tempo uma arrecadação que levasse em contra critérios de razoabilidade, proporcionalidade e ponderação que não estão presentes no modo autoritária, unilateral e concentrado com que o tabelamento tarifário impositivo ditado pelos controladores da assembléia de “sócios” do ECAD determina, sem um consenso com os usuários. A falta de razoabilidade e consenso faz surgir um enorme contencioso nacional, o que se denota pelas milhares de ações judiciais envolvendo o ECAD, em todo o país.

2.1. Falta de cisão de critérios de abordagem entre usuários de música diretos e indiretos.

Um dos grandes elementos causadores das distorções é o tratamento idêntico que pretende dar o ECAD aos usuários de música e aos usuários de obras audiovisuais contendo trilha sonora. Isto porque quanto aos primeiros a música é de utilização voluntária e opcional do usuário. No audiovisual, a música é uma integralidade de uma obra complexa não produzida pelo usuário e portanto inalterável, não opcional e, ademais, meramente incidental.

Como atualmente grande parte do processo comunicativo se faz pela mensagem audiovisual, o tratamento não diferenciado, abusivo e ilegal dado pelo ECAD àqueles difusores das obras audiovisuais faz surgir um contencioso sem precedentes com cinemas,



televisões, televisões por assinatura, fornecedores de Video-sob-demanda e portais de internet.

Adicione-se a isso a falta de aceitação pelo ECAD da discussão e acertamento de critérios semelhantes a outros países e adequados a cada modelo de negócio destes comunicadores. Some-se, finalmente, a falta de um agente externo que possa mediar tais conflitos. Coloque-se em seguida um Poder Judiciário não especializado em tema tão complexo – *direito de autor e gestão coletiva* – recebendo dezenas e dezenas de ações judiciais de um aparelho de litígio que diz falar em nome de hiposuficientes e sonegados – os autores nacionais. Complete-se tudo isso com uma utilização de uma dialética jurídica equiparando a questão da remuneração da comunicação pública com uma “pirataria” e o resultado é uma verdadeira guerra, onde todos perdem, os autores, os intérpretes e os usuários.

A situação fica agravada quando há uma utilização pelo ECAD do resultado do julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade¹² do art. 99¹³ da Lei 9610/1998 que trata do monopólio da arrecadação.

¹² ADI2054 / DF - DISTRITO FEDERAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO - Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 02/04/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - DJ 17-10-2003 PP-00013

EMENT VOL-02128-01 PP-00097 RTJ VOL-00191-01 PP-00078

Parte(s) REQTE. : PARTIDO SOCIAL TRABALHISTA - PST ADVDOS. : NELSON CÂMARA E OUTROS ADVDO. : ANTÔNIO CÉSAR BUENO MARRA REQDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: I. Liberdade de associação. 1. Liberdade negativa de associação: sua existência, nos textos constitucionais anteriores, como corolário da liberdade positiva de associação e seu alcance e inteligência, na Constituição, quando se cuida de entidade destinada a viabilizar a gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e conexos, cuja forma e organização se remeteram à lei. 2. *Direitos autorais e conexos: sistema de gestão coletiva de arrecadação e distribuição por meio do ECAD (L 9610/98, art. 99), sem ofensa do art. 5º, XVII e XX, da Constituição, cuja aplicação, na esfera dos direitos autorais e conexos, não de conciliar-se com o disposto no art. 5º, XXVIII, b, da própria Lei Fundamental.* 3.

Liberdade de associação: garantia constitucional de duvidosa extensão às pessoas jurídicas. II. Ação direta de inconstitucionalidade: não a inviabiliza que à lei anterior, pré-constitucional, se pudesse atribuir a mesma incompatibilidade com a Constituição, se a lei nova, parcialmente questionada, expressamente a revogou por dispositivo não impugnado. III. Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação de partido político não afetada pela perda superveniente de sua representação parlamentar, quando já iniciado o julgamento.

¹³ Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

§ 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.



Assim, o que se percebe do lado dos usuários, em particular dos comunicadores de obras audiovisuais - que são a extremidade que normalmente não está envolvida com a produção do conteúdo – acabam ficando reféns de um sistema perverso, onde pagam pela utilização de seus conteúdos dotados inclusive de trilha sonora, e tem que se submeter a um sistema semelhante a que executa um show musical, tarifados por critérios não relacionados à intensidade ou relevância da música na suas atividades.

2.2. Monopólio na arrecadação e abusiva concentração do ECAD – violação ao direito de associar-se.

O ECAD é um escritório organizado pelas associações de autores e demais titulares a elas filiados e/ou representados para centralizar a arrecadação e a distribuição de direitos autorais e conexos decorrentes da execução pública de obras musicais e/ou lítero-musicais e de fonogramas, nacionais e estrangeiros, em todo o território nacional, inclusive através da radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade e da exibição cinematográfica

São associações integrantes do ECAD dois grupos de associados:

I - Associações efetivas

- ABRAMUS - Associação Brasileira de Música;
- AMAR – Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes
- SBACEM – Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música
- SICAM – Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais
- SOCINPRO – Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais
- UBC – União Brasileira de Compositores

Associações administradas

- ABRAC – Associação Brasileira de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos
- ACIMBRA - Associação de Compositores e Intérpretes Musicais do Brasil
- ANACIM – Associação Nacional de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos
- ASSIM – Associação de Intérpretes e Músicos
- ATIDA – Associação dos Titulares de Direitos Autorais
- SADEMBRA – Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical do Brasil



O ECAD entende ser, no Brasil, o órgão responsável pela proteção dos direitos de execução pública de obras musicais tanto nacionais como estrangeiras. Isto porque, as associações que o compõem, mantêm contratos de representação com várias sociedades congêneres em todo o mundo, garantindo aos titulares estrangeiros suas devidas remunerações quando da utilização de suas obras em nosso território. É importante lembrar que tais contratos de representação recíproca são realizados pelas associações e são elas as responsáveis pelo repasses dos valores, não havendo ingerência do ECAD nessas relações internacionais.

Portanto, o ECAD cobra no Brasil em relação ao repertório estrangeiro, para enviar o pagamento para suas associações suas, que repassam os valores a titulares estrangeiros. Reciprocamente, todavia, o ECAD não controla e nem recebe nenhum pagamento do exterior do repertório nacional porque as associações estrangeiras de gestão coletiva são responsáveis, diretamente pelo pagamento aos titulares brasileiros através das sociedades de que fazem parte.

No momento em que o titular se filia a uma associação que integra o ECAD, ele assina um documento, chamado “proposta de filiação”, por meio do qual, constitui esta associação sua mandatária para a prática de todos os atos necessários à defesa de seus direitos autorais. Conseqüentemente, o ECAD, por ser o Escritório Central criado pelas associações para este fim, se torna “representante dos representantes” dos titulares para efetuar a cobrança e a distribuição pela execução pública de obras musicais e/ou fonogramas. O ECAD só representa os titulares filiados a uma das associações que o compõe. Se um determinado autor ou titular não estiver filiado a quaisquer destas sociedades, o ECAD não praticará nenhum ato de defesa de seus direitos¹⁴, o que vale dizer que ele não irá receber direitos autorais de execução pública em nome daquele autor. Inobstante tais valores vão para o caixa do ECAD e em seguida são revertidos à ele, em prejuízo dos compositores não representados, numa apropriação desautorizada dos valores destes autores. Nota-se a incongruência posto que o ECAD diz ter o monopólio universal mas diz somente representar os representados de seus associados¹⁵.

¹⁴ Na prática o ECAD quando cobra não distingue, posto que é irrelevante em desfavor do usuário quem é o efetivo representado, porque o preço é o mesmo para um ou para cem representados ou não.

¹⁵ Isto fica confirmado com o depoimento perante o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPERJ), nos autos do Inquérito Civil Público (Procedimento Administrativo 9276/99) onde foi inquirida a Superintendente Geral do ECAD, Sra. Gloria Cristina Rocha Braga, informa que após 6(seis) meses aguardando os titulares irem buscar junto ao ECAD seu dinheiro, se não aparecer o interessado este valor é redistribuído. Por conta desta informação o MPERJ ajuizou uma ação civil pública na 24ª Vara Cível da Comarca do Rio de

As entidades (sociedades de autores) controladoras do ECAD através de um questionável¹⁶ “estatuto social” é que definem os critérios desta contratação em conjunto, de forma uniforme, e permitem ao ECAD, em substituição à elas que substituem os autores, o exercício de um “direito de contratar” com os usuários.

Os titulares de direitos de autor, ao invés de pactuarem os seus direitos independentemente e solicitarem ao Escritório somente a cobrança conjunta, acabaram decidindo estabelecer uma licença única através de uma decisão concertada entre as associações¹⁷ que fazem parte de sua assembléia diante do tal monopólio do art. 99 da Lei de regência. (nem todos os autores, editores e produtores são necessariamente representados).

Note-se a conformação estatutária de uma associação pouco democrática.

O art. 21 da 8884/1994 estabelece os limites para a prática de condutas contratuais de fornecimento de bens ou serviços, em particular aqueles relativos a bens intelectuais¹⁸.

O exercício deste monopólio do ECAD já é abusivo a partir do próprio Estatuto Social, que enquanto associação civil de direito privada tem natureza cartelizador.

Determina o Estatuto do ECAD que: ““CAPÍTULO II: REQUISITOS PARA A ADMISSÃO DE ASSOCIAÇÕES : Art. 7º O ECAD será integrado por associações efetivas e administradas.

Janeiro (Processo 2004.001.132846-7) onde o Promotor Público exige do ECAD que os recursos de titulares que não comparecem sejam repassados à tutela do Estado, aduzindo que: “Consigne-se, por fim, que a apropriação de direitos autorais ‘retidos’ devidos aos autores não associados, por parte das associações, através do ECAD, enquadrar-se em conduta típica da apropriação indébita. “Como se observa, não há qualquer norma legal que ampare a prática do ECAD segundo a qual direitos autorais ‘retidos’, arrecadados por conta de terceiro não associado, possam ser objeto de apropriação, no prazo de 06 meses. “Ressalte-se, que, ainda que o ECAD aguardasse o transcorrer do prazo prescricional para ser apropriar desses recursos (prazo esse que não é de seis meses, mas sim de três anos, por força do art. 206, §3º do atual Código Civil), o decurso de tempo não tornaria lícita a conduta do referido Escritório (tornaria apenas inexigível o ressarcimento aos autores lesados”.

¹⁶ Diz o Código Civil que: Art. 55. Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais.

¹⁷ A opinião de ROBERTO SENISE LISBOA (Contratos Difusos e Coletivos, Ed. Revista dos Tribunais, S.Paulo, 1997, p. 481) retratando que “ A autorização de exclusividade dada por um autor a uma associação é perigosa, pois esta poderá vira fixar tarifas no percentual ou montante que desejar e arrecadar direitos pertinentes, de forma monopolizadora e nociva ao setor autoral”, vem avalizada por MARTÍN MARIZCURRENA (Num novo mundo do direito do autor? Lisboa, Cosmos, 1994, t.II - “La Gestión colectiva del derecho de autor - las relaciones entre las sociedades de gestión y los usuarios”)

¹⁸ “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art.21 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 prestação de serviços; II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (...) V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (...) IV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado (...) XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial OU INTELLECTUAL ou de tecnologia; XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço;

Na seqüência diz: “TÍTULO I : DAS ASSOCIAÇÕES ADMINISTRADAS - Art. 8º Para ser admitida como administrada pelo ECAD, a associação deverá ser constituída estatutariamente sem fins lucrativos e preencher os seguintes requisitos: (...) 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. (...) § 1º A admissão, ou manutenção de entidade como associação administrada, dependerá de decisão da Assembléia Geral, nos termos da alínea o) do artigo 28, deste Estatuto. § 2º 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 à sua administração, fixada pela Assembléia 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.

Depois prevê: “TÍTULO II: DOS REQUISITOS PARA ADMISSÃO COMO ASSOCIAÇÕES EFETIVAS - Art. 9º A associação administrada que venha preencher todos os requisitos do Título I deste Capítulo, poderá solicitar à Assembléia 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 artigo 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.

A leitura atenta do Estatuto demonstra que para ser associado efetivo do ECAD, e, portanto, constituem direitos exclusivos das associações efetivas: I) a votação na Assembléia Geral; e, II) o acesso a documentos e a todas as dependências sociais, inclusive para fins de fiscalização, através de delegado credenciado pelo Presidente da Associação, na forma disposta no Regimento Interno.

Desta forma a fixação da “tabela” e, portanto, do preço da retribuição autoral pelos usuários, é feita numa Assembléia onde votam apenas os Sócios Efetivos que dominam cada



um pelo menos 20% (vinte por cento) do mercado relevante (o Brasil) do fornecimento de bens (direitos autorais) de comunicação pública de obras musicais. Na prática duas associações resolvem tudo.

Mais grave ainda quando se lê do art. 25 do Estatuto que: “*Cada Associação* disporá de número de votos proporcionais ao quantitativo de direitos autorais distribuídos pelo ECAD aos seus associados e representados, *no ano civil imediatamente anterior* e que na forma do art. 28 que compete privativamente à Assembléia Geral “e) estabelecer normas gerais de cobrança, reajustes e alterações; g) aprovar sistemas, normas, critérios e planos de arrecadação e distribuição dos direitos autorais de sua competência; o) admitir e excluir Associações,(...)”

Ora, toda a celeuma nacional existente sobre os critérios de arrecadação são decididos por duas ou três pessoas que representam as sociedades que concentram a maioria dos votos da assembléia geral e que quanto mais arrecadam mais adquirem peso de voto.

Em outras palavras, o modelo estatutário é concentrador, tendente ao controle absoluto interno do monopólio externo legalmente conferido no art. 99 da Lei 9610/1998 na mão de duas ou três sociedades de autores dominantes. Além disso, engessa a possibilidade de novas sociedades adentrarem aos quadros sociais, forçando a concentração em torno das sociedades dominantes efetivas. Quanto mais uma associação efetiva consegue novos associados, mais ela arrecada e mais comanda a Assembléia e mais ela tem como decidir no voto o que lhe bem aprouver.

Como é sabido o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, deve sempre analisar os efeitos de negócios, nos casos em que há a possibilidade de criação de prejuízos ou restrições à livre concorrência, que a lei antitruste supõe ocorrer em situações de concentração econômica acima de 20% do mercado de bem ou serviço analisado. No caso do ECAD, de acordo com seu Estatuto, é pressuposto para ser um Sócio efetivo, a prática de concentração econômica do bem (direito autorais) por ele gerido coletivamente. Em síntese, para ser sócio efetivo do ECAD é necessário violar a lei “anti-truste” brasileira.

No julgamento pelo CADE do Processo Administrativo nº 53500.000359/99, foi analisado a questão da disputa entre o Direito de Autor e o Direito da Concorrência. Dizia o relator que: “Outra questão é a do “conflito” entre dois valores tutelados pela Carta Magna: o direito de autor (art. 5º, incisos XXVII e XXVIII) e a defesa da concorrência (art. 170 e 173, § 3º).É preciso compreender o direito da propriedade intelectual, tanto no seu aspecto moral



como patrimonial, como expressão da livre iniciativa. Ou seja, trata-se de um direito de natureza liberal, é dizer, de uma garantia do particular que demanda, via de regra, uma abstenção do Estado. Já a livre concorrência, nas palavras do jurista Fernando Herren Aguillar, “exige do Estado uma efetiva ação de restrição à liberdade de iniciativa”. Assim, em nome dos princípios da ordem econômica, previstos no artigo 170 da Constituição, o CADE deve impedir o uso abusivo de direitos individuais, limitando o seu alcance quando necessário. Não é outro o sentido da tutela da concorrência. Portanto, não há, na verdade, conflito entre estes princípios, mas uma necessária harmonização entre eles”. “Preciso e ilustrativo, nesse sentido, o parecer dos mestres Miguel Reale e Miguel Reale Júnior, (...)no sentido de que a função social da propriedade, garantida constitucionalmente, aplica-se a todas as formas de propriedade, inclusive àquelas imateriais e à propriedade da empresa. Ao lado disso, sublinham os pareceristas, a função social da propriedade não possui apenas papel negativo, de proibição de determinadas condutas, mas papel promocional dos valores sobre os quais se funda a ordem constitucional, dentre os quais, avulta a livre concorrência. A tarefa adjudicatória do CADE, sempre observando e respeitando o ordenamento jurídico em sua unidade e completude, não é a de tutelar ou promover o direito subjetivo individual dos autores de conteúdos culturais e intelectuais, por mais relevante que seja essa função. Seu trabalho consiste, sempre ressalvado o estrito respeito à lei, em proteger e estimular o direito subjetivo da coletividade a um mercado competitivo, aberto e dinâmico. Por isso, o direito autoral não pode servir de pretexto para a recusa de contratar a Representada”. Celso Fernandes Campilongo, conselheiro do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ao proferir voto no julgamento do processo administrativo acima referido teceu, na oportunidade, alguns comentários sobre as infra-estruturas essenciais, deixando consignada sua opinião ao esclarecer que tal conceito apenas deve ser aplicável em casos extremos, nos quais a detenção exclusiva de um serviço ou produto por um determinado prestador inviabiliza por completo a existência de um regime de competição, e ainda quando o bem negado não pode ser duplicado por constituir um monopólio natural.

Tendo em vista as disposições legais que fomentam a concorrência no Brasil, constantes da Lei no 8.884/94, pode-se concluir que a negativa de acesso a uma infraestrutura essencial por parte de seu proprietário configura inegavelmente infração à ordem econômica, sujeita à fiscalização e imposição de sanção pelo CADE e o Controle do Judiciário.

Os comunicadores de obras audiovisuais como não podem alterar o produto que não lhes pertence e também protegido pela inalterabilidade autoral, são reféns de um produto essencial, que é a música embarcada no conteúdo de imagens móveis – o cinema, a televisão, o vídeo, a programação.

Torna-se urgente a revisão da legislação para fazer uma cisão entre comunicação pública de música e de obras audiovisuais. É premente a intervenção na formatação do monopólio de fato e de direito da associação ECAD que concreta as sociedades de representantes de titulares, para dar-lhe legalidade estatutária e cumprimento ao direito constitucional de livre associação.

2.3. Texto legal confuso sobre este monopólio de arrecadação.

A lei 9610/1998 é repleta de sofismas jurídicos neste assunto. O primeiro deles é não mencionar o ECAD (a pessoa jurídica existente) e sim um tal escritório central de arrecadação único, como se fosse na prática possível substituir este ECAD por outro. Outro deles é dizer que os autores tem liberdade de se associar, permanecer associado e de demitir das suas sociedades, em cumprimento ao novo direito Constitucional coletivo previsto no artigo 5º (direito de associação). Pelo estatuto se verá que é impossível constituir uma nova associação e se o autor de desassociar das existentes, nada receberá, pois não estará representado.

Portanto os artigos 97 e 98¹⁹ da Lei 9610/1998 foram redigidos para dar uma aparência formal de Constitucionalidade a um monopólio privado exercido de forma abusiva e casuística.

Resulta de tudo isso que o ECAD se autodenomina um “órgão” e atua como se fosse ente público, vestindo o sapato e se autopersonificando o tal escritório mencionado na Lei 9.610/1998. Foi este ECAD existente criado não por lei mas por recomendação legal da lei autoral já revogada de 1973. A nova lei de 1998 não mais o menciona, mas cita a necessidade das sociedades que representem autores de exercerem em conjunto a cobrança, através de “um

¹⁹Art. 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.



único escritório central”. Este escritório, entende-se por conveniência ser o ECAD, porque nasceu primeiro. Contudo, ao revés de efetuar cobrança dos valores previamente ajustados que é o que prevê o artigo 99, exerce, de fato, o ajustamento unilateral e uniforme dos valores da comunicação pública das obras musicais aos usuários, não como agente de cobrança mas como representante dos representantes dos autores. No momento de ajustar os valores, renuncia ao seu caráter privado e quer impor tabelas de preços unilaterais incidentes muitas vezes sobre o próprio faturamento bruto de empresas chamadas de “usuárias” de músicas, o que colide com o caráter privado da essência do direito autoral, e confere um caráter “tributário” ao “preço”. Na seqüência, chama para si o exercício de um monopólio de direito consistente em: a) fixar unilateralmente a remuneração universal; b) fiscalizar o uso; c) definir os critérios de distribuição aos titulares (autores); d) receber comissão pelo “serviços”; e) arrecadar isoladamente as cobranças dos valores unilateralmente fixados; g) renunciar de fato ao monopólio que diz de direito, expulsando sociedades de seus quadros e não aceitando a admissão de novas, impondo a filiação de compositores às sociedades de autores que tem o controle societário do “órgão” privado”.²⁰

A confusão em torno da gestão coletiva monopolista em desfavor dos usuários surge também quando o ECAD, formado para a arrecadação coletiva dos pagamentos dos direitos patrimoniais de comunicação pública dos autores de obras musicais, por força de abusos próprios, ou vícios das leis especiais, gravita a seu talante entre as figuras de a) representação voluntária; b) mandatária; c) cessionária de direitos de autor; d) substituta processual; e e) defensora de interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos (direitos morais de obras caídas no domínio público, p. ex.), sem nenhum tipo de controle externo, como previa Lei de 1973 através do Conselho Nacional de Direito Autoral - CNDA.

Este pequeno tumulto jurídico decorre da natureza híbrida que tomou, no passado recente, o sistema patrimonial das execuções públicas, parte estatal e parte privado. Quando se vivia sob a égide de regimes intervencionistas, poucos atentavam para a situação da estatização monopolista destes direitos individuais dos autores, em especial dos pequenos direitos, pela simbiose ECAD e o Conselho Nacional de Direitos Autorais. Ao homem comum até a Constituição de 1988, ECAD, no Brasil, era mais uma sigla de um órgão

²⁰ Marcos Alberto Sant’Anna Bitelli. *O direito de autor na Constituição Federal*. Temas atuais de direito civil na Constituição Federal. VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.



público” que divulgava alíquotas e valores e mais um imposto ou taxa para o funcionamento de um estabelecimento comercial.

Com a edição da Lei de Direito Autoral de 1973, para a tal gestão coletiva de direitos patrimoniais de autores, foi criado um sistema *sui generis* para a administração dos direitos patrimoniais individuais dos autores, determinando-se legalmente a formação do Escritório Central de Arrecadação de Direitos Autorais²¹, que deveria exercer uma espécie de monopólio sobre todos os direitos englobados, sob a supervisão do Estado, através do Conselho Nacional de Direito Autoral²².”

É certo que, diante das disparidades e diversidades dos envolvidos na formação do ECAD, somente por volta de 1.977 o escritório começou efetivamente a funcionar dentro de um sistema que se pode considerar misto (público-privado).

Contudo, o ECAD ainda atua e utiliza-se dos critérios originais para arrecadação genérica e distribuição de valores pecuniários arrecadados para os autores representados. Não existe relação efetiva entre a arrecadação e a distribuição. O sistema de pontuação é sempre coberto por severas críticas ante às distorções que propicia²³.”

A atual Lei 9610/1998, não repetiu este sistema “misto”, mas fez uma nova confusão quanto à gestão coletiva da arrecadação e a criou uma legitimação processual das sociedades de autores. A revisão da lei vigente ficou estacionada no Congresso Nacional por quase dez anos e, quando saiu, por pressão de vários setores, foi aprovada de forma apressada e com

²¹ A Lei 5.988/73 determinava no artigo 115 que, “As associações organizarão dentro do prazo e consoante as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos direitos relativos à execução pública, inclusive através de radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou lítero-musicais e de fonogramas.”

²² Os artigos 116 e 117, da Lei 5.788/73, atribuíam ao CNDA os seguintes poderes: O Conselho Nacional de Direito Autoral é o órgão de fiscalização, consulta e assistência no que diz respeito a direitos do autor e direitos que lhes são conexos. Ao Conselho incumbia autorizar o funcionamento e fiscalizar as associações de autores e o ECAD, podendo neles intervir quando descumprirem suas determinações ou lesarem, de qualquer modo, os interesses dos seus associados. Fixava o CNDA, também as normas de unificação de peças e sistema de cobrança e distribuição de direitos autorais.

²³ Carlos Alberto Bittar, *O ECAD e o direito de execução no Brasil*, I Seminário Nacional do Serviço Jurídico do ECAD, 27.07.81, São Paulo, in *Revista da Faculdade de Direito*, p.331 e ss. - “Consiste o sistema de pontuação em remunerar-se o autor em consonância com as execuções anotadas pelos mecanismos de coleta de dados. Atribuem-se pontos pelas execuções com base nos quais recebe, ao final, o criador, a sua retribuição. (...) A coleta de dados perfaz-se por meio de processos eletrônicos e também manuais, como gravações, preenchimentos de fichas, anotações e outros, procurando-se atingir o maior grau de mecanização possível. Segue-se o processamento interno na entidade arrecadadora, para efeito de posterior distribuição aos titulares, contra a apresentação da documentação correspondente. Verifica-se, ante ao exposto, que se trata de mecanismo complexo e que gera inúmeras dificuldades, desde a fase da taxação até a coleta de dados e o posterior processamento, apontada, aliás, pelos doutrinadores, desde a respectiva origem.”



várias imperfeições, e o sistema da “pontuação” exercitado pelo ECAD vem se mantendo, apesar das “inúmeras dificuldades”²⁴ que gera.

Tratou, a lei vigente, de ser apenas uma verdadeira plástica estética da lei anterior, procurando adaptá-la a algumas evoluções tecnológicas e terminológicas, bem como a alguns princípios Constitucionais de 1.988.

A nova lei, como disse alhures, precisou adequar-se especialmente o tema da liberdade de associação prevista na Constituição Federal e, de forma ambígua, tentar manter a centralização da gestão dos direitos individuais patrimoniais dos autores, por pressão do poder econômico controlador. O resultado é um acidente jurídico assustador. A leitura atenta dos artigos 97 a 99 da LDA vigente desafia o leitor menos distraído para uma situação jurídica paradoxal e de enfrentamentos Constitucionais.

2.4. Falta de mútuo consenso entre gestor e usuários.

Constou do pedido de instauração de uma CPI da Câmara dos Deputados sobre o ECAD, que o ECAD “não possui parâmetros em suas cobranças, o fazendo de forma divergente entre a mesma categoria de usuários transformando a cobrança em verdadeiro mercado de peixe.”

O que se percebe é que nem as associações que representa importantes usuários, nem usuários individualmente tem logrado sucesso na obtenção de um consenso no critério de cobrança porque, na prática, não há negociação. É pagar ou pagar o que está fixado pelos controladores da assembléia que define os critérios de cobrança ou processos judiciais sob o manto de uma lei que garante ao autor um direito de “exclusivo”, “interpretações restritivas de direitos”, “suspensão de atividades” e outras seqüelas naturais do sistema de direito de autor mas que não combinam muito com o exercício de uma gestão coletiva de um direito secundário (os pequenos direitos que se agigantam no uso de regras para os “grandes” direitos).

As disputas se dão porque o ECAD se torna um sócio sem risco de diversas atividades econômicas que não tem sequer a música como seu insumo essencial.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro recentemente analisou o critério de fixação de arrecadação abusiva de preço praticado pelo ECAD, sobre o faturamento da TV Globo assim ponderando:

²⁴ Carlos Alberto Bittar, *O direito de autor nos meios modernos de comunicação*; S.Paulo : RT, 1989, p 100.



TJ/RJ/ 11ª CÂMARA CÍVEL: Apelação Cível nº 2006.001.69991 - Apelante: TV GLOBO LTDA / Apelado: ECAD:

“Quando o ECAD prevê, em seu regulamento, o valor da autorização para a execução pública de obras musicais na programação audiovisuais das emissoras de televisão, na proporção de 2,5% das respectivas receitas, ele está exorbitando no direito de fixar o preço de seu produto (repertório), pois mesmo considerando a sua condição de representatividade dos interesses dos titulares dos direitos das respectivas obras musicais, não pode condicionar tal valor à receita bruta de cada contratante (emissora de televisão). Ao impor o preço com base e percentual da receita bruta da emissora de televisão está agindo, não como fornecedor de produto ou como uma entidade destinada a viabilizar a gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e conexos, mas como um sócio da empresa, ou mesmo com mais direitos do que este, pois a retirada e/ou lucros de cada sócio de uma empresa levam em consideração, também, as despesas da emissora.” (...) “Mesmo que se reconheça o direito de fixação, unilateralmente, do preço do produto pelo fornecedor, com fulcro no direito privado e na lei de mercado, não pode o Judiciário endossar ou considerar legal e constitucional o critério utilizado para a fixação da contraprestação pretendida e fixada no regulamento do ECAD, em percentual da receita bruta de cada emissora contratante, o qual evidencia exorbitância do poder conferido na LDA e afronta a princípios constitucionais e legais, conforme acima, exaustivamente, fundamento.”

Em outro exemplo, aí contra o próprio governo, o Tribunal do Rio de Janeiro assim decidiu:

TJ/RJ/ 14ª CÂMARA CÍVEL: Apelação Cível nº 2006.001.52945 - Apelante: ECAD / Apelado: Município de Paraty.

APELAÇÃO CIVEL. ECAD. DIREITOS AUTORAIS. AÇÃO DE COBRANÇA DE PELA REPRODUÇÃO PÚBLICA DE OBRAS MUSICAIS SEM AUTORIZAÇÃO DOS RESPECTIVOS AUTORES. SHOWS E EVENTOS ORGANIZADOS PELO MUNICÍPIO DE PARATY. AUSÊNCIA DE AJUSTE PRÉVIO QUANTO AO PREÇO COBRADO. CONTRAFAÇÃO QUE É SOLUCIONADA NO CAMPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. (...) 2. Atuando o ECAD como substituto processual do titular do direito autoral, não conta com mais direitos do que os substituídos. 3. Se não podem os titulares das obras, na hipótese de contrafação, cobrar valores não previamente pactuados, mas sim postular a indenização pelos danos suportados, mediante arbitramento judicial, igualmente não pode o ECAD valer-se daquele expediente. 4. Para a ação de cobrança de valor certo e determinado é indispensável a prévia existência de contrato escrito ou verbal que estabeleça o preço que se pretende cobrar, o que não ocorre na hipótese dos autos. Manutenção da sentença.



Igualmente isso acontece com empresas de televisão por assinatura, como o precedente abaixo:

27ª Vara Cível da Comarca de Recife - 16 de fevereiro de 2005 - ECAD X NET RECIFE S/A: “Ora, a toda evidencia configurada a arbitrariedade e abusividade da autora ao coagir a demandada a aceitar reajustes da obrigação de pagar baseada em critérios unilaterais desvinculado de qualquer elemento racional. De se ver que o contrato firmado pelos litigantes deixa claro na cláusula transcrita que a reavaliação dos valores a serem pagos a partir de janeiro de 2004, não prescindiria de um consenso entre os envolvidos o que, efetivamente não logrou a parte demandante comprovar nos autos. A contrário, noticia na exordial insuperável resistência do réu.(...). Tenho assim, que nenhum reajuste é admissível neste contexto, sem que haja um consenso formal entre os contratantes (...).Saliente-se, aqui, que nenhuma legislação ampara a autora na aplicação dos valores por ela defendidos, para o que invoca, tal somente, o questionável Regulamento de Arrecadação, por ela mesma elaborado e formulado (...).(...) é de se reconhecer que à demandante empresta-se absoluto e inquebrantável poder que nem ao Estado se reserva.(...) Registro, ainda, que eventual pretensão de se obter critérios, requer demanda tendente ao arbitramento judicial do que decerto não trata o presente feito”.

Todavia, os processos vão de multiplicando, com decisões conflitantes onde perdem os autores e perdem os usuários pagadores.

O fato é que fosse criteriosa, ponderada e concertada a forma de remuneração onde todos pagassem com razoabilidade, aumentaria a contribuição e caberia a cada um seu quinhão. Da forma que está as “tabelas” são apenas para alguns que são compelidos a pagar e não para todos que ou não conseguem suportar o ônus ou cerram suas atividades. Para o titular do direito autoral o resultado é receber muito menos do que seria possível. Para o grupo controlador do ECAD fica o sofisma de que tais tabelas servem para a cobrança. Na prática nos setores econômicos identificados como “usuários” diretos ou indiretos, poucos pagam muito, quando certo era todos pagarem um pouco, em benefício do titular, com a redução dos custos de intermediação.

2.5. Falta de agente externo de controle, fiscalização e eventual mediação.

A atuação da CPI da Câmara, a atuação dos judiciários estaduais de primeira e segunda instância e o CADE não têm sido vitoriosa na obtenção de resultados que convençam o grupo gestor do ECAD a obter modelos adequados de consenso, ponderação e razoabilidade das cobranças. Isto vale tanto para pequenos estabelecimentos, como para usuários de obras audiovisuais em geral ou casos específicos de particulares, como casamentos, ou de governos, como prefeituras, estados e união, em festas populares.



A prerrogativa de estabelecer o preço e as condições da remuneração não pertence ao ECAD, mas sim, com base no art. 98 da Lei 9610/1998, tal direito, é exclusivo das “sociedades de autores” que “com o ato de filiação se tornam mandatárias de seus associados, para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial e extrajudicial de seus direitos autorais, bem como se sua cobrança. Portanto, a fixação do pacto de natureza privada entre usuários e compositores e editores é das sociedades e não do ECAD, quem tem legitimidade apenas no evento posterior, que é processualmente exigir a cobrança daquilo que foi materialmente antes fixado entre os titulares e os usuários.

Todavia o que fazem as sociedades juntamente com o ECAD? Concordam com um critério único concentrado através de uma estatuto casuístico que permite que dois ou três decidam como se arrecada de milhares e como de distribui para centenas de milhares, mediante um sistema de intermediação remunerada.

Como diz o grande mestre Ascensão: “Frequentemente, o Autor, quanto mais criador, menos capaz é de prosseguir economicamente os seus interesses. Por outro lado, a vastidão da tutela autoral faz aguçar as cobiças. Intermediários e empresas de exploração multiplicam-se, considerando que o rendimento do direito de autor é algo demasiado importante para ser deixado aos autores. Assim, as entidades de gestão, a que muitos casos o autor é forçado a aderir, formulam contratos de adesão para gestão das obras. (...) As leis proteccionistas do autor tornam-se ambíguas. Falam do Autor, mas autores são os adquirentes de direitos, e pelo autor agem os mandatários. Essas leis protegem afinal interesses empresariais, que só casualmente coincidem com os do criador intelectual”.²⁵

Assim, conclui-se que a lei deveria de alguma forma criar um agente que pudesse controlar e fiscalizar as atividades do ECAD de modo a: (i) segregar os valores dos não representados; (ii) reduzir o custo de intermediação; (iii) permitir o pleno exercício do direito de associação; (iv) fazer a distribuição ser efetiva; (v) fazer a distribuição ter vínculo com a arrecadação; (vi) fazer a arrecadação ser ponderada, razoável e proporcional entre: usuários diretos e indiretos; de música intensiva e de música incidental (audiovisual); (vii) fazer a arrecadação e distribuição ser consensada entre usuários e titulares, através de mediação, remetendo na hipótese de conflito à arbitragem judicial ou câmara especializada, segundo os critérios de práticas usuais nos mercados autorais nacionais e internacionais, (viii) fiscalizar a administração e gestão da associação.

²⁵ José de Oliveira Ascensão, *Direito do Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Lisboa, 1.992, p. 17