



Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura
Seminário Internacional sobre Direito Autoral
Fortaleza, CE, 26, 27 e 28 de novembro de 2008
Mesa 3: A Gestão Coletiva de Direitos Autorais

Gestão coletiva de direitos autorais: contratos de reciprocidade e aspectos concorrenciais

Karin Grau-Kuntz

Honrou-me demasiadamente o convite de participar deste seminário como expositora nesta mesa sobre a “Gestão coletiva de direitos autorais: contratos de reciprocidade e aspectos concorrenciais”. A elaboração desta exposição levou em consideração a área de atuação das duas ilustres expositoras que compõe junto comigo esta mesa, bem como o fato da minha exposição ser a terceira na sequência.

Eu sou brasileira, vivendo na Alemanha há 16 anos, onde venho me dedicando à pesquisa acadêmica. Trabalhei e fui bolsista por muitos anos junto ao Instituto Max-Planck em Munique, o que justifica o lapso da organização deste seminário ao indicar, no programa, que sou pesquisadora daquele instituto alemão. A minha ligação com o meio acadêmico alemão hoje se dá na medida em que lá atuo como membro do IBPI, Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual. Assim peço aos Srs. a licença para fazer breve observação nesse sentido. É verdade que estou ainda próxima àquele instituto --- o que também me honra --- mas como membro do IBPI, visando à estabelecer uma ponte entre o mundo acadêmico alemão e europeu e o Brasil. O que aprendo na Europa aprendo para ser revertido no Brasil. É este o lema do trabalho que desenvolvo na Alemanha.

Feito este aparte e retomando a exposição que me proponho fazer aqui, optei, em vez de tecer considerações diretas sobre o problema da gestão coletiva no Brasil ou discorrer diretamente sobre a recente decisão proferida pela Comissão da União Européia a respeito da concorrência entre as sociedades de gestão coletiva no âmbito comunitário, por tratar do tema da gestão coletiva sobre outro prisma.

O ponto crucial da questão que envolve a problemática das sociedades de gestão coletiva reside em responder se uma estrutura de organização monopolística, ou no mínimo

protecionista, seria de fato necessária para proporcionar uma efetiva gestão das faculdades patrimoniais de direito de autor, ou não.

Será que uma organização aberta à concorrência não garantiria uma gestão mais efetiva e equilibrada?

A gestão coletiva envolve uma série de interesses conflitantes entre si. Todas as partes envolvidas no processo de gestão coletiva agem, em primeira linha, movidas pela lógica econômica. Enquanto os usuários desejam pagar o mínimo possível pelo uso das obras, ao passo que os autores e intérpretes desejam tirar o máximo proveito econômico das faculdades patrimoniais que lhes são garantidas, as sociedades de gestão coletiva perseguem ---- ou pelo menos deveriam perseguir ---- também um fim econômico próprio, o de administrar os direitos que lhes são confiados de forma economicamente eficaz. Este fim econômico próprio existe independente do fato destas sociedades almejem, ou não, auferir lucros.

Por último, não posso deixar de lembrar que o mecanismo de gestão coletiva gira as suas engrenagens inserido em uma realidade regida por princípios que têm por fim ora garantir um determinado grau de concorrência geral, ora garantir um determinado nível de acesso às informações ou, ainda, de fomentar em determinada medida o desenvolvimento cultural da sociedade.

Quando eu disse que as sociedades de gestão coletiva perseguem, ou pelo menos deveriam perseguir, o fim de administrar os direitos de seus afiliados de maneira mais eficiente possível, aproximei-me do cerne da polêmica que vem envolvendo a administração destas sociedades. A posição privilegiada do ECAD brasileiro, por exemplo, um órgão “guarda-chuva” das associações representante dos titulares das faculdades patrimoniais de direito de autor, permite a esta associação tomar atitudes questionáveis não só do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista de eficiência econômica. E aqui retoma-se a pergunta que acabo de fazer: até que ponto a estrutura privilegiada, monopolística, do exemplo que referi, do ECAD, é capaz de garantir e fomentar o desejado equilibrado afinamento entre os interesses diferentes e antagônicos envolvidos na gestão coletiva?

A proteção das faculdades patrimoniais do autor não é um fim em si mesmo. Ela só faz sentido dentro da dinâmica de um mercado econômico.

Para seguir no raciocínio que pretendo desenvolver desde essa afirmação é importante desde já destacar a diferença que se põe entre a proteção de natureza pessoal do autor, que se manifesta naquilo que se chama de direito moral, e a proteção de natureza patrimonial.

Além disso é importante lembrar que, no passado a produção protegida pelo direito de autor era caracterizada por ser um bem voltado a interagir com o destinatário da obra ou, em outras palavras e de forma livre, a tônica do processo de produção intelectual era permitir que o destinatário se “deliciassem” com a obra, que a partir dela obtivesse emoção estética.

A dinâmica econômica e tecnológica moderna transformou esta relação. A tônica da produção intelectual hoje, naturalmente com exceções, não se encontra mais naquele vínculo espiritual, intelectual, entre autor e destinatário, mas antes na produção de uma mercadoria, de um bem de consumo. A importância econômica das produções intelectuais é tão grande que a doutrina alemã vem falando de um “direito de autor sem autor”.

O direito de propriedade garantido sobre a obra, direito que --- é importante frisar --- pela sua natureza patrimonial só abarca as faculdades patrimoniais do autor --- ou seja, não se há de falar em uma propriedade do autor quando se quer referir às faculdades pessoais --- é um direito que garante ao seu titular a possibilidade de decidir da maneira que melhor lhe aprouver sobre a exploração econômica da obra.

Voltando a noção de que a proteção das faculdades patrimoniais do autor não é um fim em si mesmo, explica-se tal afirmação sob uma perspectiva ideal da seguinte maneira: por que o autor contribui ao acervo cultural da sociedade com a criação intelectual, o que significa um enriquecimento cultural geral, garante-se a ele uma vantagem econômica que serve de incentivo para que continue a produzir intelectualmente. Sob um outro ponto de vista, agora sobre o prisma econômico, a obra-mercadoria quando oferecida ao mercado dá lugar ao processo econômico-concorrencial que gera riqueza e avanço social. Consideradas sob este prisma econômico já se faz prever a importância das sociedades de gestão coletiva como intermediárias entre autores e intérpretes e usuários das obras.

As obras intelectuais são bens imateriais, ou seja, elas não se consomem pelo uso. E, enquanto bens imateriais, não se pode exercer domínio sobre elas. As faculdades patrimoniais sobre um bem imaterial não se deixam exercer da mesma forma como são exercidas as faculdades patrimoniais sobre bens materiais. Enquanto o proprietário de um carro oferecido a aluguel pode controlar o seu uso por terceiros, o proprietário da obra intelectual, no momento em que a divulga, entrega-a pelo mundo. E o avanço tecnológico nos últimos tempos veio a facilitar mais ainda a difusão do bem imaterial. Controlar e fiscalizar o uso da obra individualmente, exigindo prestação financeira para cada utilização que, modernamente se dá em cadeia internacional, é faculdade praticamente impossível para quantos sejam os titulares de direitos patrimoniais. Para este fim, para superar essa dificuldade, lançou-se mão da

estrutura de sociedades de gestão coletiva e de acordos de reciprocidade entre as diferentes sociedades nacionais, montando-se assim uma rede capaz de controlar e fiscalizar a utilização das obras em escala mundial.

No Brasil o ECAD é o único órgão com competência para arrecadar os direitos devidos por execução pública. O titular dos direitos patrimoniais então possui duas opções: ou ele faz a próprio punho a gestão de seus direitos, o que seria deveras complexo, ou admite que o ECAD arrecade e fiscalize seus direitos. É uma vez que se encontra nesta situação de “tudo ou nada”, afirma-se que o ECAD ocupa posição bastante vantajosa e poderosa, se não monopolista. A mesma situação se repete em outros países.

Aqueles que defendem a necessidade de uma estrutura centralizada em um único ente de gestão coletiva raciocinam lembrando das dificuldades encontradas pelos titulares em administrarem a próprio punho seus direitos patrimoniais. Sob o ponto de vista econômico os titulares têm o interesse de fazer chegar sua obra ao conhecimento do maior número de pessoas. E quanto mais difundida a obra mais difícil será controlar o seu uso. Por outro lado, quanto mais taxas de licença forem arrecadadas, maior o aproveitamento econômico do titular das faculdades patrimoniais. Mudando o prisma de análise e considerando o que acabei de dizer, os defensores de uma estrutura centralizada das sociedades de gestão lembram que o usuário da obra teria grandes dificuldade em obter junto a cada um dos titulares uma licença de uso da obra. O que faria o dono da casa de dança se tivesse de pedir pessoalmente, a todos os titulares dos respectivos direitos patrimoniais, licença para a reprodução de cada música que tocasse para seu público em uma determinada noite? Daí então dizer-se que, quanto mais concentrados os direitos na mão de uma sociedade, maiores seriam as vantagens para o usuário, que só terá de se preocupar em requerer uma única licença do órgão gestor, e maiores as vantagens dos titulares das faculdades patrimoniais, cujas chances de terem seus direitos remunerados crescerá em razão da facilidade de acesso às licenças. Além disso, a fiscalização concentrada, argumenta-se ainda, é muito mais efetiva.

Mas a estrutura concentrada carrega consigo também algumas desvantagens. Se partirmos da concorrência como o regulador da economia de mercado, a concentração do poder de arrecadação nas mãos de apenas uma sociedade gestora dará espaço a situações abusivas, que se refletem no mercado, roubando a saúde das relações concorrenciais. É, por exemplo, importante lembrarmos que as sociedades gestoras suportam um custo de administração, custo este que é repassado embutido no preço das licenças a serem pagas pelos usuários. Eu não tenho conhecimento de números recentes, mas recordo, a título ilustrativo,

que há dez anos o órgão de gestão coletiva alemão GEMA contava com uma estrutura de 12 mil funcionários. A gestão tem um preço e o preço tem de ser pago por alguém. Aqueles que vêm na concorrência o regulador de preços e o incentivador de melhorias de qualidade de prestação de serviço criticam acidamente a estrutura monopolista das sociedades de gestão. Argumentam com as vantagens da concorrência entre sociedades gestoras, observam que é possível criarmos estruturas de cooperação administrativas entre as sociedades, o que suprimiria dificuldades de cobrança dupla de licença. Ressaltam as vantagens da criação de sociedades especializadas em diferentes tipos de repertórios. Destacam as vantagens que daí decorreriam para os usuários, que não precisariam mais pagar por licenças sobre repertórios gerais, mas poderiam pagar por licenças “especializadas” em determinados repertórios, o que as tornaria mais baratas. E o mais importante: frisam que a concorrência entre as sociedades de gestão coletivas consubstanciaria o instrumento mais salutar de superação do risco de abusos na gestão dos direitos, que a situação de monopólio fomenta.

A análise da posição das sociedades de gestão coletiva sobre o prisma econômico não pode porém desviar nossa atenção do importante fato de que o direito de autor não persegue apenas fins econômicos. Não pretendo aqui explorar o aspecto pessoal do direito autoral, mas antes enveredar por um outro caminho ao rememorar o interesse geral, social, de acesso à informação e à cultura.

Lembrando o modelo que mencionei há pouco, no qual em forma de círculos a produção intelectual é incentivada mercê da garantia de vantagens econômicas que, por sua vez, são revertidas à sociedade em forma de incremento do patrimônio cultural e estímulo para a criação de novas produções, afirmo que se esse modelo funcionasse hoje em dia de forma equilibrada não estaríamos aqui discutindo o direito autoral.

O contínuo aumento da importância econômica da criação intelectual gerou e vem gerando o desequilíbrio naquele modelo de círculos, um modelo importante, posto que durante muito tempo serviu como fonte que emprestou legitimidade à proteção patrimonial garantida ao autor. O desequilíbrio deste modelo desencadeou um processo autofágico do direito de autor, que representa hoje para nós, estudiosos da área, grande desafio. Não posso me deter neste ponto, mas eu o trago à tona de forma breve dada a sua importância.

Partindo dos prós e dos contras da centralização da administração das faculdades patrimoniais do autor em apenas uma sociedade de gestão coletiva, daí retiro, do ponto de vista concorrencial, duas possibilidades de estruturação dessas sociedades.

A primeira parte do princípio de que uma estrutura centralizada é imprescindível ao sucesso da gestão coletiva. Se optarmos por este caminho, imediatamente colocar-se-á a pergunta: como evitar abusos que possam surgir na atuação de uma entidade titular de poder concentrado? Aqui faz-se necessária a intervenção estatal, seja mediante ações judiciais, seja por meio de um órgão voltado a este fim. Neste sentido, parte da literatura brasileira vem clamando pelo retorno do extinto Conselho Nacional de Direito de Autor (CNDA).

A segunda opção estaria na abertura da estrutura dessas sociedades, viabilizando a concorrência entre elas. As forças reguladoras aqui seriam as forças do próprio mercado.

A adoção de um ou de outro modelo dependerá da forma de condução política de cada Estado. Em outras palavras, dependendo dos fins que persegue politicamente, cada Estado optará por este ou por aquele caminho.

Para ilustrar o que acabei de afirmar trago a baila uma decisão recente tomada pela Comissão da União Européia envolvendo o uso de contratos de reciprocidade entre as sociedades de gestão coletiva dos países membros para limitar a concorrência entre elas dentro daquele mercado comunitário. A decisão foi complexa e envolveu uma série de aspectos que não posso desenvolver no âmbito desta exposição. Há versões no site da União Européia, em diversas línguas, à disposição de quem desejar ler o conteúdo da decisão.

A União Européia, como se sabe, tem como princípio conformador político a livre circulação de mercadorias entre os Estado Membros e, nesse sentido, os acordos concertados de reciprocidade que limitavam a área de atuação das sociedades de gestão ao território nacional de cada um dos países, e uma cláusula de discriminação de não nacionais que não permitia que um não nacional se filiasse a uma sociedade estrangeira sem a autorização da sociedade gestora de sua nacionalidade, foram consideradas prejudiciais aos objetivos econômicos da União.

Nesta decisão o potencial concorrencial dos acordos de reciprocidade aparece de forma destacada.

A decisão não proibiu acordos bilaterais de limitações territoriais em geral, posto que isto iria contra a liberdade de contratação das partes, mas os acordos concertados que vinham sendo praticados de forma a criar, dentro do território da União, uma rede de monopólios nacionais em cooperação entre si. A possibilidade de concorrência entre as sociedades de gestão coletiva no interior do mercado comunitário agora está aberta. Os contratos de reciprocidade não podem mais ser pactuados visando à criar monopólios. Ao contrário, só podem ser usados como instrumento de fomento da concorrência.

O que daqui se retira, e agora aproximo-me do fim desta exposição, é que o fato da gestão coletiva ser o único meio eficiente de administração dos direitos de autor não lhe empresta um salvo conduto para agir de forma anticoncorrencial. Combater essa distorção é fundamental. A forma como se a combate dependerá da forma de condução da política econômica de cada Estado, abrangendo ou a intervenção/controlado estatal das sociedades estruturadas de forma centralizada ou a abertura de suas estruturas para a concorrência. A eficácia da gestão coletiva depende menos da forma como a sociedade é estruturada do que da condução de política que considere e respeite os princípios de ética concorrencial e que pondere adequada e coerentemente os interesses antagônicos que intermedia. Muito obrigada pela atenção.