

# Propriedades intelectuais

## DOCTRINA

♦ A luta contra o carregamento ilícito :  
à espera do sucesso da oferta lícita  
*Alain Strowel*

♦ A Patente Unitária e a futura jurisdição  
unificada  
*Jean-Christophe Galloux*  
*Bertrand Warusfel*

♦ Transparência tardia: A nova lei para  
a gestão coletiva dos direitos autorais no  
Brasil e a Possibilidade de sua fiscalização  
administrativa e judicial  
*Ronaldo Lemos*  
*Caio Mário da Silva Pereira Neto*

♦ De distorções o direito (de reprodução)  
está esgotado  
A propósito do acórdão do TJUE de 3  
de Julho de 2012, *UsedSoft c/ Oracle*  
*Vincent Varet*

## CRÓNICAS DE JURISPRUDÊNCIA

♦ Patentes de medicamentos  
*Evaristo Mendes*

♦ Direitos de Autor e Direitos Conexos  
*Paula Martinho da Silva*  
*Victor Castro Rosa*

## CARTAS DA LUSOFONIA

♦ Carta de Maputo: Propriedade  
Intelectual em Moçambique  
*Amina Abdala*

♦ Carta de Macau: Macau  
e os Tratados da Internet de 1996  
*Gonçalo Cabral*



## *Transparência tardia: a nova lei para a gestão coletiva dos direitos autorais no Brasil e a possibilidade de sua fiscalização administrativa e judicial*

**RONALDO LEMOS**

PROFESSOR DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DIRETOR DO INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE (ITSRIO.ORG). MESTRE E DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE HARVARD (EUA) E PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). SÓCIO DO ESCRITÓRIO PEREIRA NETO MACEDO ADVOGADOS.

**CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA NETO**

PROFESSOR DE DIREITO ECONÔMICO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, MESTRE (LL.M.) E DOUTOR (JSD) EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE YALE (EUA), SÓCIO DO ESCRITÓRIO PEREIRA NETO MACEDO ADVOGADOS.

### Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar as características da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil. Primeiramente discute-se a aprovação da nova lei que regula a gestão coletiva no Brasil (Lei 12.853 de 14 de agosto de 2013), apresentando alguns dos seus principais pontos. Logo em seguida, discute-se em profundidade questões que se encontram no pano de fundo da aprovação da lei e que persistirão mesmo após sua implementação. Dentre elas, os contornos da necessidade de regulação estatal nas relações envolvendo execução pública e direitos autorais, dada a preservação pela nova lei do regime de monopólio desta atividade nas mãos de uma única entidade arrecadadora central no Brasil. Discute-se, por exemplo, os caminhos e o papel do poder judiciário para arbitrar o valor devido pela execução pública de um tipo de obra intelectual – obras musicais, lítero-musicais e fonogramas (“obras musicais”) – do acervo do órgão de gestão coletiva de direitos autorais brasileiro, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (“ECAD”).

Como será demonstrado, o ECAD pratica modelos de cobrança que não guardam correlação lógica ou econômica com a efetiva utilização das obras musicais cedidas, o que configura um abuso de sua posição de *monopolista* do sistema de arrecadação de direitos autorais. A nova lei aborda essa questão, que é discutida de forma mais abrangente no presente artigo. Desse modo, o Poder Judiciário vem sendo chamado para corrigir uma situação de anormalidade do mercado, em um contexto em que, até então<sup>1</sup>, não existiam órgãos administrativos com mandato legal para exercer alguma forma de supervisão e fiscalização dos preços e/ou critérios de cobrança abusivos fixados por sociedades arrecadadoras de direitos autorais. A intervenção do judiciário para arbitrar o preço justo pelos direitos de utilização do acervo musical do ECAD mostra-se não só possível como necessária, sobrevivendo inclusive aos dispositivos implementados pela Lei 12.853, sendo atividade usual em outros países e um dos poucos caminhos de proteção disponível no

Brasil para usuários de direitos autorais que dependem do uso de obras musicais para o desempenho de suas atividades.

A fim de proceder a esta análise, este artigo está dividido em 8 seções, sendo a *primeira* esta introdução. A *segunda* apresenta brevemente os contornos da nova lei de direitos autorais, bem como as questões que levaram à sua aprovação: o surgimento do monopólio desregulado do ECAD, em exceção absoluta à praxe internacional, o que abria espaço para arbitrariedades. A *terceira* discute o modelo internacional de arrecadação coletiva de direitos autorais, demonstrando os problemas do modelo brasileiro que confere poder de monopólio a um órgão que, até recentemente, não estava sujeito a qualquer controle administrativo, situação que a nova lei busca corrigir. Essa seção também indica a recorrência da atuação do Poder Judiciário no controle de entidades arrecadadoras em outros países do mundo. A *quarta* seção apresenta exemplos de como a intervenção judicial neste caso está perfeitamente alinhada com a própria experiência jurisdicional nacional em setores nos quais as relações contratuais são desbalanceadas pelo abuso de poder de um monopolista. A *quinta* seção relata que a própria autoridade de defesa da concorrência brasileira reconheceu não só a existência de um monopólio de fato e de direito detido pelo ECAD, como também o exercício abusivo de posição dominante por parte desse órgão arrecadador, sugerindo inclusive a necessidade da criação de órgão estatal de controle da entidade arrecadadora – o que efetivamente ocorreu com a aprovação da Lei n.º 12.853, de 14 de

Os autores gostariam de agradecer a colaboração de Daniel Douek, Filippo Maria Lancieri, Carlos Affonso Pereira de Souza e Fernanda Harari na elaboração deste artigo.

1. A atribuição de fiscalização, até então inexistente no Brasil, foi recriada recentemente pela referida Lei n.º 12.853, de 14 de agosto de 2013, alterando-se a Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que tratava originalmente da questão.

agosto de 2013. A *sexta* seção discute possíveis soluções a serem adotadas pelo Poder Judiciário em face dos abusos do ECAD, inclusive futuros, no âmbito da nova lei. A *sétima* aborda em mais detalhes a Lei n.º 12.853 (“Nova Lei de Direitos Autorais”), de 14 de agosto de 2013, que altera dispositivos da Lei n.º 9.610/98 e dispõe sobre gestão coletiva de direitos autorais. Por fim, a *oitava* seção sintetiza nossa posição sobre a necessidade de intervenção do Poder Judiciário nas relações contratuais entre as empresas que dependem do uso de obras musicais para a prestação do serviço público de radiodifusão e o ECAD.

## II. A Nova Lei que regula a gestão coletiva no Brasil: origem e evolução do problema, advindo da extinção do CNDA e o surgimento de um monopolista sob a tutela exclusiva do Poder Judiciário

No dia 14 de agosto de 2013, um novo marco legislativo que regula e altera a estrutura das sociedades de gestão coletiva de direitos autorais no Brasil foi promulgado. A nova lei, que resultou dos trabalhos empreendidos por uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) que investigou as sociedades de gestão coletiva<sup>2</sup>, atribui um papel de supervisão ao Ministério da Cultura no que tange ao tema em questão. Vale mencionar desde logo para fins de transparência que o projeto de lei que deu origem à recente alteração legislativa, assim como os trabalhos da Comissão Parlamentar, contaram com a colaboração direta de Ronaldo Lemos, um dos autores do presente artigo<sup>3</sup>.

Após a primeira redação conferida pelo relatório final da CPI, o texto passou novas rodadas de contribuições feitas por grandes artistas brasileiros como Gilberto Gil, Caetano Veloso, Roberto Carlos, Carlinhos Brown, Milton Nascimento, entre outros, que também apoiaram o projeto de lei. A aprovação do projeto é um desfecho bem sucedido de mais de 10 anos de debates no Brasil acerca dos problemas e da função referentes às sociedades de gestão coletiva. Tal debate envolveu a academia, o meio artístico, a sociedade civil, o setor privado e um sem número de indivíduos e empresas preocupados com a falta de transparência desse sistema.

O relator do projeto foi o senador Humberto Costa, que contou com o importante apoio de outros membros do Congresso, como a deputada Jandira Feghali e os senadores Lindbergh Farias, Randolfe Rodrigues e Pedro Taques. A lei foi finalmente aprovada no Congresso no dia 10 de julho de 2013, recebendo sanção presidencial em 14 de agosto de 2013, sem qualquer veto. Houve ferrenha oposição à aprovação da lei por parte da CISAC (International Confederation of Societies of Authors and Composers), que chegou a enviar uma carta assinada por seu presidente Jean-Michel Jarre, endereçada à presidente Dilma Rousseff<sup>4</sup>. No entanto, a carta foi prontamente respondida de forma enfática por inúmeros artistas brasileiros, incluindo os supracitados Gilberto Gil, Caetano Veloso e Roberto Carlos. Desse modo, a carta da CISAC não surtiu qualquer efeito quanto a vetos, alterações ou atrasos na aprovação da lei.

Com a aprovação da lei, o Brasil passará a novamente contar com um órgão que possui a competência de fiscalizar a gestão coletiva de direitos autorais. Com isso o país encerra mais de 20 anos de uma trágica excepcionalidade: ter sido um dos únicos países do mundo em que as entidades que arrecadam e distribuem direitos autorais não possuíam qualquer forma de supervisão ou regulação.

No caso do Brasil a situação era preocupante: a entidade de gestão coletiva detinha o monopólio sobre suas atividades, mas ninguém a fiscalizava. Isso violava o princípio básico de que nunca deve haver um monopólio sem regulação. As distorções geradas por essa situação foram muitas e penalizaram os artistas e criadores brasileiros. Mesmo aqueles no topo da fama, como Roberto Carlos, Gilberto Gil, Ivan Lins, Caetano Veloso, dentre muitos outros, sentiam-se incomodados e insatisfeitos com uma entidade que arrecadava mais a cada ano, mas não operava com transparência, nem mesmo com um padrão de serviços que se comparasse ao oferecido por entidades similares em outros países. Além disso, os diretores do ECAD e das associações que o compõem praticamente exerciam funções vitalícias. Muitos estão no mesmo cargo há 20 ou até 30 anos, sem renovação ou atualização.

Por fim, a entidade sofria com problemas de representatividade. A internet criou um enorme contingente de novos criadores, de DJs a artistas de música eletrônica, de bandas de indie rock a projetos caseiros de música experimental. Nenhum deles se sentia representado pelo ECAD. E essa percepção era real: o sistema de representatividade interna era obscuro e obsoleto. Em vez de um critério democrático (uma pessoa um voto), era adotado um critério plutocrático (as sociedades que arrecadavam mais dinheiro possuíam mais votos). Isso fazia com que apenas duas associações (dentre 9 existentes) concentrassem todo o poder decisório do órgão, blindando-se não só da fiscalização externa, mas também da fiscalização interna, que poderia ser feita pelos próprios artistas.

Com isso, as queixas de que o ECAD era uma caixa preta se multiplicavam. Elas culminaram no trabalho da CPI do Senado Federal. O projeto de lei aprovado tem origem nos trabalhos da CPI, que fez um minucioso relatório apontando todos os problemas do órgão. Outro elemento importante é que o trabalho da CPI ajudou a informar o Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), o órgão responsável pela defesa econômica e da concorrência no Brasil, que terminou por condenar o ECAD na prática de formação de cartel e abuso de posição econômica dominante.



2. Veja no seguinte link a íntegra do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito, expondo todas as questões levantadas sobre a gestão coletiva no Brasil: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDE.asp?t=106951>

3. O relatório da CPI do Senado ganhou repercussão internacional, como artigo no conhecido site Ars Technica: <http://arstechnica.com/tech-policy/2012/05/copyright-cops-behaving-badly/>

4. Ver <http://www.cisac.org/CisacPortal/consult.Article.do?id=1702>.

Esse foi o estopim que faltava para que os artistas se articularassem definitivamente em torno dessa importante causa. Com isso, os artistas tornaram-se imediatamente protagonistas no debate do projeto do Senado. Bem articulados, apresentaram diversas sugestões de modificação e aprimoramento, que foram aceitas e incorporadas ao projeto, melhorando sua redação. Com a aprovação do projeto pelo Senado, o Brasil agora tem agora uma lei moderna do ponto de vista comparativo global sobre a arrecadação e distribuição dos direitos autorais.

O projeto traz diversas conquistas e ponderações. Por exemplo, estabelece que as associações que compõem o ECAD agora terão todas o mesmo peso de voto (1 voto por associação). Essa solução engenhosa faz com que os artistas passem a procurar se filiar a cada uma delas não mais por razões políticas, mas sim por razões de eficiência. Antes os artistas basicamente filiavam-se em apenas duas associações, justamente aquelas que controlavam todo o sistema (as outras eram associações que não tinham praticamente nenhum poder decisório)<sup>5</sup>.

Além disso, o Ministério da Cultura passa a ter a prerrogativa de fiscalizar o ECAD e as associações que o compõem, e até mesmo de cassar suas respectivas licenças de funcionamento em caso de abusos graves (respeitando o princípio da ampla defesa). Os princípios dessa fiscalização incluem a garantia de assegurar a transparência, eficiência, modernização e que os artistas e criadores sejam o centro e elemento mais importante na arrecadação e distribuição de direitos autorais. Faz sentido. Em outros países o artista tem acesso aos seus direitos a receber de forma eletrônica, como se fosse uma conta bancária. No Brasil algo assim ainda estava longe de ser implementado.

A lei também estabelece que a cobrança de direitos autorais deve ser feita de forma proporcional à sua utilização, o que também faz todo sentido. Um restaurante que toca músicas apenas na hora do almoço, por 3 horas por dia, tem de pagar de forma proporcional a esse uso. Um restaurante que, por sua vez, fique aberto 24 horas e toque música durante todo esse período deve pagar mais. Antes dessa mudança todos pagavam o mesmo preço. Se o restaurante tocasse apenas uma música durante o mês, já teria de pagar o preço “cheio”, relativo a todo o repertório de músicas do ECAD. Era um sistema de tudo ou nada. Ou pagava por todo repertório, ou não podia tocar música legalmente.

A lista de conquistas da lei que fiscaliza o ECAD é grande. Ganha o criador, ganha a nova geração de artistas que não se viam representados no ECAD, ganham os usuários das obras com um sistema de cobrança mais adequado. E ganha a sociedade como um todo, que assiste à possibilidade de finalmente o ECAD começar a entrar em sintonia com os valores do século 21, cobrando e distribuindo os valores de direitos autorais de forma mais justa.

Mas nem sempre foi assim. Até o ano de 1990, o Brasil seguia o modelo praticado na grande maioria dos países do mundo no que tange ao controle sobre a entidade de arrecadação coletiva de direitos autorais: existia um órgão administrativo de supervisão desta entidade, justamente para evitar abusos da sua posição de monopolista.

Com efeito, na vigência da antiga Lei de Direitos Autorais (Lei 5.988/73), foi criado o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), responsável por supervisionar de

forma permanente as atividades do ECAD. Esse modelo de supervisão permanente, inclusive no que tange à fixação de preços, como se verá a seguir, é a regra geral aplicável às sociedades arrecadoras de direitos autorais na grande maioria dos 143 países membros da Organização Mundial do Comércio.

Nesse modelo original, o CNDA detinha um amplo rol de atribuições com relação à supervisão do ECAD. Afinal, sua tarefa era fiscalizar uma entidade autorizada por lei a operar em regime de monopólio. Dentre essas atribuições encontrava-se a prerrogativa de autorizar o funcionamento do ECAD e das associações que o compõem, bem como de cassar-lhes a autorização caso fossem constatados abusos sucessivos. Além disso, o CNDA detinha também a incumbência de supervisionar os preços fixados pelo órgão.<sup>6</sup>

Essa atribuição não se trata de um «invenção» idiossincrático do legislador brasileiro. Como se verá a seguir, a atribuição ao poder público de supervisionar e homologar os preços praticados por entidades similares ao ECAD presentes em outras jurisdições é uma constante universalmente praticada. Afinal, não se pode conceber, seja do ponto de vista jurídico ou do ponto de vista econômico, a existência de um monopolista que opere sem qualquer regulação, impondo a terceiros sua vontade de forma unilateral e arbitrária, especialmente quando tal monopolista



5. Alguns pontos adicionais da nova lei 12.853: 1) As associações de compositores e intérpretes que compõem o ECAD terão que se habilitar junto ao Ministério da Cultura, comprovando que têm condições de administrar os direitos de forma eficaz e transparente. 2) A taxa de administração cobrada pelo ECAD não poderá ultrapassar 15% do valor arrecadado a título de pagamento de direitos. 3) Emissoras de rádio e TV serão obrigadas a tornar pública a relação completa das obras que utilizam e o pagamento deverá espelhar a realidade da execução das músicas. Hoje, essa distribuição se dá por amostragem. 4) Criação de um cadastro unificado de obras que evite o falseamento de dados e a duplicidade de títulos. O autor poderá acompanhar a gestão do seu direito pela internet. 5) As associações que compõem o ECAD só poderão ser dirigidas por titulares dos direitos autorais, ou seja, compositores e intérpretes. Eles terão mandato fixo de três anos, com direito a uma reeleição. A partir de agora, a associação que oferecer os melhores serviços e ao menor preço (a taxa de administração menor) vai atrair mais artistas e criadores. O sinal para a tomada de decisão deixa de ser um sinal político e passa a ser um sinal de eficiência.

6. Lei 5.988 de 1973: “Art.º 116. 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.

Art.º 117. Ao Conselho, além de outras atribuições que o Poder Executivo, mediante decreto, poderá outorgar-lhe, incumbe:

I – determinar, orientar, coordenar e fiscalizar as providências necessárias à exata aplicação das leis, tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, sobre direitos do autor e direitos que lhes são conexos;

II – autorizar o funcionamento, no País, de associações de que trata o título antecedente, desde que observadas as exigências legais e as que forem por ele estabelecidas; e, a seu critério, cassar-lhes a autorização, após, no mínimo, três intervenções, na forma do inciso seguinte;

III – fiscalizar essas associações e o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição a que se refere o art.º 115, podendo neles intervir quando descumprirem suas determinações ou disposições legais, ou lesarem, de qualquer modo, os interesses dos associados;

IV – fixar normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais;”

controla um enorme acervo de bens culturais essenciais para o exercício de um sem número de atividades de interesse público<sup>7</sup>.

No Brasil, a atribuição específica do CNDA para fiscalizar os preços praticados pelo ECAD foi definida no artigo 117 da Lei 5.988/73, e repetida no artigo 8.º do Decreto n.º 84.252, de 28 de novembro de 1979.<sup>8</sup> Ocorre que o CNDA foi extinto durante o governo do presidente Fernando Collor de Mello, como parte de sua iniciativa de reforma e redução do tamanho do Estado. Assim, o CNDA teve suas atividades encerradas em 1990, por meio da Lei 8.028/90 e do Decreto 99.600/90 que, diga-se, extinguiu o próprio Ministério da Cultura, transformado então em Secretaria da Cultura da Presidência.

A inexistência de uma entidade governamental para fiscalizar o ECAD perpetuou-se na nova lei de direitos autorais, atualmente em vigor (Lei 9.610/98). Por conta disso, o Brasil tornou-se um país peculiar. Com a extinção do órgão administrativo responsável por fiscalizar as sociedades arrecadadoras, notadamente o ECAD, essa atribuição passou a pertencer exclusivamente ao Poder Judiciário. Vale notar que essa excepcionalidade do modelo brasileiro gerou críticas relevantes e reiteradas desde o momento da aprovação da Lei 9.610, em 1998<sup>9</sup>.

Tais críticas se mantiveram na doutrina especializada mais recente, que ainda clamava por controle do monopólio do ECAD. Por todos, cita-se a lição de José de Oliveira Ascensão, *in verbis*:

*“Além disso, a gestão coletiva faz-se em regime de monopólio, salvo raras exceções. Ou monopólio de direito, nos países que assim o estabelecem, ou monopólio de fato. Temos assim a sobreposição de direitos exclusivos, que exercidos no domínio econômico geram monopólios, entregues à gestão de entidades monopolísticas. Quase diríamos – uma sobreposição de monopólios. (...)”*

*Todo o monopólio carece de ser controlado. E este monopólio de certo modo ainda mais: a aura da finalidade cultural, ou de defesa da cultura, faz-lhe beneficiar de uma predisposição favorável em relação à sensibilidade pública em geral.”*<sup>10</sup>

Naturalmente, as resoluções tomadas pelo CDNA durante seu período de vigência, encerrado há mais de vinte anos, já não refletem mais a realidade atual do mercado de direitos autorais ou mesmo a significativa mudança tecnológica ocorrida desde então. Em particular, mesmo resoluções referentes a homologação de preços (como a Resolução 25/81) trataram do tema há mais de 30 anos. Qualquer controle administrativo em abstrato exercido há mais de três décadas (notadamente, homologação de “tabela geral”) é insuficiente para lidar com disputas em concreto, na qual se discute, por exemplo, a abusividade de critério de cobrança definido contratualmente, com majoração arbitrária dos valores cobrados na renovação da relação contratual.

Em suma, o Brasil, desde 1990, desviou-se do modelo aplicado em outros países em que existe sempre uma duplicidade de instâncias a regular as sociedades arrecadadoras: uma administrativa, responsável por supervisionar e homologar os preços fixados pelas sociedades, que soma-se ao Poder Judiciário, última instância para a correção de abusos por parte desses monopolistas. Com a extinção do CNDA, restou exclusivamente ao Poder Judiciário, órgão constitucionalmente responsável por corrigir qualquer lesão ou ameaça a direito (CF, Art. 5.º, inciso XXXV), a atribuição de

dirimir as questões derivadas do monopólio exercido pelo ECAD<sup>11</sup>.

Não é por outra razão que tem sido recorrente o recurso dos mais diversos usuários de obras musicais constantes do acervo do ECAD ao Poder Judiciário, com vistas a buscar proteções contra abusos de todas as naturezas<sup>12</sup>. E as Cortes

7. De acordo com a teoria de regulação econômica, a existência de monopólio em um dado mercado por si só já justificaria a regulação de preços: *“Where monopoly occurs, the market ‘fails’ because competition is deficient. From the public interest perspective, the problem with a firm occupying a monopolistic position is that in maximizing profits it will restrict its output and set price above marginal cost. (...) There are, as seen above, a number of well-recognized reasons commonly given for regulating. (...) Such firm has the market power to charge prices which generate excessive profit. The natural regulatory response is to control prices.”* (BALDWIN Robert; GAVE Martin, *Understanding Regulation*. Oxford, 1999, pp. 10; 16; 209)

8. *“Art. 8.º – Ao CNDA incumbe: (...) IV – fixar normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais;”*

9. Cf. Folha de São Paulo, *Especialistas Consideram a Lei Incompleta*, 14 de janeiro de 1998. *“Advogados ouvidos pela Folha analisam o projeto de lei como uma tentativa de modernização da legislação de direitos autorais. ‘O projeto melhora o texto vigente, mas ainda é incompleto. Não existe um órgão que vigie o cumprimento da lei’, opina o advogado José Carlos Costa Netto. Ele critica o projeto por não prever a existência de um órgão nos moldes do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), que regulava questões sobre o tema e foi extinto pelo ex-presidente Fernando Collor. ‘Com isso, vai continuar existindo um vácuo. E uma relação direta entre o titular do direito e o Judiciário’, avalia.”*

10. ASCENSÃO, José de Oliveira. *“A supervisão de gestão coletiva na reforma da LDA”*; in WACHOWICZ, Marcos. *Por que mudar a Lei de Direito Autoral?: estudos e pareceres*. Florianópolis: Fundação Boiteux; 2011, p. 153.

11. Muitas são as manifestações no sentido de que seja recriado em nosso país um órgão administrativo capaz de regular o ECAD. A esse respeito, tramitou no Senado Federal o Projeto de Lei 129/2012, que tinha por objetivo criar no âmbito do Ministério da Justiça um órgão com atribuições para fiscalizar ECAD, inclusive no que tange ao abuso de fixação de preços. Essa demanda de recriação de um órgão administrativo foi também a conclusão de quatro relatórios de Comissões Parlamentares de Inquérito que investigaram o ECAD nos últimos anos, incluindo a última, no Senado Federal em 2012. Esse projeto de Lei foi aprovado pelo Congresso Nacional e transformou-se na Lei n.º 12.853, de 14 de agosto de 2013, publicada no Diário Oficial em 15 de agosto de 2013.

12. Vários são os exemplos de abusos do ECAD já reconhecidos pelo Poder Judiciário, inclusive pela própria Quarta Turma do e. STJ. Vide casos envolvendo a deficiência na justificativa para a cobrança de valores nos patamares impostos unilateralmente pela entidade, dentre os quais vale citar: REsp 681847/RJ, T4 – Quarta Turma, relatoria Ministro João Otávio de Noronha, j. 15/10/2009, DJe 08/02/2010: *“(...) Importante salientar 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. Admitir-se o contrário, seria conferir à entidade cobradora privilégio que a lei não lhe outorgou.”* No mesmo sentido, verifica-se situações em que foi cobrado o valor sem a prova de serem esses montantes devidos (prova de realização da exibição e da presença de requisitos que permitam a cobrança), como, por exemplo: (i) REsp n. 84.627/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 5/10/1998: *“2. Em lhe sendo seu ônus de provar, o autor não provou que tenha o réu ‘realizado tais exibições, para que seja compelido a recolher as contribuições reclamadas’.”*; e (ii) REsp 467186/MG, T4 – Quarta Turma, relatoria Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 22/04/2003: *“Falta de prova dos requisitos que permitiriam a cobrança da contribuição autoral.”* E, por fim, situações de cobrança em duplicidade pelo mesmo fato gerador, tal como os EDcl no REsp 1044345/RJ, T4 – Quarta Turma, relatoria Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 04/02/2010.

nacionais têm acolhido esses pleitos, exercendo à altura seu papel constitucional.

### III. O modelo internacional de arrecadação coletiva de direitos autorais e a excepcionalidade da antiga ausência de supervisão administrativa no caso brasileiro

Como visto acima, o modelo em que o ECAD atuava até a edição da Nova Lei de Direitos Autorais era excepcional. No Brasil, cumpria apenas ao Poder Judiciário a competência para decidir disputas e coibir abusos de preços envolvendo a entidade. A regra geral em outros países é de que essa atribuição de fiscalizar as entidades de arrecadação coletiva similares ao ECAD é exercida de forma concomitante pelo Judiciário e também por entidades administrativas ligadas à administração pública.

Essa dupla possibilidade de fiscalização decorre de um princípio fundamental: uma entidade detentora de monopólio sobre bens culturais essenciais não pode decidir de forma unilateral, sem supervisão, os preços que pratica, de forma completamente desconectada do poder público. Na ausência de mecanismos de mercado para disciplinar os preços, justifica-se plenamente a existência de um duplo sistema de controle, administrativo e judiciário.

Deve-se destacar que essa situação de monopólio do ECAD decorre tanto de uma situação de direito (em virtude do artigo 99 da Lei 9.610/98<sup>13</sup>) como de uma situação de fato, conforme reconhecido pela própria autoridade de defesa da concorrência, o CADE<sup>14</sup>. Quanto à situação de monopólio de fato, ela se configura em virtude da necessidade de negociação com múltiplos agentes detentores dos direitos autorais (gestão coletiva), o que eleva de tal maneira os custos de transação que inviabiliza uma negociação direta entre os usuários dessas obras e seus respectivos titulares. Assim, mesmo em países em que não existe monopólio assegurado por lei, mas apenas por circunstâncias de fato, faz-se presente a regulação.

A esse respeito, vale destacar o caso da Espanha, do Chile e dos Estados Unidos. Na Espanha, o mercado organizou-se através de 8 diferentes associações, cada uma administrando um tipo diferente de direito do autor (ou seja, um monopólio por cada associação);<sup>15</sup> no Chile, embora não houvesse monopólio legal, apenas uma sociedade geria efetivamente tais direitos;<sup>16</sup> e nos Estados Unidos duas grandes entidades foram formadas concentrando o mercado e o poder de negociação.<sup>17</sup> Esse monopólio de fato, portanto, assegura a essas entidades uma indiscutível posição dominante – o que enseja a regulação constante dada a possibilidade de gerar abusos.

Uma decorrência lógica da existência do monopólio, de direito ou de fato, é a necessidade de intervenção de órgãos administrativos e do Poder Judiciário na fixação dos valores cobrado por tais órgãos arrecadadores.<sup>18</sup> Essa é, diga-se, a prática aplicada em todo mundo. Como os usuários de direitos autorais geralmente não têm alternativa a não ser negociar com a entidade de arrecadação coletiva os preços para utilização das obras, a única opção que lhes resta em caso de discordância dos valores exigidos é não contratar.

No entanto, essa alternativa é absolutamente inadmissível para diversos usuários, inclusive e especialmente para as empresas radiodifusoras, que usam as obras musicais como insumo essencial na produção de outros bens culturais<sup>19</sup>. Justamente por essa razão, outros países do mundo possuem esses importantes mecanismos de controle.

Um dos mais renomados especialistas internacionais em sociedades arrecadoras de direitos autorais, o professor Daniel Gervais (que trabalhou junto à Organização Mundial do Comércio sobre esse tema), descreve de maneira sucinta e clara as regras para o funcionamento das entidades de arrecadação coletiva aplicáveis em todo mundo:

*“Definição das licenças e dos preços:*

*Frequentemente, os usuários [das obras protegidas por direito autoral] e a Sociedade de Gestão Coletiva não concordam com os termos do licenciamento. Cada jurisdição determina então uma forma de intervenção estatal assegurada nesse contexto. Para citar somente alguns exemplos, nos Estados Unidos compete aos Juizes Federais decidir os preços apropriados para a utilização de músicas (...) conforme o acordo entre essas Organizações e o Departamento de Justiça daquele país. Na Austrália, Canadá e Reino Unido, um tribunal especializado em direitos autorais foi estabelecido com esse propósito.*



13. Este artigo foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade – ADIn 2.054-4/DF, Relator Min. Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 02/04/2003 -, fundada na alegação de afronta aos arts. 5.º, XVII e XX, e 173 CF88, a qual, por maioria, foi julgada improcedente.

14. Tal situação foi reconhecida expressamente no julgamento do Processo Administrativo n.º 08012.003745/2010-83 Representante: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura – ABTA; 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. Conselheiro Relator: Elvino de Carvalho Mendonça. Julgado em 20/03/2013. conforme será detalhado no item V deste Artigo.

15. A existência do monopólio de fato foi constatada pelo próprio órgão de defesa da concorrência espanhola, que em ampla análise do setor afirmou, *in verbis*: “63. Como ya se ha señalado, cada una de las entidades de gestión que existen en España gestiona categorías de derechos distintas, lo que significa que ninguna otra entidad gestiona los mismos derechos. Para cada uno de los derechos que gestionan de cada colectivo, la entidad tiene una posición monopolística en la prestación de servicios a titulares y usuarios.

64. Por lo tanto, la presión competitiva que afrontan es insignificante, lo que reduce sus incentivos a prestar sus servicios a titulares y usuarios de modo eficiente, y permite que puedan ejercer su poder de mercado e incurran en prácticas anticompetitivas, como la fijación de tarifas inequitativas y/o discriminatorias.” (g.n.) Comisión Nacional de la Competencia – CNC, Informe Sobre la Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual, 2019, disponível em <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=228&pag=2> (fls. 37)

16. Vide item III, iii abaixo.

17. Vide item III, v. abaixo.

18. Veronica Torri: “Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Defesa da Concorrência”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 124: “Com efeito, todo agente econômico é livre para escolher seus parceiros comerciais, podendo, inclusive recusar-se vender. Contudo, um dos obstáculos à essa liberdade privada reside no fato de não haver, com relação a determinados produtos ou serviços, fontes alternativas de suprimento. Assim, empresas que se encontram em posição dominante e que controlam com exclusividade produtos ou serviços perdem sua liberdade plena, eis que os usuários desses produtos ou serviços não têm outra opção no mercado”.

Em outros casos, a matéria é deixada inteiramente para a justiça civil. Ou ainda, em outras jurisdições, os termos do licenciamento, ou parte deles, são definidos pelo governo por meio de regulamentação ou decreto. (...)

Uma vez que as licenças tenham sido outorgadas ao usuário - em geral depois de uma intervenção para a definição dos preços por parte de um tribunal, órgão especializado ou outro terceiro, passará então a Sociedade de Gestão Coletiva a receber pagamentos daquele usuário<sup>20</sup>.” (grifos nossos)

Em resumo, a regra é sempre a intervenção ou homologação dos preços por parte do poder público nos casos concretos, seja por meio das respectivas entidades administrativas nacionais constituídas para esse fim, ou diretamente pelo Poder Judiciário, com ou sem cortes especializadas.

Com vistas a ilustrar este ponto, serão abordados abaixo os modelos de controle das entidades arrecadoras em diversas jurisdições, demonstrando como vários países tratam de forma cotidiana e usual a questão da supervisão de preços cobrados por essas entidades arrecadoras monopolistas. Adicionalmente, serão destacados alguns exemplos de jurisdições em que o Poder Judiciário tem assumido um papel relevante nessa supervisão.

#### A. Alemanha

Na Alemanha, a Lei sobre a Administração dos Direitos Autorais e Direitos Conexos de 1965 regula a supervisão das sociedades arrecadoras de direitos autorais. Seu artigo 13(3) dispõe sobre a regra geral de que os preços praticados devem ser necessariamente “justos”. O artigo 14, por sua vez, cria uma Junta Arbitral, composta de três árbitros apontados pelo Ministério da Justiça, com mandato de um ano (renovável), com a atribuição de dirimir disputas relativas aos preços cobrados pela sociedade arrecadora, sempre com o objetivo de determinar o preço considerado justo. Outro elemento importante do modelo desse país é que as decisões proferidas pela Junta Arbitral não precluem as partes de ingressar no judiciário com um pedido de revisão de preços, conforme preceitua o artigo 14(7) da referida lei. Desse modo, a Junta Arbitral opera na prática como primeira instância, cuja decisão pode então ser revista pelos tribunais daquele país.<sup>21</sup>

#### B. Canadá

As sociedades arrecadoras de direitos autorais no Canadá são reguladas administrativamente pelo “Copyright Board of Canada<sup>22</sup>” (Conselho de Direitos Autorais do Canadá). Dentre suas atribuições encontra-se a homologação e fixação dos preços cobrados pelas associações e o arbitramento de disputas entre usuários de direitos autorais e as sociedades arrecadoras.<sup>23</sup> Além disso, o Poder Judiciário do Canadá é usualmente provocado para alterar os regimes de preços aplicados pelas sociedades arrecadoras. A esse respeito, o Poder Judiciário também tem agido no sentido de rever as próprias decisões do “Copyright Board”. Há inúmeros casos de intervenção tanto do Poder Judiciário<sup>24</sup> quanto do Conselho de Direitos Autorais do Canadá na revisão dos preços praticados pelas sociedades arrecadoras.<sup>25</sup> Nessas decisões, o entendimento tem sido de que, caso não

caiba uma avaliação pormenorizada das particularidades do caso concreto (o que acontece, por exemplo, em decisões cautelares) cabe ao órgão julgador manter os termos previamente acordados entre as partes, dado que eles já expressam um entendimento de vontades entre ambas.<sup>26</sup>

#### C. Chile

O Chile também segue a regra geral aplicável em outros países. A questão é regulada por meio da lei 17.336,

19. Observe-se, a esse respeito, que por expressa disposição constitucional a produção e programação de radiodifusoras deve atender, dentre outros, aos seguintes princípios: (i) preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; e (ii) promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação (CF, art. 221, incisos I e II).

20. GERVAIS, Daniel. *Collective Management of Copyright and Related Rights* (Gestão Coletiva de Direitos Autorais e Direitos Relacionados). Kluwer Law International. Segunda Edição. 2010, pp. 10 e 11. Tradução feita pelos autores.

21. Cf. REINBOTHE, Jörg, *Collective Rights Management in Germany*, p. 448. 2010, Wolters Kluwer.

22. <http://www.cb-cda.gc.ca>

23. Conforme dispõem os artigos 66(1) e 70(2), in verbis: “66. (1) There is hereby established a Board, to be known as the Copyright Board, consisting of not more than five members, including a chairman and a vice-chairman, to be appointed by the Governor in Council. (...) Fixing of Royalties in Individual Cases 70.2 (1) Where a collective society and any person not otherwise authorized to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be, in respect of the works, sound recordings or communication signals included in the collective society's repertoire are unable to agree on the royalties to be paid for the right to do the act or on their related terms and conditions, either of them or a representative of either may, after giving notice to the other, apply to the Board to fix the royalties and their related terms and conditions. (2) The Board may fix the royalties and their related terms and conditions in respect of a licence during such period of not less than one year as the Board may specify and, as soon as practicable after rendering its decision, the Board shall send a copy thereof, together with the reasons therefor, to the collective society and the person concerned or that person's representative.”

24. Somente em julho de 2012 a Suprema Corte do Canadá proferiu cinco decisões para rever decisões do Conselho de Direito Autoral do Canadá com relação à fixação de preços. Por exemplo: *Entertainment Software Association [ESA] v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada [SOCAN]*, 2012 SCC 34 e *Rogers Communications Inc. [Rogers] v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada [SOCAN]*, 2012 SCC 35. Disponíveis em <http://sc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/9994/index.do?r=AAAAAQAFc29jYW4AAAAAAAAB> e <http://sc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/9995/index.do?r=AAAAAQAFc29jYW4AAAAAAAAB>.

25. Estas podem ser encontradas em <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/index-e.html>.

26. Por exemplo, no mais recente posicionamento da “Copyright Board”, de 16 de janeiro de 2013, decidiu-se que: “[15] Interim royalties for the sale or licensing of programs will remain as in the 2008-2012 licence, since CBC consents to this. The nominal interim royalty set out in the interim licence issued on April 30, 2012 for the Explora channel is maintained. (...) [18] In general, the best way to achieve the objectives of an interim decision is to maintain the status quo while avoiding a legal vacuum. The parties' claims may help to determine whether a change to the status quo is desirable on a balance of convenience.” SOCIETY FOR REPRODUCTION RIGHTS OF AUTHORS, COMPOSERS AND PUBLISHERS IN CANADA v. CANADIAN BROADCASTING CORPORATION, INTERIM DECISION OF THE BOARD, File: 70.2-2012-01, 26/01/2013. Fls. 4. Disponível em <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf>

modificada pela Lei 20.435 de 2010. De acordo com suas disposições, as sociedades arrecadadoras chilenas só podem funcionar mediante autorização do Ministério da Educação, responsável também por sua supervisão permanente. Além disso, o artigo 100 da referida Lei estabelece a obrigação irrecusável de contratar. Por fim, o artigo 100 *bis* estabelece que não havendo acordo sobre os preços, as associações deverão se submeter a procedimento de mediação obrigatória para determinação dos valores a serem cobrados e em não havendo acordo, a procedimento arbitral obrigatório para decisão<sup>27</sup>.

Esse sistema foi estabelecido apenas em 2010, após uma importante decisão da *Fiscalía Nacional Económica – FNC*, órgão responsável pela defesa da concorrência naquele país. Nesta decisão, a FNC não apenas afirmou que a *Sociedad Chilena del Derecho de Autor* (única entidade de gestão coletiva de direito do autor do Chile) possuía uma posição monopolista, como também exarou entendimento no sentido de que era recorrente sua utilização para fixação de preços “abusivos”. Vale destacar que o caráter abusivo dos preços fixados por essa sociedade arrecadadora estava associado à imposição de critério de cobrança em percentual sobre o faturamento bruto das empresas usuárias – algo que, segundo entendimento daquele órgão antitruste, não guardava qualquer relação com o uso efetivo destes direitos.<sup>28</sup> Tal decisão não apenas suspendeu a cobrança de tais valores, como também culminou no envio de Ofício ao Governo Chileno requerendo a modificação da Lei de Direitos Autorais daquele país, notadamente para que a cobrança pelo uso dos direitos tivesse como critério apenas a utilização efetiva destes, bem como para que houvesse supervisão prévia dos valores cobrados pelas entidades de gestão coletiva, medidas que foram levadas a cabo na íntegra<sup>29</sup>.

#### D. Espanha

A Lei de Propriedade Intelectual, de 1987, determina em seu artigo 147 que as sociedades arrecadadoras terão suas atividades autorizadas pelo Ministério da Cultura. Além de prever detalhadamente as normas que devem constar de seus atos constitutivos, a Lei determina ainda que as sociedades devem exercer sua função social, promovendo atividades assistenciais e contribuindo para a formação de autores e artistas. O artigo 157 obriga as sociedades a contratar com quem tenha interesse em se valer de seu repertório, mediante remuneração e “em condições razoáveis”. O Ministério da Cultura, porém, não tem competência para fiscalizar ou arbitrar preços cobrados pelas sociedades arrecadadoras. Ao todo existem 8 (oito) entidades diferentes, cada uma especializada em uma área de atuação.<sup>30</sup>

Esta situação de especialização somada à ausência de supervisão de preços por qualquer órgão administrativo acabou por gerar 8 (oito) monopólios de fato das sociedades arrecadadoras (cada uma em um ramo de direitos autorais), que constantemente abusaram de sua posição monopolista ao cobrar valores arbitrários e desconectados da efetiva utilização das obras. Os abusos foram tão evidentes que, em 2009, a *Comisión Nacional de la Competencia – CNC*, entidade espanhola de proteção da concorrência, emitiu um informe (i) condenando a imposição unilateral de preços

por parte dessas entidades e (ii) recomendando a completa modificação da Lei de Propriedade Intelectual espanhola para que se desenvolva um sistema mais competitivo, que possua critérios transparentes de fixação de preços que reflitam de maneira adequada o uso efetivo desses direitos – assim como a criação de um órgão regulador capaz de efetivamente arbitrar valores caso as partes não consigam pactuar valores razoáveis.<sup>31</sup>

Recentemente, a CNC também impôs severas multas à *Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (Agedi)*, no valor de 1,94 milhões de euros, e à *Artistas Intérpretes y Ejecutantes (AIE)*, no valor de 1,35 milhões de euros, por “considerar que abusaram de sua posição dominante no mercado de gestão de direitos de propriedade intelectual”. Segundo comunicado publicado pela Comissão, as entidades estavam exigindo, desde 2003, “tarifas abusivas por serem inequívocas e discriminatórias” a empresas de televisão aberta.<sup>32</sup>

#### E. Estados Unidos

Os Estados Unidos ocupam uma posição peculiar com relação à supervisão das sociedades arrecadadoras de direitos autorais.<sup>33</sup> Diferente de outros países, nos EUA impera a regra da concorrência, havendo o país decidido ainda em

27. In verbis: “las asociaciones con personalidad jurídica que representen a usuarios de derechos de autor o conexos, que no hubiesen alcanzado un acuerdo con una entidad de gestión colectiva sobre el monto de la tarifa, deberán someter la controversia a mediación, la que será obligatoria para ambas partes”, vide <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933>

28. Conforme afirma a decisão, in verbis: “De hecho, dado que S.C.D. [gestora colectiva] es la única entidad de gestión colectiva que administra derechos de comunicación pública de obras musicales y fonogramas, que fija unilateralmente sus tarifas sin ninguna validación por el mercado, que el sistema de cobro no se relaciona con el uso, que no se diferencian precios y otros aspectos; no parece razonable ni adecuado mantener este sistema ni tampoco permitir que haya aumentos de tarifas sobre las históricas sin cambios previos que permitan que las radioemisoras afectadas puedan ejercer al menos el derecho a decidir qué utilizan e a qué costos en su programación”. *Fiscalía Nacional Económica – FNC – C.P.C.N 1003*, Denúncia de “ARCHI” en contra la *Sociedad Chilena del Derecho de Autor*, 1997, fls. 24. Disponível em [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/04/dict\\_1003\\_1997.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/04/dict_1003_1997.pdf).

29. Vide a *Resolución N 513/98*, in verbis: “3. – Que, sin perjuicio de lo expuesto, esta Comisión acuerda requerir del Supremo Gobierno que patrocine las siguientes modificaciones reglamentarias y legales: 3.1. Se modifique urgentemente el Decreto Supremo N.º 1222, de 1971, del Ministerio de Educación, que reglamenta la Ley 17.336, en el sentido de que se deje expresamente establecido el derecho de las radioemisoras a decidir la música que desean usar, y por lo tanto pagar, contemplando los principios de pago por uso efectivo de las obras y de libertad de elección de las radioemisoras. (...) 4. – Que, asimismo, esta Comisión, ejerciendo de oficio las facultades que le otorga el Art. 5, inciso final del mencionado cuerpo legal, acuerda requerir del Supremo Gobierno que Patrocine una modificación del Art. 100 de la Ley 17.336, y de su respectivo Reglamento, en el sentido de que las tarifas en cuestión sean fijadas de mutuo acuerdo por las partes interesadas, y en su defecto, mediante un Tribunal Arbitral, cuya integración, facultades y procedimientos determine la ley.” (g.n.). Resolução disponível em [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/igen\\_0001\\_1998.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/igen_0001_1998.pdf)

30. Para mais informações vide o Informe da Comisión Nacional de la Competencia – CNC, *Informe Sobre la Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual*, 2009, disponível em <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=228&pag=2>



1934 que não deveria haver monopólio no desempenho dessa atividade. Existem hoje duas grandes organizações responsáveis pela organização e cessão dos direitos do autor (chamadas de *Performing Rights Societies*): *American Society of Composers, Authors and Publishers* (ASCAP – fundada em 1914) e *Broadcast Music Inc.* (BMI – de 1939).

Mesmo não havendo monopólio *strictu sensu*, os EUA estabeleceram uma série de regulamentações impostas às sociedades arrecadadoras, derivadas do acordo entre estas e o Departamento de Justiça norte-americano. Em 1941, o Departamento de Justiça questionou judicialmente o fato de que tanto a ASCAP como a BMI ofereciam apenas *blanket licenses* aos seus usuários – licenças do acervo integral, sem relação com o uso efetivo das músicas – afirmando que as organizações acabavam assim por impor preços arbitrários por suas licenças.<sup>34</sup> Ambos os casos foram resolvidos por meio de acordos judiciais (*consent decrees*) que obrigaram as referidas entidades arrecadadoras a oferecer outros tipos de licença além das *blanket licenses* – tais como licenças para programas específicos e a preços razoáveis, dentre outros pontos. Com esse acordo, os usuários de direitos autorais podem recorrer ao judiciário contra a ASCAP sempre que a entidade não oferecer preços razoáveis, justificáveis e não discriminatórios, e iniciar um procedimento arbitral obrigatório sempre que o mesmo ocorrer com a BMI, resolvendo assim a disputa.<sup>35</sup>

Hoje o sistema americano apresenta uma série de alternativas de licenças para empresas e entidades que buscam utilizar publicamente direitos autorais, além das *blanket licenses*. Elas incluem licenças por *programação* (que se aplicam apenas a programas específicos de cada entidade), por uso (em que a licenciada pode utilizar todas as obras do repertório da sociedade, porém paga apenas por aquelas que efetivamente utilizar) e *licenças diretas* (em que a negociação é feita diretamente com o detentor do direito autoral, sem intermédio da sociedade arrecadadora).<sup>36</sup> Vale também mencionar que a decisão do caso *BMI v. CBS* pela Suprema Corte dos EUA em 1979 autorizou igualmente que os preços estabelecidos pelas sociedades arrecadadoras pudessem ser revistos pelo Poder Judiciário daquele país, prática que se tornou, diga-se, comum desde então.

## F. França

Na França, o Ministério da Cultura possui a prerrogativa de ingressar no judiciário demandando até mesmo a cassação do registro de atuação das sociedades arrecadadoras de direitos autorais no caso de descumprimento das normas aplicáveis<sup>37</sup>. Além disso, o Código de Propriedade Intelectual francês cria comitês administrativos com a missão de definir os preços praticados pelas referidas entidades. Por exemplo, foi criada a “Comissão para Determinação dos Montantes de Remuneração Equitativa Para a Comunicação de Fonogramas em Lugares Públicos e para Radiodifusão”. Essa comissão é acionada sempre que não houver acordo entre as sociedades arrecadadoras e os usuários de direitos autorais radiodifusores. A Comissão possui a atribuição de determinar a remuneração considerada justa para uso de música na radiodifusão. A Comissão é presidida por um juiz e composta por membros do Conselho de Estado,

um membro indicado pelo Ministério da Cultura e representantes dos usuários e sociedades de direitos autorais<sup>38</sup>. Além disso, o Código de Propriedade Intelectual estabeleceu também uma Comissão Permanente de Controle sobre

31. A CNC afirmou, *in verbis*: “La posición monopolística de las entidades [de gestión] reduce sus incentivos a operar de modo eficiente y facilita la aparición de una serie de problemas. Por un lado, el establecimiento de tarifas inequitativas y/o discriminatorias. Por otro, las dificultades para que los usuarios gestionen de modo eficiente sus costes y para que se desarrollen mercados no tradicionales de explotación de obras y prestaciones. (...) En el ámbito tarifario, no existe control ex-ante sobre las tarifas que fijan unilateralmente las entidades, ya sea a través de la introducción de obligaciones eficaces o a través de la supervisión de una autoridad competente, puesto que las facultades que la LPI asigna a las Administraciones Públicas son muy generales y ambiguas, y sin ningún poder sancionador. Esta circunstancia conduce a que el proceso de negociación con los usuarios no garantice que las tarifas sean razonables y equitativas. Las entidades gozan de un elevado poder de mercado y el marco legal permite que, ante una falta de acuerdo, se apliquen las tarifas generales fijadas previamente de modo unilateral por la entidad monopolística, lo que reduce los incentivos de esta última para entrar en una negociación real. (...) Conclusiones: (...) No obstante [as propuestas de aumento da competição], la CNC considera que mientras la situación monopolística de las entidades de gestión persista, resulta determinante mejorar la regulación de unas entidades que abusan de modo recurrente de su posición de dominio. Estas mejoras pasan por la imposición de obligaciones de transparencia, por la elaboración de tarifas que tengan en cuenta el uso de los repertorios y determinados criterios de cuantificación, así como por la creación de un regulador que pueda dirimir de forma vinculante toda clase de conflictos em materia de propiedad intelectual.” CNC, *op cit.*, fls. 93 – 95.

32. <http://www.encompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=500430>

33. Para uma boa explicação sobre a experiência dos Estados Unidos na gestão de direitos autorais vide FUJITANI, Jay. M. *Controlling the Market Power of Performing Rights Societies: An Administrative Substitute for Antitrust Regulation*. *California Law Review*, Volume 72, 103 (1984).

34. Vide FUJITANI, *op cit.* fls. 113 – 114.

35. Conforme explica FUJITANI, *op cit.*, fls. 114 – 115. *In verbis*: “By assuring both direct and per-program licensing as feasible alternatives to blanket licensing, these amendments [to the initially established consent decree] aimed to curb ASCAP’s exploitation of its monopoly position under blanket licensing. Other provisions of the amended decree were similarly aimed at limiting ASCAP’s market power. The decree restrained ASCAP from issuing blanket licenses for terms of more than five years, and from discriminating in licensing terms between users similarly situated. Users were given recourse to the District Court of the Southern District of New York for a determination of a reasonable fee if they objected the one offered by ASCAP (...) BMI’s consent decree, originally entered into 1841 and amended in 1966, imposes conditions similar to those governing ASCAP, but with two important exceptions. First, BMI is not enjoined from obtaining exclusive licensing authority from its affiliates. Second, BMI licensees must resort to arbitration procedures rather than judicial determination of reasonable blanket licensing fees in the event of a licensing dispute.” (g.n.)

36. Para mais informações, vide o Parecer da SDE no caso contra o ECAD (Processo Administrativo n.º 08012.003745/2010-83), fls. 54 – 55. Disponível em [http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000607831023.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000607831023.pdf)

37. A lei DADVSI (Droit d’Auteur et Droits Voisins dans la Société de l’Information) estabeleceu expressamente que o Ministério da Cultura pode acionar o judiciário para: “demander l’annulation des disposition des statuts, du règlement general, ou d’une décision des organes sociaux non conforme à la réglementation en vigueur dès lors que ses observations ... n’ont pas été suivies d’effet dans un délai de deux mois”.

38. Cf. PIASKOWSKI, Nathalie, *Collective Management in France*, p. 419. 2010, Wolters Kluwer. “[The Committee] It is the tool for determining and modifying fair remuneration for communication of commercial sound recordings in public places and broadcasting. This committee is chaired by a magistrate and composed of a member of the State Council, a qualified person appointed by the Ministry of Culture, and representatives of the right holders and users concerned.”

as sociedades arrecadadoras de direitos autorais, nos termos do artigo 321-13<sup>39</sup>.

### G. Japão

No Japão, a responsabilidade por supervisão de preços cobrados pelas entidades arrecadadoras é atribuída à Agência para Assuntos Culturais e regulada pela Lei dos Negócios de Intermediários (*Intermediary Business Act*). De acordo com seu texto, um preço estabelecido pelas sociedades arrecadadoras só se torna efetivo quando for previamente notificado à Agência com 30 dias de antecedência. A Agência, por sua vez, pode suspender a validade do preço definido por até três meses se a Comissão julgar que o preço impedirá o acesso e uso regular aos conteúdos protegidos por direitos autorais. Por fim, em não havendo acordo, a Agência pode estabelecer regras para reavaliação e alteração dos preços fixados pela sociedade arrecadadora<sup>40</sup>.

### H. Uruguai

As sociedades arrecadadoras necessitam de autorização do Estado para operar e o Conselho de Direito Autoral, criado pela Lei 9.739/37, possui competência para fiscalizar as atividades de gestão coletiva, incluindo no que tange à definição dos preços praticados. A esse respeito, a Lei 17.616 de janeiro de 2003, que modificou a antiga lei de direitos autorais do Uruguai, estabelece com clareza: “*Si las partes no alcanzaran acuerdo sobre el monto de las tarifas cualquiera de ellas podrá pedir al Consejo de Derechos de Autor, la constitución de un Tribunal Arbitral dentro de los veinte días siguientes a su comunicación. El Tribunal Arbitral deberá laudar dentro del plazo perentorio de cuarenta y cinco días hábiles a partir de su integración*”<sup>41</sup>.

A lista de exemplos acima ilustra como o Brasil era, até a edição da Nova Lei de Direitos Autorais, um caso peculiar no cenário internacional: em nosso país a atribuição de supervisão do ECAD competia apenas ao Poder Judiciário. Por essa razão, o Poder Judiciário possuía a integral e essencial responsabilidade de coibir abusos na fixação arbitrária de preços, cabendo a ele e somente a ele arbitrar e intervir no regime de preços praticado pelo ECAD<sup>42</sup>.

## IV. A possibilidade e necessidade de intervenção judicial em relação a práticas abusivas do ECAD antes e depois do novo marco regulatório: a praxe do Poder Judiciário e de entidades administrativas em casos de fixação unilateral de preços por um monopolista

Diante do contexto apresentado acima para o período entre 1990 e a edição da Nova Lei de Direitos Autorais de 2013, a possibilidade de intervenção judicial para análise e arbitramento de valores instituídos pelo ECAD mostrava-se cristalina, sendo certo que essa intervenção ainda é possível

no novo marco regulatório, mas tende a ser menos intensa em face do novo regime de supervisão administrativa. A atuação das cortes nesse campo é corolário da prerrogativa do judiciário de atuar quando houver lesão ou ameaça a direito, nos termos do disposto no artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.<sup>43</sup>

A lesão ou ameaça a direito a justificar intervenção judicial está caracterizada na conduta de uma sociedade arrecadadora monopolista, que, na ausência de mecanismos de fiscalização ou na ineficácia destes, abusa de seu direito e posição econômica para impor preços abusivos e injustificados aos usuários que necessitam valer-se das obras de seu acervo. Em nosso país, exceto pela atuação do Poder Judiciário, o usuário que necessitava realizar execução pública das obras como forma de prestação do serviço público de radiodifusão ficava integralmente à mercê da sociedade arrecadadora. Atualmente, se houver alguma falha nos novos mecanismos de supervisão, o Judiciário ainda pode ser chamado a atuar. Eventuais práticas unilaterais injustificadas de definição de preço por parte do ECAD devem ser consideradas *abuso de posição dominante* e excedem manifestamente os *limites impostos por seu fim econômico e social*<sup>44</sup>, a *função social do contrato*<sup>45</sup>, além de afrontar de forma permanente o *princípio da boa-fé contratual*<sup>46</sup>.

A atuação do judiciário mostra-se ainda mais necessária considerando o fato de o ECAD ser entidade privada que desempenha função social imprescindível para a concretização de diversos princípios constitucionais, tendo decidido de forma inequívoca o Supremo Tribunal Federal

39. “Art. L. 321-13. – I. (Loi n° 2000-719 du 1er août 2000) – Il est institué une commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits composée de cinq membres nommés par décret pour une durée de cinq ans : – un conseiller maître à la Cour des comptes, président, désigné par le premier président de la Cour des comptes – un conseiller d’Etat, désigné par le vice-président du Conseil d’Etat – un conseiller à la Cour de cassation, désigné par le premier président de la Cour de cassation – un membre de l’inspection générale des finances, désigné par le ministre chargé des finances;”

40. Cf. Okumura, Koji. *Collective Management of Copyright and Neighboring Rights in Japan*. 2010, p. 762, Wolters Kluwer.

41. Cf. <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AcessoTextoLey.asp?Ley=17616&Anchor=>

42. Vale notar que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autoridade de defesa da concorrência, não possui a competência de arbitrar, julgar ou estabelecer preços em casos concretos, cumprindo a ele apenas o controle da concorrência em caráter difuso. Sendo assim, o referido órgão não socorre a indivíduos e empresas específicas que estejam sofrendo com abusos do ECAD.

43. *In verbis*: “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

44. Código Civil Brasileiro: “Art.º 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

45. Código Civil Brasileiro: “Art.º 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

46. Código Civil Brasileiro: “Art.º 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

que o ECAD e suas associações ocupam “*espaço público não estatal*”<sup>47</sup>, sujeito assim ao escrutínio estrito por parte do Poder Judiciário quanto ao desempenho de suas atividades. Dito de outro modo: o ECAD se torna parte essencial não apenas das políticas de proteção dos direitos autorais, como também importante viabilizador do direito de acesso e fruição da cultura nacional, protegidos pelo art. 215 da Constituição Federal. Nesse contexto, sua atuação está intrinsecamente ligada ao interesse público que justifica a sua existência, desempenhando funções típicas de entes estatais e paraestatais, conforme também expressamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal<sup>48</sup>.

Vê-se, portanto, que o ECAD foi investido pela Lei 9.610/98 de poderes que configuram o desempenho de atividades de interesse público, intimamente ligadas a vários preceitos constitucionais. Nesse cenário, nada mais natural do que exigir a necessária atenção do Estado, pela via judicial ou administrativa, quanto aos abusos cometidos no exercício dessas atribuições.

a) O poder de monopólio e a necessidade de supervisão

Cumpra ao Estado apreciar uma imposição unilateral e injustificada de aumento de preço por parte do ECAD em qualquer relação contratual essencial. Uma fixação abusiva de preços torna-se ainda mais grave quando se verifica que há uma imposição de percentual sobre a receita bruta das empresas, como ocorre no caso de radiodifusoras brasileiras, mormente considerando estar a cobrança completamente dissociada da utilização efetiva das obras licenciadas. Em primeiro lugar, deve-se levar em consideração que nem sempre toda a receita da empresa radiodifusora é decorrente apenas de uma única atividade e, muitas vezes, ela não está necessariamente relacionada com a execução pública de obras musicais. Em segundo lugar, porque, diferentemente do que ocorre em outros países, o ECAD impõe no Brasil a cessão de suas músicas apenas na modalidade chamada *blanket license*, em que as partes são obrigadas a contratar a exploração de todo o acervo, ilimitadamente, por um período de tempo, independentemente da intensidade do uso das obras.

Em outras palavras, o monopolista não admite sequer a possibilidade de se contratar em um modelo que guarde relação entre o valor cobrado e a efetiva utilização das obras nos programas veiculados pelas empresas: o valor cobrado será sempre o mesmo se for utilizada apenas uma única música do repertório do ECAD ou se o repertório for utilizado na íntegra inúmeras vezes. Nas últimas décadas, essa ausência de alternativas, que são usualmente oferecidas em outros países, era uma evidência clara da postura abusiva do monopolista, que, de maneira bastante conveniente, optou por ofertar unicamente a venda conjunta de todas as obras constantes de seu acervo, independentemente da efetiva utilização pelo contratante.

É com base nessa possibilidade de impor preços e termos de contratação de forma unilateral e injustificada, reduzindo o bem estar geral e gerando falhas graves de mercado, que monopolistas estão sujeitos ao controle administrativo prévio, como, por exemplo, aquele feito por meio de agências reguladoras. No Brasil, essas agências estão autorizadas a

determinar previamente critérios de cobrança e, por vezes, os limites de preços cobrados por prestadoras de serviços públicos ou detentores de posição dominante. São também responsáveis por resolver disputas sobre valores que não podem ser decididos livremente pelas regras de mercado, ficando responsáveis por arbitrar preços cobrados em relações contratuais privadas.

Esse controle de preços deve ocorrer nas situações em que os mercados funcionam de forma imperfeita, haja em vista prevalecer no país a livre concorrência e a livre iniciativa<sup>49</sup>. No entanto, ele também se justifica em situações anômalas em que o sistema de preços não funciona corretamente.<sup>50</sup> Normalmente, em situações em que um dos agentes possui significativo poder econômico a ponto de conseguir impor unilateralmente sua vontade sobre os demais, recorre-se a algum órgão administrativo ou ao Poder Judiciário para pleitear a análise dos critérios de cobrança e arbitramento de preços justos. Essa é a regra no país,

47. RE 201819/RJ – Rio de Janeiro, Relatoria para Acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 27-10-2006 PP-00064, julgado em 11/10/2005. EMENTA: sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. III. Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório.

48. Conforme o Voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2054-4/DF, Relator Min. Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 02/04/2003. In verbis: “[O] memorial [apresentado pelo advogado do ECAD na ocasião do julgamento] desenvolve com felicidade a tese da assimilação do ECAD aos grupos de direito público: seria ele uma associação para desempenhar um serviço público por expressa delegação da lei, similar, por exemplo, ao caso das autarquias corporativas, a partir da Ordem dos Advogados do Brasil. Invoca-se Diogo Figueiredo Moreira Neto – *Mutações do Direito Administrativo* -, para quem é indiscutível que entes públicos possam criar pessoas jurídicas de direito privado para fins de interesse público, recordando, então, o chamado SISTEMA S, nos moldes do SESI e do SENAI. O ECAD seria, então, um prestador de serviço público por delegação legislativa”. Página 134 das decisões.

49. Conforme dispõe o artigo 170 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência; (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

50. Conforme ensina o professor Luis Roberto Barroso, ao versar sobre a possibilidade de controle de preços pelo Estado. *In verbis*: “Admite-se, todavia, em situações anormais seja possível o controle prévio de preços pelo Estado, na medida em que o mercado privado como um todo tenha se deteriorado a ponto de não mais operarem a livre iniciativa e a livre concorrência de forma regular. Nesses casos – excepcionais, repita-se – a intervenção se justifica, afastando o limite material acima referido, exatamente para reconstruir a prática de tais princípios. Isto é: para reordenar o mercado concorrencial de modo que a livre iniciativa e seus corolários possam efetivamente funcionar.” BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.º 14, junho/agosto de 2002. Página 24.

aplicável aos mais variados mercados imperfeitos, e que deve ser também a regra aplicável com relação ao ECAD.

A esse respeito, seguem abaixo diversos exemplos que demonstram como entidades administrativas e o judiciário usualmente desempenham a função de arbitrar preços que de outra maneira seriam definidos unilateralmente por agentes monopolistas.

b) Arbitramento de preços em âmbito administrativo: casos recorrentes no direito brasileiro

Em sede de controle administrativo, diversas agências reguladoras são capazes de influenciar (estabelecendo critérios de cobrança) ou mesmo determinar (homologando ou arbitrando valores) os preços cobrados em relações entre particulares em diversos setores, dentre os quais: telecomunicações, energia elétrica, ferrovias, portos e gasodutos. Essa intervenção ocorre quando uma das partes na relação contratual detém o monopólio de um bem ou da prestação de um serviço em relação ao qual a outra parte é dependente.

Inúmeros são os exemplos que poderiam ser aqui citados brevemente, tais como: (i) a fixação pela Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”) dos valores cobrados por grupos considerados dominantes para aluguel de linhas dedicadas;<sup>51</sup> (ii) a determinação, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”), das condições de exercício dos direitos de passagem e tráfego mútuo em ferrovias;<sup>52</sup> (iii) o arbitramento, pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (“ANTAQ”), dos preços cobrados para movimentação e armazenagem de contêineres e volumes;<sup>53</sup> e, ainda, (iv) a fixação, pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (“ANP”) das condições de preço de acesso a gasodutos<sup>54</sup>.

Há, assim, uma ampla gama de casos envolvendo a intervenção administrativa em disputas de preços entre particulares, especialmente em casos envolvendo monopolistas e terceiros que dependem da contratação desses monopolistas. Mas não é só no plano administrativo que essas intervenções existem. Há inúmeros casos em que o Poder Judiciário atua diretamente para resguardar direitos das partes prejudicadas por um monopolista, intervindo na fixação arbitrária de preços e em impasses contratuais. É o que se passa a expor.

c) Arbitramento judicial de preços em virtude de abusos por parte de monopolistas: outra prática recorrente no direito brasileiro

O Poder Judiciário também tem atuado em diversas situações em que se constata lesão ou ameaça a direito decorrente de abusos de preços por parte de monopolistas. Com efeito, o Judiciário deve tanto exercer um controle de legalidade da atuação dos órgãos de Estado (agências reguladoras, etc.),<sup>55</sup> como atuar nas situações em que esses órgãos são omissos ou inexistentes.

Dentre os vários casos, o destaque fica para a decisão do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) no Recurso Especial n.º 102.954/RJ, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, cujo objeto era similar à questão posta em discussão no presente artigo: a possibilidade de o ECAD impor unilateralmente a cobrança de um valor pela utilização de seu acervo com base no faturamento bruto da atividade econômica exercida pelo contratante e independentemente

da efetiva utilização das obras cedidas (no caso, o valor era cobrado de hotéis). Naquela oportunidade, o STJ concluiu ser o critério estipulado pelo ECAD injusto e arbitrário, uma vez que não considerava a real utilização das músicas pelos estabelecimentos. O Tribunal, então, arbitrou outra forma considerada mais adequada e razoável de cobrança em estabelecimentos hoteleiros (i.e., cobrança por utilização, e não pelo número total de aparelhos), afirmando que esta deveria ser pautada pela taxa média de utilização dos equipamentos de retransmissão.<sup>56</sup> Essa decisão demonstra claramente o poder/dever de intervenção do Judiciário na forma de cobrança unilateralmente fixada pelo ECAD. Tal decisão foi reiteradamente aplicada pela Corte<sup>57</sup>, levando inclusive à edição da Súmula<sup>58</sup> n.º 261/STJ<sup>59</sup>.

A este caso paradigmático juntam-se outros precedentes, de setores tão diversos como serviços de energia elétrica, telecomunicações e navegação marítima, em que o Poder



51. Exemplo recente desse tipo de intervenção foi o pedido de resolução de conflito formulado pela Nextel Telecomunicações Ltda. em face da Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp, no sentido de determinar que a Telesp praticasse os valores constantes do Ato n.º 50.065/2005 então vigente. Na análise n.º 45/2012-GCMB, de relatoria do Conselheiro MARCELO BECHARA DE SOUZA HOBAIKA, de 24/01/2012, o Conselheiro menciona que: “4.2.5. Na hipótese de o conflito residir no valor de EILD a ser cobrado por empresa que detém Poder de Mercado Significativo, o regulamento ainda indica que a Anatel pode determinar o preço a ser praticado utilizando-se de um valor de referência, previamente especificado pela Anatel e conhecido de antemão por todos os agentes econômicos envolvidos na oferta e contratação de linhas dedicadas.” (grifos nossos).

52. Resolução n.º 3.695/11: “Art.º 14. Na existência de conflito quanto às questões associadas aos investimentos para expansão da capacidade, compartilhamento de infraestrutura ferroviária ou de recursos operacionais, as concessionárias ou os usuários de transporte de cargas que se sentirem prejudicados poderão requerer a atuação da ANTT para resolução da questão, em especial: I – na impossibilidade de acordo comercial entre cedente e requerente para o compartilhamento de infraestrutura e/ou de recursos operacionais; II – na impossibilidade de acordo entre as partes quanto ao valor dos investimentos de expansão de capacidade ou da tarifa de direito de passagem ou de tráfego mútuo;”

53. Resolução n.º 1.967/2011: “Art. 5.º Os serviços não contemplados no Box Rate, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, obedecerão condições de prestação e de remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observados os tetos de preços fixados pela Autoridade Portuária e as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento. § 1º – A autoridade portuária, em caso de conflito, arbitrará o preço dos serviços que não estiverem contemplados em tabela, nem previstos em contrato.” (grifos nossos). Disponível em <http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/Sistema/Publicacao/0000003643.pdf>

54. Conforme afirma o Parecer Técnico da Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural, Rio de Janeiro, 13 de março de 2011, *in verbis*: “Uma vez determinada a obrigação da oferta do serviço de transporte firme à BG, é necessário determinar a tarifa que deverá ser praticada. (...) Nesse sentido, a SCG mantém o mesmo critério para a determinação da tarifa de transporte e estabelece os valores para as tarifas de capacidade de acordo com a tabela abaixo, além da tarifa de movimentação (volumétrica) igual a 0,002 US\$/MMBtu.”

55. Conforme dispõe o artigo 2.º da Lei 9.784/99, que complementa-se ao disposto no art.º 37, caput, da Constituição Federal de 1988. *In verbis*: “Art.º 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Judiciário também atuou sobre relações contratuais privadas para corrigir distorções causadas pela fixação unilateral e abusiva de preços por parte de um monopolista.

No setor de energia, por exemplo, várias decisões versam sobre o valor cobrado para compartilhamento de postes de energia, em que o Judiciário é constantemente acionado para fixar o preço desse compartilhamento em razão da falta de consenso entre as partes. Como há um evidente monopólio regional da empresa detentora dos postes (via de regra, há apenas uma distribuidora de energia por localidade) e uma relação de sujeição de todas as outras empresas dependentes dessa infraestrutura naquela região (e.g. operadoras de telecomunicações), o Judiciário é a última instância para proteção das últimas em face de abusos de preços das primeiras.

56. Conforme se extrai de parte da ementa do julgado, *in verbis*: “1. É devida a cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica em quartos de hotel, na medida em que integra o conjunto de serviços oferecidos pelo estabelecimento comercial hoteleiro aos seus hóspedes. 2. A cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica em quartos de hotel não pode ser pela totalidade dos apartamentos e sim pela média de utilização do equipamento.”

57. REsp / 68.514-RJ, T4 – QUARTA TURMA, Rel. Min. Nilson Chaves, julgado em 12.06.1996, DJ 18/11/1996. Voto do Ministro Ruy Rosado Aguiar: “O sistema atual está fundado na presunção de que todos usam sempre desse serviço de transmissão e, por isso, a jurisprudência autoriza a cobrança. Isso me parece exagerado, porque, em primeiro lugar os hotéis não têm utilização de 100%; ainda que tivessem ocupação plena a todo tempo, apenas alguns hóspedes ligam o rádio para ouvir música”. De igual modo, no REsp 102.954/RJ (julgado em 26.02.1997), de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, após analisadas as mesmas circunstâncias levadas em conta no acórdão do Ministro Ruy Rosado, o Ministro Relator chegou à conclusão de que “essas considerações pertinentes servem para afastar a cobrança indiscriminada, devendo, pois, ser utilizado para tal a média de utilização do equipamento de retransmissão, e que, seguramente, pode ser aferida mediante o sistema de amostragem, com o que se mantém intacto o dever de pagamento dos direitos autorais e impede-se a injustiça e o arbítrio, resguardando o interesse dos titulares de direito autoral”. No mesmo sentido: REsp 66.738/RJ; REsp 76.424/SP; REsp 149.526/RS; REsp 85.710/RJ; REsp 91.242/RJ; REsp 1117391/RS.

58. “Súmulas são enunciados que resumem o entendimento majoritário de um tribunal sobre determinado assunto por ele apreciado. Elas são editadas após repetidas decisões tomadas pelo tribunal num mesmo sentido.” [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=337](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=337).

Conforme definido na Constituição Federal: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Acrescentado pela EC-000.045-2004) (Regulamentado pela L-011.417-2006). § 1.º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2.º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3.º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” (grifos nossos).

Um caso recente do setor de *energia elétrica* no STJ é Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1061669/RS, no qual o Ministro Relator Sidnei Beneti afirmou a competência do Judiciário para arbitrar preços em tais situações de sujeição ao poder de um monopolista.<sup>60</sup> De maneira similar, faz-se referência ao Recurso Especial n.º 1.334.843, envolvendo o setor de *telecomunicações*, em que esta Corte confirmou o arbitramento de valores de interconexão para terminação de chamadas em redes de telefonia móvel, realizado nas instâncias inferiores, diferente do originalmente pactuado entre as partes, em virtude do alegado abuso cometido pelas empresas detentoras dessas redes<sup>61</sup>. Não fossem esses exemplos suficientes, há casos no setor de *navegação marítima*, em que o Poder Judiciário também é constantemente chamado para arbitrar valores cobrados pelos serviços de praticagem, inicialmente de livre pactuação entre particulares. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, recente decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na qual foi proferido entendimento de que haveria omissão na tabela de preços constante do ato normativo editado pela Diretoria de Portos e Costas da Marinha do Brasil em relação aos serviços de praticagem prestados no estado do Rio de Janeiro,<sup>62</sup> a justificar intervenção judicial para arbitramento de valores dos serviços.

Diante de tantos exemplos, fica claro que o Poder Judiciário pode e vem atuando de forma reiterada para coibir abusos de preços por parte de monopolistas que, em casos concretos, procuram sujeitar contratantes de bens e serviços essenciais a condições arbitrárias de precificação.

59. *In verbis*: “A cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas, em estabelecimentos hoteleiros, deve ser feita conforme a taxa média de utilização do equipamento, apurada em liquidação.”

60. Confira-se o entendimento do Exmo. Ministro Relator, *in verbis*: “Contudo, esse é o preço justo e razoável, assim entendido pelo Poder Judiciário, a quem as partes delegaram a função de compor o litígio, já que não tiveram capacidade de chegar a um consenso, talvez naquela ânsia de obter o maior lucro possível.” (AgRg no REsp 1061669 / RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, T3 - Terceira Turma, julgado em 28.06.2011, DJe 01.07.2011). O Tribunal de Justiça de São Paulo também já decidiu nesse sentido: APL 9099154232009826 SP 9099154-23.2009.8.26.0000, 33.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Eros Piceli, julgado em 18.04.2011, publicado em 19/04/2011: “Ação de revisão de contrato utilização de postes de energia elétrica por empresa de televisão a cabo relação jurídica de direito privado, que permite a intervenção do Poder Judiciário para a fixação do valor devido adoção de valores em diferentes períodos, em razão do caso concreto sucumbência recíproca - apelação da ré provida em parte.” (grifos nossos).

61. REsp. 1.334.843/DF, T2 – SEGUNDA TURMA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27.11.2012, DJe 05.12.2012: “Neste ponto, é bom que se deixe claro: a análise aqui empreendida, em nenhuma hipótese, quer afastar a regulação que vem sendo promovida pela ANATEL no mercado de interconexão entre telefonia móvel e fixa. Muito pelo contrário, reconhece-se que esta regulação não engloba somente os valores cobrados, os quais estão submetidos à relativa liberdade de iniciativa, mas também aspectos técnicos (...). O fato de haver discussão quanto ao preço cobrado não afasta a incidência da regulação da ANATEL, reiterando-se que os valores cobrados pelas empresas podem ser discutidos no Poder Judiciário justamente porque a estes agentes econômicos foi conferida a liberdade para fixar estes valores (...) Destaco que, (...), é de se observar que nunca é demais relembrar que vigora no Brasil o sistema da unidade de jurisdição – o qual, ao contrário do sistema contencioso francês – possibilita a parte a ingressar no Poder Judiciário independentemente da solução alcançada nas vias administrativas (...).”

## V. A postura abusiva do ECAD descrita pela própria autoridade de defesa da concorrência

Feitas essas considerações sobre a necessidade de intervenção do Poder Judiciário em situações de abuso de posição dominante e abuso de direito, vale relatar que a posição monopolística do ECAD já foi determinada pelos próprios órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil. O ECAD e as associações que o compõem foram condenados recentemente por formação de cartel e abuso de posição dominante em Processo Administrativo perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)<sup>63, 64</sup>.

Na análise feita pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (“SDE/MJ”), órgão técnico então responsável pela instrução de casos relativos a violações do direito da concorrência no âmbito da antiga Lei 8.884/94<sup>65</sup>, estabeleceu-se que o ECAD abusa recorrentemente do seu poder de monopólio para fixar preços muito acima dos que seriam encontrados em um mercado competitivo<sup>66</sup>.

A Nota Técnica da SDE vai além, afirmando que um dos principais abusos promovidos pelo ECAD diz respeito à tentativa de cobrança de valores com base em percentual da receita bruta dos usuários contratantes, especialmente no contexto em que o órgão dispõe de tecnologia e capacidade para fiscalizar a utilização das obras de seu repertório.<sup>67</sup> A Nota Técnica, então, não apenas recomendou a condenação do ECAD e de suas associadas por abuso de posição dominante e formação de cartel, como confirmou o entendimento acerca da necessidade de se desenvolver uma instância de controle responsável por fiscalizar a atuação do órgão para evitar a prática de novos abusos.<sup>68</sup>

Seguindo a recomendação da SDE, em 20 de março de 2013, o CADE concluiu pela condenação do ECAD e seis associações por formação de cartel na fixação conjunta de valores a serem pagos pela execução pública de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, e por abuso de posição dominante ao impor critérios abusivos e discriminatórios para o ingresso de novas associações no sistema de gestão coletiva.<sup>69</sup>

No julgamento do CADE, o Conselheiro Relator Elvino de Carvalho Mendonça afirmou que a Lei de direitos autorais não autoriza a fixação conjunta de valores, apenas a arrecadação e distribuição conjunta dos valores. O cartel restou caracterizado pela imposição conjunta de preços uniformes e supracompetitivos por todas as associações, quando a estrutura de mercado torna viável a concorrência na definição de preços cobrados por cada associação individualmente. O Conselheiro destacou especialmente como as práticas condenadas são nocivas à concorrência e à sociedade como um todo, na medida em que caracterizam uma clara situação de preços abusivos que visam extrair renda da sociedade para benefício exclusivo do ECAD e de suas associadas<sup>70</sup>.

Restou igualmente reconhecida a existência de um monopólio de fato não regulado, que exige a intervenção do Judiciário para o arbitramento de preços. Mesmo no voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, que divergiu quanto à caracterização de formação de cartel mas concordou com abuso de posição dominante, restou pacífico que o ECAD e as associações que o compõem teriam, em verdade, abusado

de posição dominante para, aproveitando-se de um monopólio de fato não regulado, impor a cobrança de preços supracompetitivos. Nesse sentido, o próprio Conselheiro afirmou a necessidade de o Judiciário intervir para controlar os preços abusivos cobrados pelo ECAD<sup>71</sup>.

62. AgI 198741, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Vera Lúcia Lima, julgado em 9/11/2011, DJR2F em 18/11/2011: “No que concerne à alegada omissão quanto aos preços de praticagem relativos aos Portos compreendidos pela Zona de Praticagem 15 (ZP-15), o decisum recorrido, bem salientou que: “diante da inexistência dos termos do Anexo da Portaria, omitindo-se com relação aos demais portos compreendidos pela ZP-15, e diante da inércia da autoridade administrativa em esclarecer tal inexistência, a despeito do requerimento administrativo formulado (fls. 1456), é de se conceder a antecipação da tutela para declarar que as Tabelas de Preços constantes do anexo da Portaria 184 deve vigor para toda a Zona de Praticagem 15, conforme definida pela Autoridade Marítima, ou seja, incluindo Rio de Janeiro e Niterói; Sepetiba, Ilha Guaba, Ilha Grande, e Angra dos Reis; e Forno.””

63. Procedimento Administrativo 08012.003745/2010-83, Representante: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura – ABTA; 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. Conselheiro Relator: Elvino de Carvalho Mendonça. Julgado em 20/03/2013. Quando este artigo foi redigido os votos escritos ainda não estavam disponíveis e a análise, portanto, seguiu as manifestações orais dos conselheiros na sessão de julgamento transmitida online e disponibilizada no site do CADE ([www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)).

64. A reclamação de cartelização e cobrança de preço abusivo apresentada pela ABTA foi então endossada por diversas outras entidades setoriais, tais como a Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA e a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT.

65. Essa lei foi revogada pela nova lei brasileira de defesa da concorrência, Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011.

66. De acordo com o entendimento da SDE, “considerando que a Lei de Direitos Autorais não autoriza a fixação conjunta dos valores devidos pela execução pública das obras musicais, lítero-musicais 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 n.º 8.884/94.” (grifos do original).

67. Confira-se: “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 utilizados para a distribuição de 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 operadores 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 de 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.” Op cit, fl. 95.

Por fim, merece destaque o fato de as decisões do CADE serem definitivas em âmbito administrativo, conforme dispõe o artigo 9, incisos II, III e parágrafo 2.º da Lei 12.529/11, somente cabendo recursos ao Judiciário.<sup>72</sup> Dada sua caracterização como autarquia altamente especializada na apuração, análise e julgamento de condutas anticompetitivas, o Judiciário tem conferido ao CADE relativa deferência em matéria concorrencial.<sup>73</sup>

## VI. Arbitramento de preços como alternativa de controle dos abusos do ECAD

Feitos esses apontamentos que não deixam dúvidas sobre os excessos cometidos pelo ECAD no passado recente e a necessidade de intervenção estatal na relação desta entidade arrecadadora com as empresas, cumpre discorrer sobre o possível remédio para a definição do preço devido em casos envolvendo este conflito. Na impossibilidade de avaliar a fundo as características da relação entre as partes (por exemplo, frequência do uso de obras musicais na programação da empresa, especificidade do repertório utilizado e outros critérios usualmente adotados em averiguações similares), a experiência internacional recomenda a invocação do valor fixado entre as próprias partes em relação contratual anterior como elemento balizador do ponto de equilíbrio econômico do preço a ser praticado.

É o caso, como se demonstrou acima, da análise e fixação de preços feita em precedente semelhante no Canadá.

68. Op cit, fls. 105, in verbis: “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 benefícios dos titulares e usuários de direitos autorais.”

69. Além da multa imposta, que somam cerca de R\$ 38 milhões (pelo cartel e pelo abuso de posição dominante, o ECAD terá de pagar multa de cerca de R\$ 6,4 milhões; a pena aplicada a cada associação é de R\$ 5,3 milhões por cartelização). Ademais, conforme afirma a ementa do julgado publicada no Diário Oficial da União em 26/03/2013, o CADE também impôs: “que as Representadas abstenham-se de formular e impor tabelas unilaterais de preços, cessando imediatamente sua utilização; que ao invés engajem-se na negociação bilateral de condições de contratação com usuários ou associações de usuários, devendo, em caso de não ser possível atingir acordo, licenciar desde logo os direitos em apreço, recorrendo, em seguida, para o arbitramento judicial ou extrajudicial do preço e das condições de contratação; que as Requerentes se abstenham de impor condições fixas de contratação do tipo blanket licence ou one stop shop, abrindo-se à negociação de licenças parciais sempre que isso for de interesse do usuário, determinando ainda a condenação dos representados ao pagamento de multa, a ser comprovada no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação desta decisão (...)”.

70. “A livre negociação de preços impossibilitaria, ou, ao menos, dificultaria uma eventual prática de abuso de poder de mercado, haja vista que a precificação estaria mais sensível às necessidades do usuário, bem como seria mais eficiente em termos econômicos”.

71. Veja-se o entendimento do Conselheiro, em seu voto oral: “...o ECAD é livre para cobrar o preço que quiser nas condições que quiser? Definitivamente não. Mas significa que as condições de contratação do ECAD e de preço se sujeitam a uma outra ótica de análise, que é a de abuso de posição dominante.

[...] O Brasil inventou de fato algo [na gestão de direitos do autor], inventou um monopólio não regulado, que é a pior situação possível do ponto de vista de bem estar do consumidor ou de esquema concorrencial regulatório. (...) Então o modelo brasileiro inventou [...] um sistema de monopólio de fato, decorrente do arranjo legislativo em que não existe: (i) preço fixado pelo governo; (ii) regulação de preço pelo governo; nem (iii) instância de arbitragem.

Isso aqui é uma relativa maluquice, que permite ao ECAD cobrar o preço que rigorosamente quiser. São 2% porque o ECAD quis que fosse 2%, se o ECAD quisesse que fosse 3% seria 3%, ou 4%, ou 5%. Porque não há força de mercado capaz de ajustar o preço e não há regulação capaz de ajustar o preço. E aí me chamou também atenção algo que foi dito na tribuna no sentido que ao Judiciário não caberia fixar preço nem ao CADE. O Judiciário não fixa preço? Também me parece uma mentira isso. [...] uma hipótese completamente corriqueira em que o judiciário fixa preço porque a negociação é obrigatória: aluguel. Uma renovatória ou uma revisional de aluguel é isso. Eu tenho direito de ter um novo contrato, o meu locador tem a obrigação de me dar em locação só que o preço é de livre ajuste. Uma condição em que é evidente em que o livre ajuste é muito difícil, em muitos casos as partes não conseguem livremente ajustar e isso termina num arbitramento judicial. Então me parece que de fato o sistema brasileiro é uma invenção nesse sentido, eu tenho um monopólio de fato, decorrente do sistema legal em que uma das partes impõe preço, e ninguém ainda arbitrou [judicialmente este preço].

E este me parece que é um ambiente absolutamente propício para a gente analisar a conduta de preço e formas de negociação da perspectiva do abuso de posição dominante.” (g.n.). Transcrição trechos do voto oral do conselheiro entre os minutos 3:39:00 e 3:46:00 do julgamento, conforme áudio disponível em <http://www.cade.gov.br/gravacoes/audio/2013/julg-18.mp3>

72. “Art.º 9.º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: (...) II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; (...) § 2.º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.”

73. Vide entendimento do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, in verbis: “A meu convencimento, ainda que a sentença invocasse o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade como fundamento de análise dos motivos determinantes da sanção imposta às autoras-apeladas, tal premissa seria descabida aos moldes em que o legislador privativamente atribuiu ao CADE como órgão regulador e fiscalizador da atividade econômica (art. 7.º, II, da Lei 8.884/94). Atribuir qualificação diversa a fatos incontroversos – no caso a atuação das autoras e de seu sindicato na repressão à entrada de novo distribuidor no mercado varejista de combustíveis com prejuízo à livre concorrência – é negar o juízo de valor que o legislador incumbiu a um órgão de composição plural e de conhecimentos técnicos sobre a matéria. Estivesse o juiz examinando a vulneração de qualquer outro requisito do ato (competência, finalidade, forma, objeto, motivação), certamente que admissível o controle judicial. No caso concreto, entretanto, o que se viu foi a completa substituição de um juízo valorativo por outro. Ainda que se registre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça um precedente quanto à possibilidade da intervenção judicial em casos tais, por força do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional[1], é de ver-se que também ambas as turmas da 3.ª Seção convergem para o entendimento da impossibilidade da revisão judicial das decisões do CADE, salvo nos requisitos de sua formação.” Apelação Cível 0012731-72.2005.4.01.3400 (2005.34.00.012752-0/DF). Recorrente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Recorrido: Empresas associadas ao Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do DF – SINPETRO/DF. Órgão Julgador: Sexta Turma – 3.ª Seção – TRF1. Relator: Juiz Convocado Marcelo Dolzany da Costa. Data de Julgamento: 09/07/2012.

Naquele país, o *Copyright Board* manifestou entendimento de que compete ao órgão julgador (nesse caso, o Judiciário) adotar decisão que garanta a manutenção do acordo já celebrado entre as partes como melhor indicativo econômico do preço que deve ser cobrado<sup>74</sup>.

Ademais, é hoje totalmente possível desenvolver outras modalidades de licenciamento além das *blanket license*, atualmente a única licença oferecida pelo ECAD. O modelo das *blanket licenses* implica a imposição de pagamento pela cessão de todo o acervo, independentemente de sua efetiva utilização. O ECAD possui hoje total capacidade de identificar quais músicas de seu acervo são efetivamente utilizadas pelos usuários a quem cede os direitos de execução pública – contando inclusive com programas de computador eficientes para tal monitoramento.

Dessa forma, hoje mesmo poderiam ser praticadas licenças como a “*per program*” (por programa) ou “*per use*” (por uso) existentes em vários outros países, em que o pagamento é feito de modo correspondente ao tipo de programa que utiliza as músicas ou até mesmo ao uso efetivo de uma determinada música em uma dada programação. Tal critério é justo porque estabelece uma correlação direta entre o efetivo uso do bem e sua justa remuneração, impedindo a criação de situações claramente desiguais, em que emissoras que transmitem exclusivamente programação musical pagam valores percentualmente similares ou idênticos a outras cuja utilização de músicas dá-se em percentual muito inferior.

Vale mencionar, ainda, que cabe ao ECAD o ônus de demonstrar que o critério por ele proposto, em primeiro lugar, é razoável e, em segundo lugar, atende ao interesse público de se estabelecer tanto uma proteção ao direito do autor como também um mecanismo de promoção do acesso à cultura, princípios com igual guarda constitucional. Ambos devem ser ponderados na análise da razoabilidade e proporcionalidade do valor cobrado pelo ECAD.

O atual critério adotado pelo ECAD (cobrança percentual sobre o faturamento bruto da empresa) em diversos casos não pode ser considerado razoável e proporcional. Além de decorrer de uma prática ilícita condenada pelo CADE (abuso de posição dominante e cartel), o critério de faturamento bruto baseia-se em fatores não relacionados à efetiva utilização das obras musicais, o que acaba por gerar cobrança que não guarda qualquer relação com a execução efetiva de obras musicais. Trata-se de critério que incide sobre toda e qualquer fonte de receita da empresa, com ou sem relação com o uso de obras musicais, representando oneração excessiva e exorbitante. Vale dizer, mesmo no que tange a receitas da “atividade fim”, há claras variações na relevância do uso de obras musicais, tornando injustificável a utilização de um percentual único da receita da empresa como parâmetro para cobrança, sendo que para fins de distribuição aos artistas e titulares, o próprio ECAD faz a distinção entre os diferentes “pesos” de cada modalidade de execução musical.

A esse respeito, o ECAD distingue cotidianamente entre as diferentes modalidades de utilização de obras musicais na programação de televisão. Por exemplo, a música utilizada de forma incidental, como os temas de abertura de programas e outras trilhas de fundo, são minoradas em 1/12 (um doze avos) pelo ECAD para fins de distribuição aos seus respectivos autores e titulares. No entanto, apesar de o ECAD adotar esse critério para fins de distribuição dos valores aos

titulares dos direitos, recusa-se a aplicar o mesmo critério para fins de arrecadação.

Desse modo, da forma como se estruturou, a cobrança pelo ECAD acaba caracterizando-se como um tributo instituído universalmente sobre o faturamento bruto da empresa,<sup>75</sup> com alíquota arbitrária definida sem qualquer escrutínio e originada de prática condenada pelo CADE como abuso de poder econômico.

O critério de cobrança baseado no faturamento bruto é aceitável somente nas jurisdições em que o órgão monopolista é fiscalizado administrativamente para coibir abusos na fixação dos percentuais e oferecer outras modalidades de licenciamento que vão além das *blanket licenses*. De fato, quando outras licenças além da *blanket license* são oferecidas pelo órgão arrecadador, os usuários de direitos autorais que se valem da música como elemento central para geração das suas receitas podem optar por essa modalidade específica de pagamento com base em seu faturamento bruto, com percentual homologado previamente por entidade administrativa. Já os usuários que usam a música apenas em alguns segmentos da programação podem optar por outras modalidades de licenciamento, baseadas em critérios proporcionais (como as licenças “*per program*” ou “*per use*”). Como visto, nada disso acontece no Brasil, sendo, portanto, descabida a posição adotada pelo ECAD nos últimos anos.

74. In verbis: “[15] Os “royalties” interinos relativos à venda ou licenciamento dos programas permanecerão idênticos àqueles definidos na licença outorgada entre 2008 e 2012, uma vez que a CBC consente com isso. O valor nominal dos “royalties” interinos definidos na licença interina concedida em 30 de abril de 2012 para o canal Explora estão mantidos. (...) [18] Em geral, a melhor forma de se alcançar os objetivos de uma decisão interina é manter o status quo na medida em que se evita o vácuo legal. As demandas das partes podem determinar se a mudança no status quo é desejável no balanço da conveniência.” No original: “[15] Interim royalties for the sale or licensing of programs will remain as in the 2008-2012 licence, since CBC consents to this. The nominal interim royalty set out in the interim licence issued on April 30, 2012 for the Explora channel is maintained. (...) [18] In general, the best way to achieve the objectives of an interim decision is to maintain the status quo while avoiding a legal vacuum. The parties’ claims may help to determine whether a change to the status quo is desirable on a balance of convenience.” Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada v. Canadian Broadcasting Corporation, interim decision of the Board, File: 70.2-2012-01, 26/01/2013. Fls. 4. Disponível em <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf>. Tradução livre pelos autores.

75. Deve-se destacar que esse foi também o entendimento de diversas outras jurisdições ao se depararem com critérios de cobrança sobre faturamento bruto. Conforme explica a decisão da Comisión Preventiva Central do Chile, *op cit*, in verbis: “La infracción constitutiva del abuso de posición monopólica dominante se manifiesta porque el sistema de cobro de porcentajes sobre lós ingresos brutos de las radioemisoras, importa la aplicación indebida de um verdadero tributo que la denunciada ejercita incluso por el uso del patrimonio cultural común y la transmisión de programas hablados, como es el caso, por ejemplo, de la programación de ‘Radio Chilena’ que incluye comentarios deportivos y políticos y noticieros que ocupan más de seis horas diárias de transmisión, lapso en el que la música no tiene participación.” (fls. 20).



## VII. A Nova Lei de Direitos Autorais (Lei n.º 12.853/2013) e suas principais disposições: um novo rumo para a arrecadação de direitos autorais no Brasil

Com a publicação da Lei n.º 12.853/2013, o ECAD continua a ser o ente arrecadador dos direitos autorais, ainda formado pelas associações que reúnem compositores e intérpretes. Entretanto, diante da falta de fiscalização de um ente responsável por uma atividade exercida em regime de monopólio, criou-se uma forma de fiscalização: essas entidades, a partir da entrada em vigor da nova lei, terão de se credenciar junto ao Ministério da Cultura para demonstrar que têm condições de administrar direitos autorais<sup>76</sup>. A criação de um controle externo desta atividade<sup>77</sup> corrobora o quanto exposto neste artigo acerca da necessidade de submeter o órgão de gestão coletiva de direitos autorais, que arrecada esses direitos em regime de monopólio, a algum tipo de controle estatal.

Além disso, importante destacar que, embora não haja ingerência na liberdade para a definição de preços<sup>78</sup>, a lei estabelece mecanismos para aferir que a cobrança será sempre proporcional ao grau de utilização das obras e fonogramas pelos usuários, extinguindo o mecanismo adotado anteriormente pelo ECAD, baseado na cobrança de valores dissociados da efetiva intensidade de utilização das obras<sup>79</sup>. Evidentemente, o Poder Judiciário poderá continuar sendo chamado a intervir sempre que esses critérios venham a ser considerados desrespeitados.

Por fim, importante notar que os princípios da isonomia, eficiência e transparência na cobrança pela utilização de qualquer obra intelectual foram definidos como princípios a serem seguidos na gestão desses direitos. Portanto, a publicação desta lei representa não só uma vitória de autores e usuários de direitos autorais, mas também uma resposta do Congresso Nacional brasileiro aos abusos que vinham sendo cometidos pelo ECAD em razão de sua posição monopolista, todos considerados lesivos ao mercado.

### Conclusão

Em resumo, este artigo buscou apontar a possibilidade de intervenção do Estado para arbitramento de preços em relações contratuais em que uma das partes possui elevado poder de mercado, como é o caso do ECAD no sistema brasileiro de arrecadação coletiva de direitos autorais.

Conforme se demonstrou, a situação do monopólio não regulado detido pelo ECAD é anormal, tendo sido instaurada a partir da extinção do antigo Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA, ainda durante o governo Collor, em 1990. Esse órgão tinha como uma de suas funções primordiais fiscalizar a atuação do ECAD, incluindo nesta fiscalização a análise e o arbitramento dos preços cobrados pela entidade arrecadadora monopolista. Essa completa ausência de regulação e controle das atividades da sociedade arrecadadora de direitos autorais relativos à execução pública de obras musicais caracteriza-se como uma situação absolutamente fora dos padrões mundiais. Em praticamente

todas as demais jurisdições do mundo existem órgãos administrativos ou decisões do Poder Judiciário efetuando o arbitramento e o controle recorrente dos valores unilateralmente fixados por estas entidades, o que se justifica por seu significativo poder de mercado.

Ademais, monopolistas, por definição, põem em risco o bem estar social, gerando prejuízos que se disseminam para toda a sociedade. Por essa razão, os mercados em que atuam são objeto de regulação, justamente para impedir a fixação unilateral e injustificada de preços abusivos. Há um sem número de decisões administrativas e judiciais, tanto no Brasil quanto no exterior, confirmando a necessidade de arbitramento de preços em situações excepcionais nas quais uma parte está sujeita ao arbítrio de um monopolista detentor de um bem considerado essencial.

Os próprios órgãos de defesa da concorrência brasileiros já decidiram que as práticas recentes do ECAD foram abusivas, especialmente no que tange à fixação unilateral de preços, conforme ilustra a recente decisão do CADE sobre a conduta da entidade. Os preços costumam ser não apenas fixados em patamares muito superiores aos que seriam encontrados em um ambiente competitivo (ou com regulação eficaz), como também não possuem qualquer relação com a efetiva utilização das músicas do repertório cedido. A conduta torna-se ainda mais grave em um contexto em que o próprio órgão arrecadador dispõe de ferramentas para identificar a exata utilização deste acervo por seus usuários, mas insiste em uma cobrança excessiva e arbitrária, baseada somente no modelo de *blanket license*, completamente dissociada do uso efetivo.



76. “Art.º 98-A (...). II – a demonstração de que a entidade solicitante reúne as condições necessárias para assegurar uma administração eficaz e transparente dos direitos a ela confiados e significativa representatividade de obras e titulares cadastrados, mediante comprovação dos seguintes documentos e informações: (...)”

77. “Art.º 98-A. O exercício da atividade de cobrança de que trata o art. 98 dependerá de habilitação prévia em órgão da Administração Pública Federal, conforme disposto em regulamento, cujo processo administrativo observará: (...)”

78. “Art.º 98. (...) § 3.º Caberá às associações, no interesse dos seus associados, estabelecer os preços pela utilização de seus repertórios, considerando a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras.”

79. “Art.º 98. (...) § 4.º A cobrança será sempre proporcional ao grau de utilização das obras e fonogramas pelos usuários, considerando a importância da execução pública no exercício de suas atividades, e as particularidades de cada segmento, conforme disposto no regulamento desta Lei.”

Em resposta aos abusos cometidos pelo ECAD no exercício de sua posição monopolista foi publicada a Nova Lei de Direitos Autorais, Lei n.º 12.853/2013. Essa lei determina a criação de um órgão da Administração Pública Federal para exercer o almejado controle externo da atividade de gestão coletiva de direitos autorais, e estabelece mecanismos para aferir a efetiva utilização das obras litero-musicais e garantir a transparência na gestão dos valores (acesso ao custo das obras pelos usuários e acesso aos valores arrecadados pelos autores).

Em suma, não se pode permitir a existência de monopólio sem regulação, mormente no que tange a bens culturais essenciais à sociedade. No Brasil, até a publicação da Nova Lei de Direitos Autorais, o único órgão efetivamente competente para desempenhar esse papel de controle sobre abusos específicos do ECAD era o Poder Judiciário. Agora, o legislador infraconstitucional entendeu por bem criar um órgão administrativo para exercer, ao lado do Poder Judiciário, o tão almejado controle dessas atividades.

As décadas em que as sociedades arrecadadoras de direitos autorais funcionaram em regime de monopólio sem fiscalização produziram distorções graves no modelo Brasileiro e inúmeros prejuízos para usuários, artistas e para o mercado dos direitos autorais como um todo. Com a aprovação da Lei 12.853, essa situação deve ser finalmente corrigida. E tanto o órgão fiscalizador no executivo, aliado à atuação inafastável do Poder Judiciário, serão essenciais nessa bem-vinda mudança.

