



DIREITOS AUTORAIS: MERCADO E INTERVENÇÃO

COPYRIGHT LAW: MARKET AND INTERVENTION

¹Giovani Lofrano Alves

SUMÁRIO

Introdução, 1 Arrecadação e distribuição de Direitos Autorais aplicados à música no Brasil: a era do ECAD; 2 Eficiência econômica na LDA nº 12.853/13 segundo a Análise Econômica do Direito. 3 O novo marco regulatório: mercado e intervenção. Considerações finais; Referências.

RESUMO

Este artigo ocupa-se da análise da eficiência econômica da Lei de Direitos Autorais 12.853/13, no que tange a arrecadação e distribuição destes direitos aplicados à música no Brasil e da atuação monopolista do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, que configura-se como sendo o único órgão competente para a arrecadação e distribuição autoral na música. Por consequência, aborda-se a visão reducionista da nova lei em permitir que apenas um ente seja responsável pela arrecadação e distribuição destes direitos e a seguir demonstra-se que esta justificativa nem sempre é válida se analisada a partir do conceito de eficiência econômica.

Palavras-chave: Desenvolvimento; Intervenção do Estado; Eficiência Econômica; Direito Autoral; ECAD.

ABSTRACT

This article deals with the analysis of the economic efficiency of the Copyright Law 12.853/13, regarding the collection and distribution of these rights applied to music in Brazil, as well as the monopolist actions of ECAD - Collection and Distribution Center Office, which is configured as the agency responsible for collecting and distributing music copyright. Therefore, it deals with the reductionist view of the new Copyright Law, that allows only the ECAD to be responsible for the collection and distribution of these rights, unveiling that this justification is not always valid if analyzed from the concept of economic efficiency.

Keywords: Development; State intervention; Economic efficiency; Copyright; ECAD.

¹ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica – PUC, Paraná, (Brasil). Advogado. E-mail: giovanialves.adv@gmail.com

INTRODUÇÃO

No Brasil, o diploma legal que atualmente regula o Direito Autoral e dos que lhe são conexos é a chamada nova Lei de Direitos Autorais nº 12.853 de 2013. Antes da LDA/73, que esteve em vigor desde 14/12/73, da LDA nº 9.610/98 até a nova legislação em 2013, uma enorme quantidade de decretos, leis específicas e dispositivos constitucionais já haviam tratado do tema, de maneira não sistemática, o que sempre gerou problemas e até hoje, por vezes, tem sido motivo de dúvidas e interpretações conflitantes.

Desde a inclusão dos direitos autorais no âmbito da Organização Mundial do Comércio em 1996, através da assinatura do acordo TRIPs (Trade Related Intellectual Property Agreement), do qual o Brasil é signatário, o Direito Autoral passou a fazer parte do âmbito do comércio internacional, sem qualquer excepcionalidade.

Quando tratamos do Direito Autoral pertinente à música, o tema adquire maior ênfase, desde o fim do Conselho Nacional de Direitos Autorais (CNDA), em 1990, não havia qualquer ente do Estado que fizesse a fiscalização do sistema de arrecadação e distribuição dos direitos autorais aplicados à música. A instituição e suas competências, entre elas a fiscalização, estavam previstas na Lei de Direitos Autorais de 1973, com a nova legislação o Ministério da Cultura passa a exercer, em tese, esta prerrogativa.

Neste contexto, o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, instituição privada criada pela Lei nº 5.988/73, se configura como sendo o único órgão competente para a prática de arrecadação e distribuição autoral na música, e com a finalidade de viabilizar a consecução de suas atividades básicas, aplica o Regulamento de Arrecadação (ECAD, 2012), que foi elaborado e aprovado por sua Assembleia Geral, composta por representantes das associações que o integram, classificando os usuários de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas em permanentes e eventuais, segundo as particularidades que apresentam.

Entretanto, em junho de 2011 teve início a mais importante Comissão Parlamentar de Inquérito envolvendo o ECAD, tendo como presidente e relator, respectivamente, os senadores Randolfe Rodrigues e Lindberg Farias, com o objetivo de investigar acusações de falta de transparência na arrecadação e distribuição de recursos, formação de cartel e abuso na cobrança de direitos autorais.

Conhecida como “CPI do ECAD”, ela foi concluída em abril de 2012. A CPI teve no seu relatório final a proposta de um projeto de lei (PLS 129/12), que previu um sistema de



gestão coletiva de direitos autorais, através da criação de duas entidades: o Conselho Nacional de Direitos Autorais (CNDA, que havia sido desativado em 1990) e a Secretaria Nacional de Direitos Autorais (SNDA). Além disso, o relatório sugeriu o indiciamento de 15 pessoas ligadas à entidade, sob as acusações de apropriação indébita, fraude na realização de auditoria, formação de cartel e enriquecimento ilícito.

Em agosto de 2013 o projeto foi sancionado pela presidente Dilma Rousseff, também conhecida como Nova Lei de Direitos Autorais sob nº 12.853/2013. Através dela, o ECAD continua sendo o único arrecadador de direitos, porém, sob controle estatal através de fiscalização do Ministério da Cultura.

Em junho de 2015, foi publicado no Diário Oficial da União (DOU) o Decreto nº 8.469, regulamentando as novas regras previstas na Lei nº 12.853/2013, além de trechos da antiga LDA 9.610/98. Dentre as normas, o decreto ressalta que as novas associações que desejarem exercer a atividade de cobrança de direitos autorais deverão obter habilitação no Ministério da Cultura, e que os preços cobrados devem ser estabelecidos pelas associações em assembleia geral. Além disso, as entidades deverão informar na internet seus cadastros de obras, formas de cálculo e critérios de cobrança, da mesma forma que as empresas de comunicação e estabelecimentos comerciais devem tornar públicas, na internet ou em suas sedes, as obras que executarem.

Este estudo tem como ponto de partida; a deficiência de regulação no que diz respeito a arrecadação e distribuição dos direitos autorais aplicados à música no Brasil.

Por consequência, aborda-se a visão reducionista da nova LDA nº 12.853/13 em permitir que apenas o ECAD seja responsável pela arrecadação e distribuição destes direitos, e a seguir demonstra-se que esta justificativa - através da contribuição da Análise Econômica do Direito - nem sempre é válida se analisada a partir do conceito de eficiência econômica.

Por fim, o estudo pretende demonstrar que a regulação, vista a partir do Direito Concorrencial - no que tange a sua arrecadação e distribuição – visa garantir uma maior estabilidade desse sistema tornando o sustentável, o qual, após anos da criação do ECAD, ainda encontra-se defasado, permitindo a existência de práticas fraudulentas e abusivas que levam o setor à prática de monopólio.

1 ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS APLICADOS À MÚSICA NO BRASIL: A ERA DO ECAD

Como dito anteriormente, antes da promulgação da nova LDA nº 12.853/2013 não existia qualquer entidade que fizesse a fiscalização do ECAD. Como ele é um órgão privado, não precisava divulgar muitos detalhes sobre arrecadação e distribuição, isto porque foi criado quando o país ainda estava imerso na ditadura, uma época ficou marcada na história do Brasil através da prática de vários atos institucionais que colocavam em prática a censura, a perseguição política, a supressão de direitos constitucionais, a falta total de democracia e a repressão àqueles que eram contrários ao regime militar.

Com 3.225 milhões de obras musicais, 1.194 mil fonogramas e 536 mil titulares de música cadastrados, o Ecad é um das maiores instituições de direitos autorais da América Latina. Em 2011, arrecadou R\$ 540,5 milhões, tendo distribuído R\$ 411,8 milhões. A existência do Ecad está prevista, explicitamente, nos arts. 97, 98 e 99 da Lei nº 9.610, de 1998, por intermédio de uma série de arranjos institucionais. Primeiramente, pelo que determina o art. 97, para o exercício e defesa de seus direitos, os autores e os titulares de direitos conexos são autorizados a associar-se sem intuito de lucro, sendo vedado a estes pertencerem a mais de uma associação para a gestão coletiva de direitos da mesma natureza (§ 1º); porém é facultada a estes titulares a transferência para outra associação (§ 2º). Para os titulares de direitos autorais não brasileiros, o § 3º do referido art. 97 prevê que as associações com sede no exterior far-se-ão representar, no País, por associações nacionais constituídas na forma prevista na Lei nº 9.610, de 1998. Na sequência, pelo teor do art. 98, com o ato de filiação, as associações tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança. É verdade que cada titular pode fazer tal cobrança por si mesmo, conforme prevê o parágrafo único desse artigo. Mas isso seria praticamente impossível; daí a necessidade da associação. (CPI DO ECAD, 2012, pág. 78)

O ECAD só começou a divulgar balanço anual em 2005. Segundo o senador Randolfe Rodrigues, “o Brasil é um dos poucos países no mundo que não têm nenhum tipo de fiscalização sobre a arrecadação de direitos autorais: de 136 países, só 20 não têm nenhum tipo de fiscalização”. (JUNGMANN, 2011)

Todos sabemos que a transparência tornou-se a "força motriz" das mudanças que estão a moldar o mundo contemporâneo. Regra geral, em qualquer órgão público ou privado, a falta de transparência degenera para a corrupção ou para o totalitarismo, além de gerar desconfiança de tudo em todos. As instituições que lidam com interesse público não podem se ocultar. O ECAD, todavia, tornou-se uma entidade alheia à transparência de suas ações e ao controle social de seus associados. Recentemente a entidade diminuiu a opacidade absoluta de informações que constavam de seu site. Mas estes pequenos reparos, extraídos pela crescente indignação da sociedade brasileira, estão a quilômetros de representar o que deseja os titulares e usuários de direitos autorais no Brasil. (CPI DO ECAD, 2012, pág. 361)



Neste sentido, evidencia-se que a nova regulação através da LDA nº 12.853/2013, não só como fator de estabilidade social mas também econômica ainda apresenta falhas, uma vez que o referido órgão recentemente passou por diversos processos acusatórios de formação de cartel e monopólio de mercado, sob a acusação de que o ECAD não apenas fixa valores altos para a execução de obras artísticas como também impede a filiação de novas associações representativas.

Na opinião do procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, Lênio Streck, a falta de transparência no sistema de arrecadação e distribuição dos valores relativos ao direito autoral é um grande problema para o Brasil. Ele afirma que apenas o fato de as entidades de gestão coletiva não serem obrigadas a prestar contas dos recursos que movimentam já justifica a modernização da Lei de Direito Autoral. (AFONSO, 2010)

Em 20 de março de 2013, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em processo movido em 2010 contra o sistema autoral brasileiro pela ABTA – Associação Brasileira de TVs por Assinatura, condenou o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição e suas associações de gestão coletiva musical.

O Ecad e as entidades terão de pagar uma multa de R\$ 38 milhões – mas o valor não deve vir do dinheiro que é repassado aos artistas. Além disso, eles não poderão mais tabelar os valores cobrados por direitos autorais. A recomendação do CADE é que o Ministério da Cultura supervisione a atuação do ECAD. O processo contra o ECAD foi movido pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA), que contestou o valor cobrado pelas associações (2,55% da receita bruta das empresas de TV por assinatura). (DIAS, 2013)

O ECAD foi criado por lei e exerce um monopólio concedido pelo estado, ou seja, o estado esteve presente na questão desde a criação do órgão. E a sua ausência como instância reguladora e fiscalizadora, a partir do governo Collor, aprofundou as distorções e injustiças que já existiam no sistema. O que se vê hoje é uma gestão que beneficia poucos em detrimento de muitos. Não há diálogo com os compositores e aquele que levanta a voz para fazer críticas é considerado inimigo.

É, por conseguinte, questionável que a nova LDA nº 12.853/2013 permita que apenas o ECAD seja responsável pela arrecadação e distribuição destes direitos, esta justificativa nem sempre é válida diante da natureza adaptativa de novos agentes econômicos privados neste mercado.

Os agentes econômicos privados desempenham importante papel para o surgimento de inovações tecnológicas, pois esse fenômeno é essencial para sua própria sobrevivência em um mercado altamente competitivo. Por isso, assiste-se com frequência ao desaparecimento daqueles empreendimentos incapazes de inovar na produção de seus bens e serviços e, paralelamente, ao nascimento e consolidação de negócios que trazem ao mercado um novo bem ou serviço, ou ainda um produto ou serviço tecnologicamente mais avançado. (KALIL e GONÇALVES, 2016, pág. 500)

Ao longo sua história, o ECAD foi alvo de várias Comissões Parlamentares de Inquérito: uma da Câmara dos Deputados em 1995, e três da Assembleia Legislativa do Mato Grosso do Sul no ano de 2005, São Paulo em 2009 e Rio de Janeiro em 2011, todas apontaram graves irregularidades, o que por si só enseja o questionamento sobre a mudança do sistema de arrecadação e distribuição brasileiro.

Outras questões são latentes e corroboram esse fato, como por exemplo; a condenação do ECAD pelo CADE por formação de cartel em 2013, já citado anteriormente neste artigo. E também a Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo ECAD, iniciada em 2011 no Senado Federal, o qual apresentou seu relatório final em Abril de 2012.

Ao longo de um ano de trabalho e depois de reunir milhares de páginas de documentos e depoimentos de titulares de direitos autorais, de usuários e de autoridades públicas, a Comissão formou a robusta convicção de que o surgimento do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos Direitos Autorais – Ecad, em 1973, representou uma grande conquista dos autores brasileiros. Mas, em seus 40 anos de existência, o Ecad se degenerou. De órgão meramente executivo de arrecadação e distribuição, tornou-se uma instituição poderosa, que está a desafiar alguns princípios elementares do Estado Democrático de Direito. De instituição, que deveria ser um meio pelo qual os titulares de direitos autorais perceberiam o que lhe é devido, o Ecad tornou-se um fim em si mesmo. Voltado para seu próprio umbigo – e para os interesses de seus controladores e dirigentes – o Ecad transmutou-se em cartel, pernicioso para a ordem econômica brasileira, e muito distante do que reivindica a classe artística, protagonizando toda sorte de desvios e ilícitos. (CPI DO ECAD, 2012, pág. 353-354)

Partindo dessa premissa, e tendo como ponto de partida a deficiência de regulação no que diz respeito aos direitos autorais aplicados à música no Brasil, analisar o conceito de eficiência econômica na LDA nº 12.853/2013 sob a ótica da Análise Econômica do Direito, nesse caso, detém um papel importante como método de organização deste mercado em específico, é o que se demonstra a seguir.



2 EFICIÊNCIA ECONÔMICA NA LDA Nº 12.853/2013 SEGUNDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Até 1960, a AED - Análise Econômica do Direito era sinônimo de análise econômica do Direito da Concorrência, “Anti-trust Law”, havendo algum trabalho pioneiro e exploratório no domínio da regulação de mercados e intervenção do Estado. Esta área de investigação continua hoje muito popular e intimamente associada à Economia Industrial. No entanto, o termo “Law and Economics”, após os artigos de Ronald Coase e Guido Calabresi em 1960, alicerçou o seu domínio nas áreas de propriedade, contratos, responsabilidade (danos), criminal, processual, família e constitucional. A disciplina ganhou rigor metodológico, sobretudo, por meio dos trabalhos desenvolvidos nas universidades norte-americanas, notadamente em Chicago, Yale e Berkeley, cujos expoentes como Richard Posner, Henry Manne, Gary Becker dentre outros, contribuíram para o desenvolvimento da disciplina. (PORTO e GRAÇA, 2013)

A Análise Econômica do Direito toma emprestado conceitos e métodos da economia e com isso herda as controvérsias com as quais a economia se envolve. Como exemplo dessas divergências, pode-se citar o modelo neoclássico que, embora tenha reinado supremo e inquestionável por muito tempo, é atualmente questionado em suas bases teóricas por muitos economistas.

Robert Cooter e Thomas Ulen, ao desenvolverem sua teoria econômica baseada na propriedade eficiente, passaram a analisar o ponto de vista de alguns críticos da economia, os quais acreditam que o direito de propriedade deve se basear na distribuição e não na eficiência.

Algumas pessoas pensam que o governo deveria redistribuir a riqueza dos ricos para os pobres por causa da justiça social, ao passo que outras pessoas pensam que o governo deveria evitar a redistribuição de riqueza, permitindo que os indivíduos recebam todas as recompensas por seu trabalho árduo, inventividade, assunção de risco e pela escolha astuta dos pais. Como o restante da população, os economistas discordam entre si a respeito dos fins redistributivos, mas muitas vezes concordam sobre os meios de redistribuição. (COOTER e ULEN, 2016, pág. 123)

Mas, segundo os autores, pressupondo a finalidade de redistribuição, os economistas geralmente preferem buscá-la pelos meios mais eficientes.

Um processo de produção é eficiente quando qualquer uma das duas condições seguintes está em vigor: 1) Não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando a mesma combinação de insumos de custo menor, ou; 2) Não é possível gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos. A outra espécie de eficiência, chama eficiência de Pareto, às vezes designada como “eficiência alocativa”, diz respeito à satisfação de preferências pessoais. Diz-se que uma determinada situação é Pareto eficiente ou alocativamente eficiente se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior. (COOTER e ULEN, 2016, pág. 38)

Nesse passo, a AED nos permite utilizar os postulados da Economia ao Direito, de modo a tornar eficientes as relações sociais e proporcionar uma maior interação do direito com as demais ciências sociais.

A análise econômica do direito, usando conceitos da ciência econômica, atualiza uma racionalidade subjacente das normas jurídicas e os principais efeitos previsíveis de suas mudanças. Propõe leitura das regras jurídicas que as avalie pelos seus efeitos de estímulo e pelas mudanças de comportamento das pessoas em resposta aos mesmos. Oferece elementos para julgamento iluminado das instituições jurídicas e das reformas propostas. É, por isso, ferramenta preciosa para o legislador, para o juiz e para a doutrina convidada a exercer a nobre missão de trazer à luz os fundamentos do direito e mostrar os caminhos para sua adaptação às novas realidades. Ao mesmo tempo oferece aos economistas uma ferramenta para compreender o direito. (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, pág. 665)

A referida disciplina se refere constantemente à ideia de eficiência, afirmando que determinadas normas jurídicas podem gerar resultados ineficientes, e outros resultados eficientes, usando a ciência como um critério geral para aferir se uma norma jurídica é desejável ou não.

A eficiência econômica pode ser aplicada aos agentes econômicos, sejam eles empresários, consumidores, ou nesse caso ao Estado. Para tanto, o estudo da Análise Econômica do Direito busca mostrar que tanto a eficiência quanto a eficácia devem ser constantemente perseguidas pelo direito, ou seja, os postulados da economia devem ser aplicados na formulação de políticas legislativas, na avaliação do impacto do direito sobre os indivíduos e, especialmente, na solução de problemas de alocação de recursos e de interpretação da lei.



Enquanto a eficácia busca mensurar a distância entre os resultados obtidos e os objetivos de uma prática ou ação, a efetividade tenta aferir a capacidade de se produzir um impacto ou efeito, a eficiência pode ser vista em termos de economia no uso dos recursos, quando assume-se uma consistência no comportamento dos agentes econômicos nas suas tomadas de decisão. Assim, quando um empresário toma decisões a respeito do processo produtivo no qual ele está envolvido, a preocupação deve ser a de se obter a maior produção possível com o menor uso dos recursos disponíveis. (RIBEIRO e KLEIN, 2016, pág. 29-30)

Assim a eficiência está mais relacionada com a possibilidade de se atingir o melhor resultado com o mínimo de erro ou desperdício, e a eficácia diz respeito à capacidade de produzir os efeitos desejados.

Podemos – então – analisar como as leis são aprovadas, como elas são interpretadas e postas em prática dependendo de qual comportamento será do interesse racional dos formuladores e aplicadores do direito, assim - dentro dos pressupostos da análise econômica do direito - se destacam o exame das escolhas racionais feitas por esses indivíduos, e a eficiência dessas decisões.

Mesmo com o crescimento dos estudos de AED pelo mundo, no Brasil, a expansão da temática pelos centros de pesquisas jurídicas caminhou, e tem caminhado, timidamente. As primeiras contribuições brasileiras sobre a temática ocorreram menos pelo viés institucional e mais pela incorporação do campo de AED em trabalhos individuais de acadêmicos e profissionais que, ao tomar contato com o tema, passaram a explorar a perspectiva da interseção entre direito e economia nas suas pesquisas. (PORTO e GRAÇA, 2013, pág. 17)

Entretanto, especificamente na Administração Pública brasileira, a preocupação com a eficiência não é recente, embora a redação original da Constituição Federal de 1988 não tenha reconhecido expressamente o “princípio da eficiência administrativa”, esta ideia sempre esteve presente na Teoria do Estado e no Direito Administrativo, e tem crescido com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98. Este interesse se justifica com a desigualdade socioeconômica de nossa sociedade e a ineficiência da Administração Pública.

O estudo da eficiência como instrumento de política econômica merecem, portanto, lugar de destaque.

Na lei brasileira de defesa de concorrência a eficiência assume também posição de destaque. Ela vem regulada em dois diferentes dispositivos. Quanto às situações de poder já existentes, prevê o art. 20, § 1º: “A

conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II”. A eficiência aparece, aí, prevista como excludente absoluta da ilicitude. O poder no mercado, mesmo existente, é incapaz de caracterizar a figura ilícita da dominação de mercados quando obtido em função de maior eficiência. Mais abaixo a eficiência aparece como fundamento para a aprovação das concentrações de empresas. Ela está contida não apenas no art. 54, § 1º, I, “c”. Também a alínea “a”, que fala em produtividade, é em última análise, um dos componentes da eficiência (produtiva). (SALOMÃO FILHO, 2001, pág. 110-111)

Neste contexto, encontram-se os direitos de autor aplicados à música, foco central deste estudo. Para a real eficácia deste sistema normativo se faz necessária a análise do comportamento de mercado, portanto, é natural que a lei se adapte, adequando o ordenamento jurídico vigente a demanda contemporânea.

A nova LDA nº 12.853/2013, mesmo sendo recente, é ineficiente e encontra-se defasada em seu artigo 99², prevendo que as associações mantenham apenas um único escritório central para a arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública das obras musicais.

Como já dito anteriormente, a falta de transparência no sistema de arrecadação e distribuição do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição sobre os valores relativos ao direito autoral aplicado à música é um grande problema para o Brasil.

O ECAD e suas associações se tornaram uma imensa burocracia, ineficiente e cara. Sugam 25% de tudo o que é arrecadado a título de direitos autorais. Há anos o ECAD comemora recordes de arrecadação, mas nem por isso reduz sua taxa de administração, atualmente em 17%. Somada às das sociedades (7,5%), representa uma das mais altas taxas do mundo. Quem paga direito autoral acha que paga muito. Mas quem recebe acha que recebe pouco. (CPI DO ECAD, 2012, pág. 364)

O ECAD exerce sua atividade em regime de monopólio, diferente, por exemplo, de países como os Estados Unidos, onde existe mais de uma entidade arrecadadora. Esse privilégio concedido implica maior responsabilidade por parte das entidades arrecadadoras. Não deve haver monopólio sem pormenorizada regulação que o justifique. A falta de concorrência neste setor, sobretudo quando aliada a outros desmandos, pode gerar estruturas ultrapassadas, como é o caso do ECAD.

² Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.



3 O NOVO MARCO REGULATÓRIO: MERCADO E INTERVENÇÃO

A intervenção do Estado na economia independe do seu modelo econômico. Tanto no modelo capitalista, como no socialista, o Estado promove, em graus diferentes, ações interventivas na economia, o que faz da intervenção a ferramenta permanente. Em grau menos invasivo, a intervenção acontece, por exemplo, com o objetivo de coibir abusos praticados por particulares nas práticas empresariais, a fim de evitar situações de monopólio. (MORAES JUNIOR e RIBEIRO, 2013)

O efeito mais visível de um monopólio são os preços mais altos. A concorrência leva as empresas a oferecer seus produtos a um preço próximo do custo de produção. Em um monopólio perfeito e estável essa pressão desaparece, o que não é o caso do sistema de arrecadação e distribuição do direito autoral brasileiro.

O capitalismo traz consigo a desigualdade de renda. O público costuma aceitar essa desigualdade desde que não seja excessiva, seja vista como parte de um sistema que beneficia a todos, e mais importante, seja justificada por um princípio que boa parte da população considere “justo”. Um sistema competitivo de livre mercado possibilita as três coisas. A concorrência limita a possibilidade de obter lucros extraordinários, e assim limita também a desigualdade de renda. A concorrência garante que os consumidores desfrutem dos benefícios da inovação. A concorrência cria pressão no sentido da eficiência e, portanto, da meritocracia, sistema no qual as responsabilidades são designadas às pessoas mais capazes de produzir resultados e no qual as recompensas são vistas então como prêmio justo. A concorrência traz ainda mais do que isso: proporciona aos consumidores a liberdade de escolher. O fato de os consumidores poderem passar de um fornecedor para outro os protege de empresas que tentam explorá-los com preços altos, e também garante que seu bem-estar seja aumentado. Para se manter em atividade, as empresas oferecerão aos consumidores os termos mais favoráveis. Quando um negócio ganha poder de mercado excessivo, a ponto de conseguir aumentar os preços indiscriminadamente, os consumidores podem buscar proteção por meio do processo político. Mas, quando um negócio obtém poder de mercado e poder político, a fuga se torna impossível. Sob tais circunstâncias, o sistema começa a se assemelhar a uma economia socialista em vez de uma economia de livre mercado. (ZINGALES, 2015, p.24-25)

Embora a nova LDA nº 12.853/2013 tenha inovado quanto à fiscalização destes direitos pelo Ministério da Cultura, o referido diploma ainda mantém o monopólio do ECAD como sendo o único órgão competente para a arrecadação e distribuição dos direitos autorais aplicáveis a música no Brasil.

Mas o mais poderoso argumento em favor da legislação antitruste raramente é apresentado: a legislação antitruste reduz o poder político das empresas. A maioria dos economistas (incluindo Greenspan) concorda com a afirmação segundo a qual o pior e mais duradouro monopólio é aquele sancionado pelo poder estatal. Mas a capacidade de obter essa chancela do governo é diretamente proporcional ao tamanho de uma empresa (ou cartel) – quanto maior a empresa, mais fácil se torna arcar com custo fixo da atividade lobista, e maior será o retorno. Da mesma maneira, quanto maior a firma, maior sua probabilidade de usar o poder do Estado em benefício próprio. (ZINGALES, 2015, p.33)

A manutenção do escritório central para a arrecadação e distribuição de direitos autorais apenas se justifica se forem aprovados requisitos mínimos de transparência e controle público a respeito das atividades desempenhadas pelo mesmo.

Sem a aprovação de regras estabelecendo maior transparência e responsabilidade pública para o ECAD, deve-se abrir a arrecadação de direitos autorais à livre concorrência, nos termos dos princípios que regem a Ordem Econômica da Constituição Federal.

Destarte, uma vez que, sob os preceitos da regulação, o serviço público passa a ser prestado diretamente pelo particular, é necessário que as regras de regulação permaneçam inalteradas, sob pena de se estabelecer situação em que a assimetria de informação ocasionada pela alteração desmotivada da norma reguladora ocasione o surgimento de uma externalidade negativa. (COUTO e CASTILHO, CITAR, p.08)

Nessa hipótese, um regime de concorrência levaria as entidades arrecadadoras a competir por eficiência e transparência, visando buscar sua legitimação perante os autores e o público em geral, algo que não acontece hoje, já que artistas e público pagante pelo uso das obras não têm alternativas quanto ao desempenho destas atividades, que são prestadas em regime de monopólio. (CPI DO ECAD, 2012)

Para tanto, o Direito Concorrencial se mostra fundamental na busca dessa regulação de mercado.

Assim, pode-se dizer que com o Direito Concorrencial os Estados buscam dois tipos de objetivos (ainda que estes objetivos possam se desdobrar em outros): de um lado regular a concorrência interna, dentro de sua jurisdição, de forma que o mercado não gere monopólios e não se feche para a entrada de novas empresas; de outro lado, paradoxalmente, incentivar as concentrações empresariais e os monopólios, de forma a favorecer a concorrência em escala mundial relativamente aos grandes grupos



empresarias incentivados pelos Estados ou comunidades nos quais concentram suas riquezas. (RIBEIRO e STARKE, 2014, pág. 227)

A fiscalização pelo Ministério da Cultura de que trata art. 2º do Decreto nº 8.469/15³, (que regulamenta as novas regras previstas na Lei nº 12.853/2013), além de trechos da antiga LDA 9.610/98, também não se mostra eficiente.

A situação do Ministério da Cultura é incerta, tanto é que foi extinto brevemente pelo presidente interino Michel Temer por meio da medida provisória nº 726 em 12 de maio de 2016, entretanto em 23 de maio de 2016, o governo restabeleceu novamente o Ministério pela medida provisória nº 728.

A CPI do ECAD de 2011 que criou o projeto de lei (PLS 129/12), previu um sistema de gestão coletiva de direitos autorais, através da criação de duas entidades: o Conselho Nacional de Direitos Autorais (CNDA, que havia sido desativado em 1990) e a Secretaria Nacional de Direitos Autorais (SNDA). Ambas seriam geridas pelo Ministério da Justiça, com competência para regulamentar, mediar conflitos e fiscalizar a Gestão Coletiva de Direitos Autorais, entretanto essas medidas não foram adotadas pela nova legislação.

Como já explanado anteriormente, a finalidade da regulação é garantir uma maior estabilidade desse sistema tornando o sustentável, porém, mesmo com o advento da nova LDA nº 12.853/2013 ainda encontra-se defasado, permitindo através do ECAD a existência de práticas fraudulentas e abusivas que levam o setor à prática de monopólio.

Por que o governo deve regular setores da economia? Por que o governo deve criar restrições aos atores econômicos e intervir diretamente no resultado da economia? E qual o limite da regulação? Estas são as perguntas fundamentais em toda teoria da regulação. A primeira abordagem para responder a estas perguntas partiu dos conceitos essenciais do livre mercado. Deste ponto de vista, os agentes de mercado, empresas e consumidores, devem ter o poder de tomar suas próprias decisões. Neste sentido, a regulação seria uma limitação imposta pelo Estado. (MENEZES, 2005, p.93)

Apesar do pressuposto de que o mercado seja capaz de encontrar um equilíbrio entre os consumidores e as empresas, este muitas vezes não se concretiza ou não é permanente. Assim, as imperfeições e as distorções de mercado justificariam a intervenção estatal.

³ Art. 2º. O exercício da atividade de cobrança de direitos autorais a que se refere o art. 98 da Lei nº 9.610, de 1998, somente será lícito para as associações que obtiverem habilitação no Ministério da Cultura, nos termos do art. 98-A da referida Lei, observadas as disposições deste Decreto.

A Teoria da Captura ou Escola de Chicago inaugurada por George Stigler e Claire Friedland (1962), assim como a Teoria da Escolha Pública, questionou essa visão benigna da regulação defendida até o início dos 60. Stigler (1971), Peltzman (1989) e Becker (1983), entre outros, procuraram analisar a distância entre os objetivos da regulação – superar falhas de mercado, promover os interesses comuns dos consumidores e dos investidores – e os resultados empíricos da atuação dos entes regulatórios. A Teoria da Captura mostra que a intervenção governamental atende preferencialmente as demandas das empresas reguladas. Seja em um modelo institucional de agência independente, seja em um desenho onde um ente regulatório é subordinado ao Executivo ou ao Legislativo. Para que o ente regulatório seja capturado, não é necessário que existam práticas de suborno ou doações ilegais para campanhas políticas, a própria assimetria de informação entre o ente regulador e os políticos que lhes delegam autonomia, entre o ente regulador e os consumidores e entre as empresas e o ente regulador possibilita que a regulação seja pró-indústria. Além disso, a diferença na capacidade organizacional entre as empresas reguladas e os consumidores favorece a indústria. (MENEZES, 2005, p.93-94)

A credibilidade regulatória depende de um desenho institucional onde as agências regulatórias sejam independentes da política de governo, sem intervenções de curto prazo. Desta forma, elas devem ter a finalidade de promover políticas de Estado, com mecanismos flexíveis que possam acompanhar as inovações tecnológicas dos setores regulados.

A mudança econômica é um processo ubíquo, incremental e contínuo que é resultado das escolhas que os atores individuais e os empresários das organizações fazem todo dia. Embora a grande maioria dessas decisões seja rotineira, algumas envolvem alterar “contratos” existentes entre indivíduos e organizações, às vezes, essa repactuação pode ser realizada dentro da estrutura existente de direitos de propriedade e regras políticas, mas, às vezes, formas novas de contratação exigem uma alteração nas regras. Da mesma forma, as normas de comportamento que guiam as trocas serão gradualmente modificadas ou enfraquecidas. Em ambos os casos, as instituições estão sendo alteradas. As modificações ocorrem porque os indivíduos percebem que poderiam sair-se melhor reestruturando as trocas (políticas ou econômicas). A fonte das percepções alteradas pode ser exógena à economia — por exemplo, uma alteração do preço ou qualidade de um produto competitivo em outra economia, que altera as percepções dos empresários na economia em questão sobre oportunidades de lucro. Mas a fonte de mudanças de longo prazo mais fundamental é o aprendizado dos indivíduos e dos empresários das organizações. (NORTH, 2010, p.19)

Este arranjo institucional deve ser combinado com a garantia do bem-estar dos titulares de direitos autorais, através de mecanismos que permitam a participação dos mesmos nas decisões do órgão arrecadador.



4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo modelo atualmente implantado no Brasil, a arrecadação e distribuição relativa à execução de obras musicais, literomusicais e fonogramas é feita por uma única instituição, o ECAD, sem que exista qualquer contrapartida, como a supervisão estatal ou transparência, ao contrário do que ocorre em outros setores da economia que possuem limitações à concorrência ou administram recursos de terceiros. Vários fatos, conforme explanados neste estudo, apontam que essa situação está longe de ser ideal.

Os direitos de propriedade são eficientes quando maximizam a riqueza de uma nação. As políticas moldam significativamente o desempenho econômico porque elas definem e aplicam as regras da economia. Portanto, uma parte essencial da política de desenvolvimento é a criação de organizações políticas que criem e façam valer os direitos de propriedade eficientes. Não está claro, até o momento, que a nova LDA nº 12.853/2013 venha a suprir, com a eficiência econômica almejada, as lacunas do sistema de direito autoral brasileiro.

É necessário repensar este setor empresarial frente ao conceito de desenvolvimento econômico, sobretudo, com a concretização de uma estratégia nacional de desenvolvimento, onde diversos fatores e instituições a eles relacionadas estejam agindo de forma cooperada, o que não acontece neste momento.

Evidencia-se um clara falha neste mercado, essa imperfeição se demonstra pelos desvios das condições de mercado competitivo através da instituição do ECAD. A dimensão de direitos autorais deve ser tratada como estratégica para a política cultural, com a proteção dos direitos dos criadores e intérpretes brasileiros como uma dimensão econômica significativa, com estrutura administrativa que disponha de recursos orçamentários, estrutura física e pessoal qualificado para exercer a regulação, mediação e fiscalização com a máxima eficiência econômica das entidades de gestão coletiva de direitos autorais.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Ismália. **Falta de transparência na arrecadação fere a Constituição Federal**. Portal do Ministério da Cultura. 19 de Agosto de 2010. Disponível em: <http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/tag/conselho-nacional-de-direitos-autorais/>. Acesso em: 26 de Julho 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2010.

COUTO, C. S.; CASTILHO, M. **Regulação e eficiência administrativa no Brasil: um estudo a partir dos referenciais da Teoria da Análise Econômica do Direito**. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PINTO, Felipe Chiarello de Souza; CLARK, Giovani.. (Org.). *Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do Direito na contemporaneidade*. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014, v. 1, p. 303-318.

CPI DO ECAD. **Relatório final apresentado**. Abril 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951>. Acesso em: 04 de Agosto de 2016.

DIAS, Tatiana de Mello. **Ecad é condenado por formação de cartel**. O Estadão. 20 de março de 2013. Disponível em: <http://link.estadao.com.br/blogs/tatiana-dias/ecad-e-condenado-por-formacao-de-cartel/>. Acesso em: 31 de Julho de 2016.

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD. **Regulamento de Arrecadação Consolidado**. Dez 2012. Disponível em: <http://www.ecad.org.br>. Acesso em: 07 de Agosto de 2015.

JUNGMANN, Mariana. **Senado instala CPI do Ecad para investigar arrecadação de direitos autorais**. Agência Brasil. 28 de Junho de 2011. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-06-28/senado-instala-cpi-do-ecad-para-investigar-arrecadacao-de-direitos-autorais>. Acesso em: 31 de Julho 2016.

KALIL, Gilberto A. de Abreu; GONÇALVES, Oksandro Osdival. **Incentivos fiscais à inovação tecnológica como estímulo ao desenvolvimento econômico: o caso das start-ups**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v.17, n.113, out-2015/jan-2016, p.497-520.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.



MENEZES, Monique. **O modelo de regulação independente brasileiro**. In: Agências reguladoras. Instituto Tendências de Direito e Economia (Org.). São Paulo, 2005.

MORAES JUNIOR, Arlete Salette de; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Intervenção no domínio econômico: ajustes e desajustes no Brasil**. In: Gina Vidal Marcílio Pompeu, Felipe Chiarello de Souza Pinto, Giovani Clark. (Org.). DIREITO E ECONOMIA. 1ed. Florianópolis: CONPEDI: CONPEDI, 2013, v. I, p. 07-25.

NIED, Paulo Sergio. **O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade**. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 4297-4314.

NORTH, Douglass C. **Desempenho econômico através do tempo**. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set/dez 2010.

PORTO, Antônio José Maristrello; GRAÇA, Guilherme Mello. **Análise econômica do direito (AED)**. Fundação Getúlio Vargas: Direito Rio, 2013.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise de Impacto Regulatório**. Casa Civil da Presidência da República. 1. ed. Brasília, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Fernando Quadros da. **Controle judicial das agências reguladoras: aspectos doutrinários e jurisprudenciais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

STARKE, F. ; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Eficiência e concentração empresarial: o caso do setor de bebidas frias**. In: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuszka,



Maria Stela Campos da Silva. (Org.). DIREITO E ECONOMIA. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. I, p. 225-251.

ZINGALES, L. **Um capitalismo para o povo**. São Paulo: BEI, 2015.