

La gestión colectiva
ante el desafío digital
en **AMÉRICA LATINA
Y EL CARIBE**



Carolina Botero Cabrera
Luisa Fernanda Guzmán Mejía
Karen Isabel Cabrera Peña

La gestión colectiva
ante el desafío digital
en **AMÉRICA LATINA
Y EL CARIBE**

**Carolina Botero Cabrera
Luisa Fernanda Guzmán Mejía
Karen Isabel Cabrera Peña**

© Carolina Botero Cabrera, 2015
© Luisa Fernanda Guzmán Mejía, 2015
© Karen Isabel Cabrera Peña, 2015

Diseño de carátula:
Julian García

Diagramación:
Rubén Urriago
Angélica Hernández

ISBN: 978-958-99378-3-9

© Fundación Karisma
Calle 57 # 10 - 24 oficina 402.
Bogotá, Colombia.
(57+1) 2353872
www.karisma.org.co
contacto@karisma.org.co



“La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe” por Carolina Botero, Luisa Guzmán y Karen Cabrera, está disponible bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento 4.0 Internacional License.

Usted puede copiar, distribuir, exhibir, y ejecutar la obra; hacer obras derivadas; y hacer uso comercial de la obra. Debe darle crédito al autor original de la obra.

Para ver una copia de esta licencia, visite:
<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Financiado por International Development Research Centre
PO Box 8500 - Ottawa, ON K1G 3H9 - Canadá
www.idrc.ca / info@idrc.ca

Coordinación General:

Carolina Botero

Coordinación Editorial:

María Juliana Soto

Autor Introducción:

Sylvie Durán

PARTE I.

INFORME DE INVESTIGACIÓN

Autoras:

Carolina Botero Cabrera

Luisa Fernanda Guzmán Mejía

Karen Isabel Cabrera Peña

Equipos de investigación

Colombia:

Pilar Sáenz

Luisa Fernanda Guzmán Mejía

Andrés Forero

María Fernanda Cepeda

Oscar Daniel Gómez

María Juliana Soto

Chile:

Claudio Ruiz

Bárbara Soto

Pablo Cárcamo

Apoyos adicionales:

Hopeton Dunn

Allison Brown

Pedro Augusto

León Sánchez

Jorge Rigenbach

Iván Reidel

Julio Gaitán

PARTE II.

ARTÍCULOS DE ANÁLISIS

Autores:

Beatriz Busaniche

Mariana Valente

Alberto Cerda

Bárbara Soto

Andrés Espinoza

Juan Camilo Cárdenas

Pablo Francisco Arrieta

Oscar Montezuma Panéz

Gestão coletiva e transparência em sociedades complexas: Brasil

*Mariana Giorgetti Valente (Brasil)**

Fundación Getulio Vargas

Resumo. As investigações de 2012 do Senado sobre o sistema de gestão coletiva no Brasil, o processo administrativo em sede de defesa de concorrência que resultou em condenação do ECAD, as entrevistas realizadas com compositores, intérpretes e advogados, a percepção geral de usuários de música, todos apontam para a questão que se repete pelos países da América Latina: falta de transparência no sistema de gestão coletiva dos direitos autorais. O sujeito dessa transparência é ora o associado, ora o usuário, ora o público em geral. Este ensaio busca mapear as demandas por transparência do sistema, e investiga as suas diversas fundamentações, tanto mais complexas por ser a gestão coletiva uma atividade que foge a classificações fáceis. O conceito é central para a disputa atual, no Supremo Tribunal Federal brasileiro, pela constitucionalidade ou não da Lei n. 12.853/2013, que regulamenta o sistema de gestão coletiva, e as discussões sobre sua aplicação têm se enriquecido nesse processo.

Palavras-chave: gestão coletiva; direito de autor; música; transparência.

Nota de atualização em 12 de maio de 2016

Depois que este artigo foi escrito, alguns acontecimentos alteraram consideravelmente o cenário que descrevi.

O Estatuto do ECAD foi atualizado e republicado em seu site, cumprindo exigências da Lei n. 12.853/2013, que reformou a gestão coletiva no Brasil. A Lei foi regulamentada em junho de 2015,

* Mariana Giorgetti Valente é pesquisadora do Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas (CTS/FGV), Brasil, e professora da disciplina Direitos Intelectuais na mesma instituição.

pelo Decreto n. 8.469, que estabeleceu detalhadamente o processo de habilitação das associações de gestão coletiva de direitos autorais. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade de que eu trato no texto – ADIs 5062 e 5065 – começaram a ser julgadas pelo Supremo Tribunal Federal em 28 de abril de 2016. Na ocasião, dos onze ministros do STF, seis (incluindo o relator das ações) proferiram voto pela constitucionalidade da lei, até que o ministro Marco Aurélio pediu vista do processo, interrompendo-o. Os autos já foram devolvidos para julgamento, mas não foi marcada ainda nova sessão. Os votos já proferidos pelos ministros podem ser modificados até o novo julgamento, mas temos certamente fortes indícios de que a lei 12.853/2013 será considerada constitucional, à revelia do ECAD e das associações que o compõem.

As controvérsias sobre a possibilidade de cobrança por parte do ECAD em plataformas digitais somente se aprofundaram, sendo hoje objeto de ação por ser julgada no Superior Tribunal de Justiça e de Instrução Normativa recém publicada pelo Ministério da Cultura (IN n.2/2016).

Ainda não é possível avaliar as mudanças efetivas em transparência no sistema de gestão coletiva, mas certamente passos importantes foram dados.

No dia 12 de maio de 2016, o Ministério da Cultura foi extinto, um dia após afastamento da presidenta eleita Dilma Rousseff de seu cargo por abertura de processo de impeachment no Senado Federal. A permanência das discussões que travei aqui está agora, infelizmente, no campo do imprevisível.

Se tivéssemos de eleger o problema central envolvendo sociedades de gestão coletiva na América Latina, dificilmente chegaríamos a outro resultado que não o da transparência. No Brasil, uma série de comissões parlamentares de inquérito indicaram a graves ocorrências de opacidade na gestão dos direitos de execução pública musical, seja em relação aos autores e detentores de direitos conexos representados, seja em relação aos usuários e às pessoas em geral, que são, afinal, os usuários em potencial. Existe uma percepção difusa de opacidade do sistema; uma re-

forma legislativa aprovada em agosto de 2013 buscou enfrentar o problema, e sua constitucionalidade está sendo questionada no Supremo Tribunal Federal no momento desta publicação.

Neste ensaio, tratarei das demandas atuais por transparência no sistema de gestão coletiva no Brasil, por meio da análise dos documentos que registram processos de investigação e de questionamento da atuação das associações, bem como de resultados das pesquisas empíricas que estão sendo desenvolvidas no âmbito do projeto Open Business Models III. Pelo caráter da publicação a que se destina, as informações são direcionadas ao público internacional, no sentido de serem explicativas de um processo nacional; no entanto, um leitor mais familiarizado com o sistema brasileiro de gestão coletiva e com as políticas direcionadas à sua reforma pode interessar-se pela abordagem específica. Procurarei, também, dar forma mais precisa ao conceito de transparência, situando-o num debate mais amplo, que não se esgota em discussões sobre gestão coletiva ou sobre direitos autorais, mas está intrinsecamente ligado ao funcionamento das sociedades contemporâneas. Assim, espero, as polêmicas muitas vezes excessivamente particularistas podem ser avaliadas de uma perspectiva menos viciada.

1. Gestão coletiva e opacidade no Brasil

Modelo institucional

O sistema atual de gestão coletiva de direitos autorais e conexos sobre execução pública musical foi fundado em 1973, com uma Lei de Direitos Autorais que criava o ECAD, Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, para funcionar como a única organização autorizada a arrecadar e distribuir recursos advindos de execução pública no Brasil. O modelo buscava dar fim à complexidade que envolvia a existência de diversas associações gerindo repertórios próprios: as associações continuariam a existir, mas, para poder continuar exercendo as atividades de arrecadação e distribuição, elas teriam de fazer parte do ECAD. O ECAD nas-

ceu, assim, como uma associação de associações, que foi efetivamente implementada em 1976. A mesma lei previa a existência de Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), vinculado ao Ministério da Cultura, com uma série de funções, dentre as quais o estabelecimento de normas para a gestão coletiva, sua supervisão, fiscalização e a intervenção, quando no interesse dos associados.

Em 1990, o então presidente Fernando Collor dissolveu o Ministério da Cultura, e com ele o Conselho Nacional de Direito Autoral. O ECAD, organização privada, continuou a existir e a realizar suas atividades em regime de monopólio legal, porém sem supervisão pública. Uma nova Lei de Direitos Autorais foi aprovada em 1998 (Lei n. 9.610), mantendo a previsão do ECAD, porém sem recriar o CNDA. Para muitos, essa sucessão histórica é a fonte dos diversos problemas relativos à transparência e eficiência do sistema.

Para fazer parte do ECAD, de acordo com seu estatuto atual,¹ as associações têm de administrar uma porcentagem mínima de ativos intelectuais em relação à média das associações que já fazem parte, e ser aceitas pela Assembleia Geral, dentre outros requisitos. Atualmente, são nove as associações que fazem parte do ECAD, sendo sete efetivas e duas administradas, sem direito a voto na Assembleia Geral. Elas se diferenciam por representar diferentes titulares de direitos de autor e conexos; são representantes das associações que votam nas Assembleias, aprovando e modificando os regulamentos de arrecadação e distribuição, e sempre em número de votos de acordo com o quantitativo de direitos autorais distribuídos no ano civil imediatamente anterior.

Apesar de o ECAD já ter sido sujeito a diversas outras investigações², exporei quais são os apontamentos relativos a trans-

¹ Estatuto em depósito com a autora - o ECAD não está, em 27 de janeiro de 2013, disponibilizando seu estatuto em sua página na Internet, por razões que desconheço. Uma versão não oficial pode ser encontrada neste link: <http://www.amar.art.br/estatutoecad.pdf>.

² Foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados (1995/96), e três nas Assembleias Legislativas do Mato Grosso do Sul (2005), de São Paulo (2009) e do Rio de Janeiro (2011). Nessas investigações, foram apontados crimes

parência feitos na Comissão Parlamentar de Inquérito no Senado em 2012 e na decisão do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em 2013, que trazem as denúncias mais atualizadas e que foram levadas em consideração na reforma legislativa no mesmo ano de 2013. Passarei também por argumentos levantados em campo.

A CPI do ECAD

Em 2011, foi instaurada no Senado Federal brasileiro uma CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito, com o fim de investigar

“irregularidades praticadas pelo ECAD na arrecadação e distribuição de recursos oriundos do direito autoral, abuso da ordem econômica e prática de cartel no arbitramento de valores de direito autoral e conexos, o modelo de gestão coletiva centralizada de direitos autorais de execução pública no Brasil e a necessidade de aprimoramento da Lei 9.610/98 [Lei de Direitos Autorais]” (Relatório da CPI, 2012:5).

Dentre as irregularidades apontadas no relatório final, várias estiveram relacionadas à falta de transparência seja quanto ao usuário de música, seja quanto ao titular de direito de autor e conexo. Debruçando-se especificamente sobre a *arrecadação* por execução pública musical, a CPI identificou que (i) aos usuários de música não é oferecida informação plena sobre os parâmetros de cálculo. Além disso (ii), os critérios para arrecadação são decididos nas Assembleias Gerais do ECAD, mas as atas que divulgam esses critérios são publicadas meses após surtirem efeito. De forma mais geral, (iii) não há clareza quanto aos critérios, já que os usuários são submetidos a mais de um critério de interpretação ou de incidência das normas de arrecadação, e a aplicação de uma ou outra é discricionária³. Por fim (iv), o ECAD pratica

de falsidade ideológica, sonegação fiscal, apropriação indébita, enriquecimento ilícito, formação de quadrilha, formação de cartel e abuso de poder econômico, mas isso não levou a maiores consequências.

³ Uma experiência pessoal com um agente do ECAD confirma essa conclusão. Tratava-se de cobrança mensal relativa a execução fonomecânica na modalidade sonorização ambiente. Embora existissem critérios de valor para essa modalidade, eles podiam ser aplicados tanto em função da área sonorizada quanto do público que frequentava o local e valor dos ingressos; não havia clareza se as gratuidades entrariam no cálculo ou não.

o sigilo quanto a contratos entre ele e seus usuários regulares. Para o relatório da CPI, esse sigilo seria justificado, no discurso e na prática do ECAD, por uma postura que prioriza a relação da instituição com os titulares de direito, ignorando outras relações importantes e para as quais a transparência seria essencial (Relatório da CPI, 2012:82):

i) transparência na relação entre usuários e titulares, já que aos titulares deveria ser garantido que o aproveitamento econômico de suas obras não fosse dificultado por preços inadequados ou por falta de informação – problemas nessa relação têm levado a números muito elevados de judicialização, que costumam ser utilizados pelo ECAD como um dado positivo, como se provassem que a instituição está defendendo os interesses dos associados.

ii) transparência na relação entre usuários e a população, na medida que são os usuários que dão efetivo acesso às expressões da cultura, e dependem da população para sobrevivência econômica.

iii) transparência na relação entre o titular de direitos e a população, que deveria ser guiada por processos naturais de legitimação artística. A CPI refere-se, aqui, à prática do *jabá* ou *payola*, favorecida, no Brasil, pela dominação exercida sobre o ECAD por grupos econômicos.

Ainda quanto à arrecadação, a CPI apurou que o ECAD é um órgão privado que cobra multas, mas não declara a destinação dos recursos dessas multas. Até a extinção do Conselho Nacional de Direito Autoral, elas eram direcionadas a um fundo – o Fundo do Direito Autoral. Atualmente, o ECAD justifica que não publica a destinação das multas por não ser obrigado a tal, já que um órgão privado.

Também na análise dos critérios de distribuição, a CPI encontrou problemas de transparência. O regulamento de distribuição do ECAD é extremamente vago e lacunoso. Como descreve o relatório detalhadamente, há diversas disposições do regulamento que remetem a outros regulamentos para informações completas, ou determinam que contratos e convênios com usuários passam a fazer parte das regras de distribuição, mas nem um nem outro estão disponíveis. Os contratos e convênios, em muitos casos, são

A incerteza que a negociação provoca leva a um alto grau de rejeição quanto ao ECAD, sensação que é bastante evidente nos círculos de produção cultural em geral.

guardados sob sigilo. Além disso, são estabelecidas regras excepcionais que permitem “acordos especiais”, não especificados (Relatório da CPI, 2012:100-103).

Como corolário dessas conclusões, a CPI investigou um episódio ocorrido em 2010, em que o ECAD trocou a empresa BDO Trevisan, contratada para fazer auditoria de balanço, por outra, Martinelli, alegando que a primeira estava solicitando documentos que não seriam necessários para os fins da auditoria, ou cujo acesso não poderia ser franqueado a não ser mediante autorização da Assembleia Geral. Os documentos sigilosos em questão seriam a relação e dados cadastrais dos clientes por segmento de rádio, televisão e empresas e geral, fluxograma do setor de distribuição, entre outros (Relatório da CPI, 2012:216).

Processo Administrativo no CADE

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) é uma autarquia do Ministério da Justiça que tutela a prevenção e a repressão do abuso de poder econômico. Em 2010, a ABTA (Associação Brasileira de Televisão por Assinatura) instaurou processo administrativo (08012.003745/2010-83) perante o órgão, reclamando que o ECAD e as então seis associações efetivas, ou seja, que tinham direito a voto no sistema ECAD, estariam praticando cartel, por estabelecerem *valores unificados* de arrecadação, em vez de estabelecerem os preços cada qual por si. A ABTA alegava, além disso, que os preços praticados eram abusivos, que não havia margem de negociação, e que o ECAD impunha barreiras de entrada a novas associações no sistema de gestão coletiva.

Do longo processo, resultou a determinação de que, mesmo sendo as associações entidades sem fins lucrativos, e gerirem direitos constitucionais, elas deveriam resguardar a concorrência e poderiam ser condenadas por condutas anticoncorrenciais. Assim foi: o ECAD e as associações foram condenadas a multas elevadas por infração à ordem econômica, nas modalidades cartel e abuso de poder dominante. Embora a interessante discussão tenha se dado predominantemente no âmbito do direito concorrencial, os conselheiros, inclusive os que apresentaram votos divergentes

em relação aos que prevaleceram, indicaram como sugestão para evitar os problemas de gestão levantados no processo uma tutela estatal sobre as atividades do ECAD, “com vistas a: (i) fiscalizar a sua atuação, como forma de garantir a proteção dos direitos autorais e (ii) aumentar a eficiência do funcionamento deste setor como um todo, em benefício dos titulares de direito autoral e seus usuários” (Voto: Conselheiro Relator Elvino de Carvalho Mendonça, 2013:119).

Alguns relatos de entrevista⁴

Advogados que representam titulares de direitos também se queixam da falta de transparência no sistema. Uma das principais questões diz respeito a um descompasso entre a eficiência arrecadadora e a de distribuição, já que a primeira está claramente explicada no regulamento de arrecadação, no site do ECAD, mas as regras da última não são claras; tampouco aos associados o regulamento é fornecido (QUEIROZ, 2008:1). Decisões esdrúxulas tomadas nas Assembleias seriam parcialmente decorrentes da proibição da presença de associados nelas, em que participam somente os representantes de associações. Um outro advogado da área, no Rio de Janeiro, indicou conseguir obter determinadas informações somente em função do desenvolvimento de relações pessoais com funcionários de associações⁵.

O estado de desinformação é ainda mais claro em cenas musicais consideradas periféricas, no sentido de subintegradas à indústria fonográfica tradicional⁶. Nas entrevistas que conduzimos

⁴ Aqui, adianto alguns resultados da pesquisa mais ampla sobre gestão coletiva que estamos realizando, como componente do Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas, no âmbito do projeto Open Business Models III, com foco no caso brasileiro e em estudo de caso do funk carioca. Resultados mais aprofundados serão apresentados no relatório final desta pesquisa. Agradeço, desde já, a Elizete Ignácio dos Santos, Lídia Canellas e Pedro Augusto Francisco pelo trabalho em desenvolvimento e realização das entrevistas.

⁵ Entrevista, advogado de direitos autorais, 2013.

⁶ Utilizo a expressão periférica na ausência de uma expressão mais adequada. O termo evoca concepções diferentes e leva a uma padronização inadequada de situações distintas. No projeto Open Business Models III, estamos buscando estabelecer os problemas do conceito.

com agentes do funk carioca⁷ – produtores, DJs, MCs, representantes de equipes de som, jornalistas e pesquisadores, uma das principais conclusões foi que a gestão coletiva não faz parte da forma como os autores e titulares de direitos conexos são remunerados⁸.

Os poucos titulares de direitos que estão cadastrados no sistema ECAD alegam não receber muitos recursos e não contar com os direitos de execução pública para sua renda. Uma das razões para isso é que o ECAD não arrecada dos bailes de comunidade, e para isso há muitas razões históricas e sociais que fogem ao objetivo deste relatório, e dificilmente poderiam ser imputadas ao próprio ECAD. Outra das razões, e que nos interessa mais aqui, é que declaram não ter parâmetros para medir se o que recebem é justo; as falas em geral revelam um sentimento de desconfiança em relação às associações, que não leva a qualquer conclusão pela malversação de recursos, mas evidencia que nunca está claro, para eles, o que exatamente lhes seria devido. Entrevistas demonstram que eles compreendem que deveriam receber o equivalente ao que pagam quando executam um show com músicas próprias, e não têm informações sobre porque não recebem o valor integral

⁷ Uma das expressões artísticas mais significativas do Rio de Janeiro, o funk carioca surgiu no início da década de 1980 nos subúrbios do Rio de Janeiro e municípios próximos, influenciado pelos ritmos do funk norte-americano e gêneros brasileiros como o samba. Popularizou-se na década de 80, mas estruturou-se na década de 90, quando foi proibido nos clubes da cidade, e passou a ser tocado nos bailes das comunidades. Apesar de ter influenciado o funk de outras regiões do país, o ritmo, o teor das letras e o modo como se estrutura são bastante particulares, e, mesmo no estado do Rio de Janeiro, subdivide-se em estilos. O funk carioca é tanto um evento, o baile, quanto um gênero musical. De forma geral, é compreendido como um gênero kitsch, como não cultura, associado à pobreza harmônica e poética, apesar da riqueza rítmica.

⁸ Há diversos fatores que afastam o funk do sistema de gestão coletiva. Alguns deles não dizem respeito necessariamente a uma falta de transparência do sistema de gestão coletiva, embora se possa certamente afirmar que tampouco existe um esforço de esclarecimento e inclusão por parte das associações. Estão ligados à própria cena musical: em parte a efemeridade de grande parte dos artistas, que, relatam as entrevistas, têm em geral carreiras curtas, associadas a um ou poucos sucessos. De outra parte, uma desinformação sobre a gestão de direitos, seja quando os atores não diferenciam entre, por exemplo, direito de sincronização de direito de execução pública, seja quando DJs, que atuam no arranjo das músicas, demonstram desconhecer da titularidade de direitos conexos. Também uma estrutura centralizada em apenas duas equipes de som, que fazem as vezes de editoras, embora o cenário esteja se transformando.

pago⁹. Um entrevistado que edita as próprias músicas explicitou que, nos relatórios que recebe de comprovação dos pagamentos, a rubrica geral *show* indica o montante a ser recebido, mas não discrimina por show em que sua composição foi tocada. Isso faz com que ele não consiga ter controle ou compreensão do quanto lhe é devido, e é um fator de desconfiança¹⁰.

De forma semelhante, uma MC relatou que faz controle próprio de em que rádios suas músicas estão tocando, e não consegue saber se a associação faz o mesmo controle¹¹. Outro entrevistado mostrou incompreensão de quando deve receber como intérprete e quando como compositor, e alegou ter buscado auxílio em sua associação e não ter recebido informações satisfatórias¹². E ainda uma outra entrevista revelou que o estado de desinformação faz com que titulares de direitos mudem de associação buscando receber mais, com base em informações genéricas de que colegas de outras associações estariam recebendo propriamente¹³. Alguns outros relataram problemas em tirar dúvidas e obter informações em suas associações. Dois entrevistados declararam também que são associados a entidades de gestão coletiva estrangeiras, e que

⁹ “Justamente por ser uma coisa difícil de ser compreendida, sabe! É difícil você entender como é que o ECAD poderia te representar. É difícil responder essa pergunta. Como que o ECAD poderia me representar, né? Eu acho que, assim como as leis que regem o direito autoral no Brasil, né? (Entrevista com MC, 14 músicas editadas e cadastradas na ABRAMUS).

¹⁰ Ele alega que suas composições já foram tocadas até por Ivete Sangalo, intérprete de renome no Brasil, e que não lhe parece que tenha sido remunerado proporcionalmente (entrevista com DJ, produtor musical, proprietário de estúdio e site, filiado à ABRAMUS).

¹¹ Entrevista com MC, 3 músicas editadas e cadastradas na SOCINPRO.

¹² Entrevista com MC, 21 músicas editadas e cadastradas na UBC. Um outro problema indicado, e que tem pouca relação com o debate sobre transparência, é o fato de os shows serem baseados em improvisação, mas o setlist de músicas ter de ser enviado sempre antes e não corresponder ao que foi efetivamente tocado. Às vezes, as listas são enviadas com músicas que não serão tocadas, para “fortalecer os amigos” (entrevista com DJ e produtor musical, 52 músicas editadas e cadastradas na ABRAMUS).

¹³ Entrevista com DJ e produtor musical, 52 músicas editadas e cadastradas na ABRAMUS.

essa condição faz com que percebam que não recebem informações suficientes ou claras das associações brasileiras¹⁴.

O problema não é só nosso: sociedades de gestão coletiva na América Latina

A pesquisa comparativa coordenada pela Fundación Karisma sobre sociedades de gestão coletiva na América Latina¹⁵ evidencia que o problema de opacidade encontrado na atividade de gestão coletiva brasileira não é uma questão meramente local. Dos resultados obtidos, sobressaíram quatro temas: governança, eficiência, transparência e ambiente digital.

As dificuldades relativas à falta de transparência colocaram-se, sustenta o relatório colombiano, também em relação aos esforços de pesquisa. Identificou-se, logo no início da coleta de dados, uma expressiva falta de informações sobre o tema – ou, melhor colocado, de informações relevantes. As sociedades da região, por vezes, divulgam dados em suas páginas na Internet, mas muitas vezes de caráter publicitário ou incompleto. O contato com as fontes foi dificultoso; no caso do Brasil, por exemplo, não se conseguiu entrevistar funcionários das sociedades de gestão coletiva, que alegam estar proibidos de dar entrevistas; foi possível entrevistar somente ex-funcionários.

Em alguns países, não foi possível aos pesquisadores conhecer com certeza o número de afiliados, para produzir informações comparativas. Muitas associações não oferecem dados tampouco sobre as obras que fazem parte de seu repertório; no Chile, no Brasil e na Colômbia, onde se produziram pesquisas aprofundadas, não se conseguiu obter informações completas. Dos países

¹⁴ Entrevista com MC, 14 músicas editadas e cadastradas na ABRAMUS, e com DJ e produtor musical, 52 músicas editadas e cadastradas na ABRAMUS.

¹⁵ “La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe” pesquisa desenvolvida no âmbito do projeto Open Business III, financiado pelo IDRC, e que reúne esforços de equipes da Colômbia, Jamaica e Brasil. A maior parte dos esforços colombianos esteve concentrada em agregar dados descritivos sobre a Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Jamaica, México, Peru e Uruguai, com uma fase qualitativa de aprofundamento no Brasil, Colômbia e Chile.

pesquisados, somente na Colômbia, no Chile, no Equador, no Peru e no Uruguai existe a obrigação estabelecida por lei de divulgação de informação por parte das sociedades. Mesmo nesses casos, a obrigação de transparência não chega longe: as sociedades têm obrigações de informar autoridades e associados, ou de responder a pedidos determinados. O Chile é o único país que fornece informações completas e acessíveis ao público em geral. E, de forma equivalente ao que ocorreu com a equipe brasileira de pesquisa, as entrevistas revelaram que a transparência é uma preocupação dos artistas, como foi o caso com Héctor Buitrago na Colômbia ou de Andrés Valdivia no Chile.

Remetemos ao relatório de pesquisa da Fundación Karisma para informações mais aprofundadas sobre o tema. Resta ressaltar que, durante a coleta de informações para a análise comparativa feita pela equipe brasileira, em março de 2013, tivemos dificuldades em obter algumas informações básicas. Das nove associações que fazem parte do sistema ECAD, três (SBACEM, SICAM, SADEMBRA) não disponibilizavam seus estatutos no website, de forma que não era possível saber detalhes sobre direitos e deveres dos associados, política interna de representação, etc. Tentamos contato com todas, solicitando envio do estatuto, a título de interesse em fazer parte delas, sem sucesso em nenhuma. Atualmente, a SBACEM disponibiliza seu estatuto, possivelmente em resposta às demandas surgidas no processo de regulação da gestão coletiva do Brasil em 2013. No caso de uma delas, a SADEMBRA, fizemos contato telefônico, e os atendentes não sabiam informar a respeito dos critérios de admissão.

Pilares da reforma

O processo de disputa em torno da gestão coletiva no Brasil elegera a transparência como um dos pilares fundantes de um sistema ideal. A partir de julho de 2013, uma articulação de artistas de renome da cena musical nacional, capitaneados pela equipe da Ministra da Cultura Marta Suplicy, pressionou pela aprovação de um projeto de lei que era parcialmente fruto das investigações

conduzidas no Senado. A Lei n. 12.853 foi aprovada em 14 de agosto de 2013, com o objetivo declarado de reformar o sistema de gestão coletiva no Brasil, determinando que a atividade de cobrança pela utilização de qualquer obra ou fonograma, por parte das associações de gestão coletiva, deve seguir os critérios da isonomia, eficiência e transparência. Na esteira dos diversos dispositivos que exigem transparência por parte das associações de gestão coletiva e do ECAD, a lei declara que a atividade de gestão coletiva é atividade de interesse público, e, como tal, deve atender à sua função social.

Como foi o caso em muitos países, a atividade de gestão coletiva surgiu no Brasil de forma espontânea, mediante a associação livre de titulares de direito pelo interesse comum de facilitar a arrecadação e distribuição dos direitos de execução pública de suas obras. Não há registro de ter havido discussões anteriores sobre o caráter privado dessa atividade, ou, em outras palavras, sobre serem os interesses envolvidos na gestão coletiva de direitos autorais nada mais que privados. Privados, no sentido de pertencentes ao domínio econômico e às relações de troca. A aprovação da lei pôs a discussão: teria a atividade de gestão coletiva de direitos autorais caráter público ou privado? Se privado, o Estado não teria legitimação para propor medidas de regulamentação e exigências específicas de transparência?

Os termos mobilizados pela discussão sobre uma intervenção indevida no domínio econômico com essas medidas, e que exploraremos mais adiante, são deliberadamente simplistas e não levam em conta as manifestações contemporâneas do conceito de transparência. Retomemos a ideia de transparência, do ponto de vista da teoria social e da ciência política contemporânea, na medida do necessário para entender de que transparência tratamos quando a discussão é gestão coletiva no Brasil.

2. Transparência como política

Transparência é um “valor amplamente compartilhado, porém amorfo” (FUNG, GRAHAM, WEIL, 2011:xi, tradução nossa), que merece concretização, sob risco de se tornar um conceito vazio. Sem empreender aqui a gênese do conceito, como ideia ou como prática, arriscamos dizer que transparência é vista como um valor intrínseco às democracias, essencial para seu funcionamento. A transparência, no sentido de publicidade dos atos do poder, é entendida como a chave da transformação de um Estado absoluto para um Estado de direito – nas palavras de Bobbio, a democracia é o governo do público em público (1986). Ocupa um lugar de destaque na construção conceitual da democracia deliberativa: o eixo de uma esfera pública é o conceito de publicidade, garantia fundamental da relação entre opinião pública e Estado, e da relação entre eleitores e representantes¹⁶. O declínio histórico da esfera pública burguesa estaria ligado à ascensão dos veículos de comunicação social, e, com eles, uma linguagem baseada na lógica de manipulação das relações, em vez de uma linguagem de lógica crítico-racional que seria responsável por promover a transparência do poder instituído. (HABERMAS, 1984:158)¹⁷.

¹⁶ A esfera pública, tal como desenvolvida conceitualmente por Jürgen Habermas, pode ser sintetizada como a rede na qual se comunicam conteúdos e se tomam posições e opiniões, onde os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, condensando-se em opinião pública. É um espaço que se reproduz por meio do agir comunicativo, e que se dá dentro do mundo da vida. Este é “um reservatório de interações simples; e os sistemas de ação e de saber especializados, que se formam no interior do mundo da vida, continuam vinculados a ele. Eles se ligam a funções gerais de reprodução do mundo da vida (como é o caso da religião, da escola e da família), ou a diferentes aspectos de validade do saber comunicado através da linguagem comum (como é o caso da ciência, da moral e da arte). Todavia, a esfera pública não se especializa em nenhuma destas direções; por isso, quando abrange questões politicamente relevantes, ela deixa ao cargo do sistema político a elaboração especializada.” (HABERMAS, 1984:92).

¹⁷ A transparência é um eixo essencial na transformação do pensamento do filósofo: se, em 1962, a própria burocracia estatal seria fonte de opacidade, no sentido de resistir ao princípio da publicidade e colonizar o mundo da vida, em 1992, em *Direito e Democracia*, ele passa a entender o Estado, quando regulado por um procedimento dotado de legitimidade racional-discursiva, como um produtor *potencial* de transparência, sendo ele o influenciado indiretamente pela esfera pública, produtora de transparência. Transparência, então, é poder comunicativo.

A própria autonomia, entendida, no contexto da democracia deliberativa, como a capacidade de deliberar em conjunto sobre a vida pública ou privada por meio de reflexão informada, exige a transparência na forma de prestação de contas: se a complexidade da vida exige que se delegue parte da autonomia para que outros decidam e julguem por si, a autonomia só se mantém na medida que os delegados sejam capazes de eficazmente prestar contas das decisões que tomam em nome de outros (GUTMANN, 1995:21). “A exigência de prestação de contas (*accountability*), e não a participação direta, é a chave da democracia deliberativa (...). Aqueles que agem em nosso nome devem nos prestar contas, e nós devemos sujeitá-los a isso” (GUTMANN, 1995:23)¹⁸. A sustentação da autonomia inclui o desenvolvimento de práticas políticas que encorajem e permitam que as pessoas deliberem sobre política, particularmente práticas de transparência.

Se a transparência tem papel central nos sistemas políticos democráticos desde seu surgimento, é bastante claro que manifestações mais concretas do conceito e mobilizações em torno dele surgiram nas últimas décadas, com o avanço e a popularização da Internet. Para além da polêmica discussão sobre a existência ou não da chamada esfera pública interconectada (BENKLER, 2006; GEIGER, 2009; POSTER, 1995), a Internet no mínimo transformou os hábitos dos cidadãos, no sentido de as pessoas terem se tornado habituadas a buscar informações online, trocar experiências e informações com outras pessoas em tempo real ou reduzido, e, para uma parte dos usuários, bem como das empresas, tratar

¹⁸ *Accountability*, palavra de difícil tradução para o português ou espanhol, pode assumir, na terminologia de Guillermo O'Donnell, a versão vertical, e que diz respeito ao controle do governante por meio das eleições, e a horizontal, ausente historicamente na tradição democrática, e é entendida como “a existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o *impeachment* contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas” (1998:s/p). Também Arato discute o conceito de *accountability* política como forma de garantir a relação entre representantes e representados, cumpridas determinadas condições, sem estabelecer a distinção entre as duas formas de *accountability* (2002:s/p).

e cruzar grandes blocos de informações¹⁹. Em outros casos, a Internet tem garantido a publicização de informações classificadas como secretas, como o Wikileaks. Nesse contexto, a não divulgação de dados que são percebidos como públicos torna-se tanto menos justificável.

O que essa discussão não contempla é a extensão do conceito de transparência em sua transformação em política pública, ou seja, como, a quem e a qual tipo de informação se aplica. Em princípio, a teoria social parece dar conta de apontar para a adequação de políticas que podem ser enquadradas como *right-to-know*, ou direito-de-saber. São medidas relacionadas à legitimidade do poder público, a exigir a abertura geral em todas as instâncias de governo, de forma a controlar a burocracia e os funcionários públicos. Historicamente, os Estados Unidos tiveram proeminência, em 1960, com a edição de uma série de leis de transparência pública (FUNG, GRAHAM, WEIL, 2011:155).

É também nesta chave de análise que devem ser compreendidas iniciativas como a Open Government Partnership, de 2011, uma plataforma internacional à qual aderem países que cumpram com um standard mínimo de abertura de dados governamentais. O Brasil iniciou seu processo de aderência à plataforma em setembro de 2011, e promulgou, em novembro daquele ano, a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), aplicáveis à União, aos Estados e aos Municípios. A lei prevê a divulgação de informações, bem como um procedimento para pedido de informações por qualquer cidadão, de qualquer órgão governamental, bem como de entidades privadas que recebam recursos públicos,

¹⁹ “A survey conducted by the Pew Internet and American Life project in June 2004 found that the 107 million Americans who used search engines conducted about 3.9 billion Internet searches a month, about half from home and half from work. Forty-four percent reported that they urgently needed the information they were seeking, and most people (87 percent) reported that they found the information they were looking for most of the time. Half of American adults searched for health information. Seventy-five million Americans sought political information on the Internet during the 2004 campaign. In surveys in 2004 and 2005 the Pew Project found that 60 million Americans had turned to the Internet for help with major life decisions, up from 45 million in 2002 surveys. People sought help with major investments, job changes, illnesses, and voting choices.” (FUNG, GRAHAM, WEIL, 2011:155).

guardadas algumas condições. Aprofundaremos nesse processo mais adiante²⁰.

Há, porém, políticas de transparência que não estão inscritas de forma tão óbvia nesse contexto. Sem substituir as políticas anteriores, coexistindo com elas e por vezes delas indistinguíveis, passaram a ser desenvolvidas, a partir do início dos anos 80, nos EUA, especialmente por preocupações com poluição e riscos no ambiente de trabalho (FUNG, GRAHAM, WEIL, 2011:29), políticas de transparência classificáveis como *targeted transparency*: são medidas específicas, direcionadas à exigência de divulgação de informação factual por parte de organizações privadas, com objetivos relacionados à redução de riscos ou perdas desnecessárias, melhoria da qualidade dos serviços públicos, ou mesmo combate à corrupção (FUNG, GRAHAM, WEIL, 2011:xiii). Um exemplo elucidativo do funcionamento de uma política de *targeted transparency* é o das SUVs: nos Estados Unidos, no fim dos anos 90, ficou provado que uma série de acidentes automobilísticos envolvendo SUVs, que eram compreendidas pelo público como carros mais seguros, eram causados por falhas e riscos que eram conhecidos pelos fabricantes, mas guardados em segredo dos consumidores. Na dificuldade de se determinar um padrão consensual de segurança mínima para os fabricantes, principalmente devido aos interesses concorrentes na questão, uma lei de 2000 passou a obrigar a divulgação de informações precisas e adequadamente organizadas de forma a serem compreensíveis ao usuário comum. Um complexo tratamento dos dados oferecia uma representação visual, de uma a cinco estrelas, relativa ao risco associado àquele automóvel – evoluiu-se depois para a exigência de que a informação deveria ser fixada no próprio automóvel. O resultado, após a medida, foi a verificação de um aumento, ano após ano, no nível de segurança das SUVs (ver exemplo detalhado em FUNG, GRAHAM, WEIL, 2011:1-4).

Exemplos mais corriqueiros envolvem a exigência específica de divulgação de informações nutricionais de alimentos, riscos

²⁰ Ver <http://www.acessoainformacao.gov.br/>.

associados a um determinado procedimento médico, e mesmo divulgação de balanços financeiros, com a finalidade principal de informar adequadamente os investidores e evitar fraudes. Podem ser pensadas também políticas de divulgação de estatísticas de prestação de determinados serviços, como empréstimos financeiros, de acordo com raça, gênero e renda, ou outros índices, como requisito para ajuda governamental. “*The ingeniousness of targeted transparency lies in its mobilization of individual choice, market forces, and participatory democracy through relatively light-handed government action*” (FUNG, GRAHAM, WEIL, 2011:5). A targeted transparency é mais caracterizável pelo escopo e objetivo específico, que por ser direcionada ao setor privado em vez do público; no entanto, o modelo é associado às políticas pioneiras de transparência no setor empresarial.

Políticas de *targeted transparency* obrigam a divulgação de informações que empresas, associações civis ou mesmo órgãos do governo possivelmente não divulgariam por iniciativa própria – a característica de não rivalidade da informação é apenas uma das razões pelas quais o mercado busca protegê-la. Por trás delas, a ideia de que, em uma sociedade complexa, mercados e processos deliberativos não dão conta de produzir aos cidadãos e consumidores as informações necessárias para determinadas escolhas que podem envolver riscos. Mas a necessidade ou conveniência de políticas mandatórias de transparência dirigidas ao setor privado é bastante controversa. Argumentos contrários são apontados ao menos desde Coase (1960), que insiste que transparência legislativa não seria necessária caso, numa questão ambiental, por exemplo, tanto o poluidor quanto o poluente tivessem as informações que precisassem. De outro lado, foram desenvolvidas desde então pesquisas indicando que, na prática, o mercado não fornece as informações necessárias para consumidores, investidores e funcionários poderem tomar decisões informadas (assimetrias), ou, quando fornecem informações, nem sempre elas são apresentadas de forma a serem devidamente processadas. (FUNG, GRAHAM, WEIL, p. 30). Isso constituiria uma possível legitimação para ação do Estado, mesmo num regime capitalista, por ser ele

o único capaz de, via legislação, obrigar entidades privadas de forma permanente e com o respaldo de processos democráticos.

Embora não seja necessário nos prolongarmos muito neste ponto, um terceiro modelo que estaria se tornando cada vez mais visível é o da chamada transparência colaborativa, no qual aqueles que em modelos anteriores eram usuários passam também a produzir informações; é a transparência que mais relação tem com a cultura da Internet que mencionei acima. A transparência colaborativa é construída em cima da primeira e da segunda gerações de transparência: na medida que informações sobre gestão governamental ou dados específicos de *targeted transparency* vão sendo publicadas na Internet ou mesmo em outros meios, mas especialmente em dados abertos, cidadãos e organizações podem produzir cruzamentos de dados que trazem novas perspectivas sobre as informações compartilhadas²¹. Do ponto de vista regulatório, o governo tem uma função de facilitador, mais que de interventor. Argumenta-se que deve assumir, também, uma maior responsabilidade em relação aos formatos da informação (SILVA, 2010:26).

No Brasil

No contexto brasileiro, o conceito de transparência tem sido colado à principal iniciativa nesse sentido – a Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei n. 12.527/11), que obriga os órgãos da administração direta e indireta, bem como entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos em alguns regimes, a garantir a divulgação de informação, compreendendo, no mínimo, questões organizacionais e financeiras (art. 8º, §1º). Além disso, a lei prevê um mecanismo para pedido de informações, e

²¹ No Brasil, um exemplo bastante elucidativo é o projeto “Quem São os Proprietários do Brasil?”, do Instituto Mais Democracia e a Cooperativa EITA, e que mede concentração de poder econômico por meio de um cruzamento da receita das empresas com o controle, a propriedade sobre ações ordinárias (com direito a voto) que uma determinada empresa possui em relação a outras empresas e, assim, sua capacidade de influenciar a economia brasileira. Todas essas informações são públicas, mas trazem esse resultado quando recombinações. Veja o ranking: <http://www.proprietariosdobrasil.org.br/>.

a possibilidade de recurso. A LAI entrou em vigor em 2012, e os resultados ainda têm sido tímidos ou pouco satisfatórios (ARTIGO19, 2013). Há inúmeras iniciativas pontuais, classificáveis como de *targeted transparency*, que estabelecem a obrigação de informações específicas por parte também de empresas privadas. Como interessante exemplo, uma lei do Estado de São Paulo, promulgada no fim de 2013 (Lei Estadual n. 15.248/13), as 10 empresas com mais reclamações em órgãos de defesa do consumidor no ano anterior deverão fornecer esta informação em suas páginas. A Lei das Sociedades Anônimas, de 1976, também obriga à divulgação de resultados financeiros de forma bastante detalhada.

A questão que se coloca é onde se localizam as demandas de transparência do ECAD entre esses dois casos. Aprofundemos: como expusemos, o ECAD é uma organização privada, uma “associação de associações”; a associação de detentores de direitos autorais e conexos é livre no país, mas, para que eles possam arrecadar e distribuir valores relativos a execução pública, a associação precisa passar a ser associada ao ECAD. De um lado, o ECAD não movimenta recursos públicos, por administrar exclusivamente valores relativos a direitos patrimoniais de autor. Como tal, uma abordagem clássica de transparência no sentido de *right-to-know* não se aplicaria estritamente a ele. Embora haja espaço para questionamento, da letra da Lei de Acesso à Informação não parece decorrer que o ECAD deva prestar informações naquele modelo, por não gerir recursos públicos. Disso tudo, não parece que a transparência que se demanda do ECAD deriva da noção democrática de *accountability*, por não se tratar o ECAD de uma instituição paga com tributos, ou eleita pelo povo.

De outro lado, a legitimidade de políticas de *targeted transparency* deriva da constatação de que a desinformação gera riscos que devem ser minimizados mediante ação estatal, ou serviços que podem ser melhorados; se o ECAD, como organização privada, pode ser alvo de uma regulação de transparência de segunda geração, qual seria o risco evitado, ou qual o serviço que está sendo oferecido? É nesta chave que o ECAD tem argumentado, recorrentemente, que o caráter privado de sua atividade, e a previsão

legal de que ninguém pode utilizar obra alheia sem compensação prévia, colocam os usuários de música numa relação privada de licenciamento com os titulares de direitos – e não na posição de tomadores de um serviço. Na argumentação do ECAD, essa relação nada tem de interesse público.

3. ECAD e transparência: disputas determinantes

Essa disputa tornou-se ordem do dia com a aprovação da mencionada Lei n. 12.853, que por sua vez promove modificações na Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98). Em dezembro de 2013, na iminência da entrada em vigor da lei, os seus efeitos foram suspensos pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, atendendo ao pedido de medida cautelar em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, propostas pelas associações de gestão coletiva de direitos autorais que fazem parte do sistema ECAD.

A nova lei vem estabelecer um sistema mediante o qual um órgão vinculado ao Ministério da Cultura terá o poder de habilitar ou não uma associação para fazer parte do sistema ECAD, e, assim, participar da arrecadação e distribuição de direitos autorais por execução pública. Para ser habilitada, a associação terá de comprovar uma série de requisitos relativos à sua capacidade de administrar os direitos de forma eficaz e transparente. Alguns documentos deverão ser enviados anualmente ao Ministério da Cultura, e existe a previsão de um procedimento, com ampla defesa e contraditório, para anular a habilitação caso se comprove que a associação não cumpre mais as condições.

Há várias disposições direcionadas a problemas de representação, nas associações, dos autores e titulares de direitos conexos, e de provisão de eficácia na atividade. Determina-se também que o ECAD não poderá mais cobrar via *blanket license*, ou licença-cobertor, mediante a qual o pagamento de um valor único por usuário possibilita o uso de qualquer parcela do repertório do ECAD, seja ela pequena ou grande. Mas o coração da lei, bem como a parte mais controversa e a que nos interessa aqui, são as

medidas para trazer transparência em todo o sistema. Dizem respeito ora à transparência das associações em relação aos usuários, ora em relação aos próprios associados, mas, na maioria dos casos, dizem respeito aos dois.

a) As associações devem ter um cadastro centralizado dos contratos e outros instrumentos que comprovam autoria e titularidade, e disponibilizá-los em formato digital para quem quer que os solicite. Em caso de inconsistência nas informações, o Ministério da Cultura poderá retificá-las (art. 98, §§6º e 7º).

b) Os usuários poderão ter acesso a comunicação periódica da totalidade das obras e fonogramas utilizados; os titulares de direito terão acesso em tempo real (art. 98, §9º).

c) As associações devem fornecer, em seus websites, as formas de cálculo e critérios de cobrança de forma detalhada, bem como os critérios de distribuição, incluindo as planilhas fornecidas pelos usuários (sem necessidade de explicitar quanto cada titular recebe individualmente), bem como seus estatutos, atas de reuniões deliberativas e o montante de créditos retidos, ou seja, arrecadados sem identificação, com o motivo da detenção (novo art. 98-B, I e II).

d) Em relação ao associado, as associações devem prestar contas de forma direta e regular, inclusive dando meios de acesso ao balanço individual, “da forma mais eficiente dentro do estado da técnica” (novo art. 98-B, IV).

e) Como uma das maiores inovações, o usuário deve apresentar ao ECAD as listas do que executou (a cobrança será proporcional). Mas, além de entregar a lista ao ECAD, ele terá de deixá-la disponível no seu site, ou, se não tiver, em seu estabelecimento. Assim, ainda que a informação vá ser extremamente descentralizada, existe uma segunda fonte de informações além da fornecida pelo ECAD ou pelas associações (art. 68, §6º). Pode-se afirmar que o tipo de transparência que se está promovendo com esse modelo é o de terceiro tipo, o colaborativo, em que parte das informações são fornecidas de forma descentralizada, pelos usuários do serviço.

Argumentos do ECAD: a transparência é uma invasão

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionam o que consideram ser uma interferência desmedida no sistema, em especial com os argumentos de violação aos direitos de livre iniciativa e de propriedade. Os autores, todos associações de gestão coletiva, argumentam que o aproveitamento econômico dos direitos autorais tem natureza eminentemente privada (Petição Inicial, 2013:10), não havendo qualquer interesse público envolvido (*Idem*, 16). A gestão coletiva seria apenas uma forma de viabili-

zar o exercício desses direitos privados, que são assegurados pela Constituição Federal (art. 5º, incisos XXVII e XXVIII).

Nada justifica que o Estado, ao ensejo de “dar maior transparência à gestão coletiva de direitos autorais”, exproprie de seus titulares o poder de dispor livremente de tais direitos, estabelecendo, por exemplo, a forma que julgarem conveniente de licenciamento das obras musicais (Petição Inicial, 2013:20).

Ainda na chave de serem privados os direitos de exploração econômica dos direitos autorais, argumentam os autores que as medidas de transparência previstas transferem a terceiros *informações privilegiadas*, “que constituem o *know-how* detido pelas Associações e pelo ECAD” (Petição Inicial, 2013:25).

Para os autores, a liberdade de associação garantida na Constituição Federal (art. 5º, incisos XVII, XVIII, XIX e XX) implicaria independência de qualquer autorização ou interferência estatal. Além disso, as exigências de transparência estariam esbarrando na proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X), na medida que o usuário deve expor ao público em geral as obras de que fez uso, e as associações têm de divulgar todos os critérios de cobrança, bem como montantes arrecadados e distribuídos. As informações seriam privadas, de interesse dos titulares; além disso, permitiriam que qualquer pessoa pudesse calcular quanto foi efetivamente pago a cada titular (Petição Inicial, 2013:40).

Assim, de uma forma geral, o ECAD e suas associações estão a questionar a constitucionalidade e legitimidade de uma intervenção estatal que exija a transparência em relação a determinados dados. Apesar disso, os autores pedem a impugnação da lei como um todo: declaram que as medidas de transparência são inadequadas, por interferir na “manutenção de um sistema que vigora, de forma eficiente, há 40 anos” (Petição Inicial, 2013:86); violariam os princípios da subsidiariedade e da consensualidade, dado que “estabelece[m] uma tutela estatal que se sobrepõe à vontade e à liberdade dos titulares de direitos autorais”, e para os titulares a transparência, dizem os autores, já estaria garantida pelo Direito Civil (Petição Inicial, 2013:37); desproporcionais, porque estariam a “estatizar esse sistema, expropriando de seus titulares direitos eminentemente privados e transbordando os limites

do que seria o ‘interesse público’ subjacente à questão” (Petição Inicial, 2013:34)²².

No momento em que escrevo, o Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu o caso. Julgou que a matéria envolve uma complexidade não somente jurídica, e então convocou audiência pública para colher informações e opiniões, e que ocorrerá em 17 de março. A Procuradoria Geral da República, a Advocacia Geral da União e a Diretoria de Direitos Intelectuais do Ministério da Cultura ofereceram suas manifestações, seguindo linhas semelhantes, que apresentarei num esforço por sistematizar as posições colocadas, na medida que se relacionem com a discussão sobre transparência.

Argumentos opostos: a transparência já vem tarde

Discutindo a existência ou não de interesse público na atividade de gestão coletiva, as manifestações colocam que a criação do ECAD, associação de associações, por delegação legislativa, exclui a possibilidade de que outras instituições possam ser criadas para exercer a mesma função. Assim, a cobrança dá-se em relação a toda e qualquer execução pública musical, e, num sistema que cobra via *blanket license*, inclusive por músicas de titulares que não sejam associados. Mais que isso, um titular que não esteja no sistema ECAD não recebe por execução pública. De um lado, a falta de transparência quanto às atividades de gestão coletiva impede que um titular possa considerar o interesse em se associar ou não; de outro lado, ao titular de direitos autorais é tolhida a liberdade associativa negativa, também prevista na Constituição Federal (art. 5º, inciso XX), que lhe permitiria não fazer parte do

²² Ainda que não explicitamente, os autores da petição estão aqui, a fazer uma análise de proporcionalidade da medida. Estão a afirmar que o problema de transparência levantado não existe, que, se existisse, seria resolvido com o Direito Civil (relação entre associação e associados), e que o gravame imposto sobre o direito de propriedade e de livre associação é desproporcional aos fins a serem atingidos – eles estariam, na opinião dos autores, sendo extirpados. Como veremos adiante, esses argumentos serão respondidos pelas manifestações opostas apresentadas ao STF, ainda que também sem explicitar o método, e, provavelmente, serão enfrentadas pelo Tribunal no futuro. Agradeço a Alberto Cerda por chamar a atenção para explicitar este ponto.

sistema ECAD e ainda assim exercer seu direito patrimonial de autor ou conexo. O próprio caráter monopolista do ECAD só teria justificação por se tratar de atividade de importante função social. E seria o caráter monopolista por delegação legal do ECAD que garantiria a adequação de intervenções igualmente estatais que determinassem o delineamento dessa atividade.

Elas continuam, argumentando que o Estado tem o dever não somente de não intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mas também de assegurar que eles sejam protegidos da agressão de terceiros, conforme estaria ocorrendo. Do ponto de vista da proporcionalidade, assim, uma restrição à liberdade associativa seria justificável e necessária, diante da restrição que a Lei de Direitos Autorais põe ao direito individual do autor – que não pode exercer o direito patrimonial de execução pública senão por meio da instituição criada pela mesma lei pra exercê-lo – e de sua liberdade associativa negativa. As medidas de transparência seriam o mecanismo para equilibrar os direitos fundamentais em questão.

Quanto ao debate acerca da violação da intimidade e autonomia privada dos associados, com a obrigação de publicação de dados sobre a gestão coletiva, as manifestações consideram que, por outro lado, as medidas concedem a esses mesmos associados mais poder para gerir os direitos patrimoniais de autor, também num estabelecimento de equilíbrio dos direitos em jogo. As informações das associações diriam respeito a direitos difusos (dos usuários) e coletivos (dos titulares), e sua publicidade seria justificável por serem inerentes ao funcionamento do sistema; a argumentação por parte das associações de que fazem parte de um *know-how* não fariam sentido num ambiente em que não impera a plena concorrência (Nota Técnica n. 027, DDI/SE/MinC, 2013:10). Resumindo a tônica dos argumentos,

(...) justamente por não se tratar de atividade tipicamente associativa, mas jungida a uma clara função social de garantir a máxima efetividade ao direito constitucional dos autores à justa remuneração pelo uso de suas obras em todas as suas modalidades de fruição, com transparência, imparcialidade e equilíbrio perante todos os potenciais detentores destes direitos, é que se justifica a extensão do modelo de supervisão até mesmo

ao estabelecimento de mecanismos de habilitação, fiscalização e eventual suspensão desta atividade específica, em caso de interesse público. (Informação n. 350/2013/CONJUR-MinC/CGU/AGU, 2013:7).

Em perspectiva: do que estamos tratando?

Os termos trazidos pelas associações de gestão coletiva no Brasil, que mobilizam ideias absolutizantes do direito patrimonial de autor e da livre associação, numa perspectiva de proeminência e de liberdade negativa, são típicos do paradigma monista e liberal do direito e do Estado, e pouco contribuem para a compreensão das instituições ou para a tomada de decisões em 2014. A discussão, nesses moldes, fica centrada de forma pouco funcional no caráter público ou não da atividade de gestão coletiva, quando, por mais que o ponto seja importante e interessante, não pareceria necessário o deslocamento. Como discutimos, políticas direcionadas à divulgação de dados por parte do setor privado são parte da ordem do dia há pelo menos três décadas – inclusive no meio empresarial, certamente mais inequivocamente privado que uma associação da sociedade civil constituída para defender direitos. Embora seja evidente que as discussões sobre legalidade devam pautar políticas públicas, o dever ou não de transparência está colocado, nessas discussões, em termos binários, que não levam em consideração uma série de complexidades que envolvem a regulação das sociedades contemporâneas. Em outras palavras, o tipo de intervenção que estabelece a obrigação de divulgação de informações tem precedentes legais sólidos e amplamente implementados.

Se voltarmos à distinção anteriormente posta entre políticas de transparências orientadas por *right-to-know* ou por *targeted transparency*, e então admitindo o papel de uma distinção aqui entre público e privado, mas de uma perspectiva menos simplista, uma possível conclusão seria que as exigências sociais de transparência em relação ao ECAD estariam situadas, do ponto de vista da legitimidade política, num híbrido entre os modelos. Numa situação em que existe um monopólio, em que a única forma de consumir música na modalidade execução pública no país se dá

mediante pagamento a uma única instituição, parece que não há que se diferenciar o ECAD de outros poderes públicos do ponto de vista da legitimação – a não ser que assumamos a posição de que bens culturais são absolutamente supérfluos na sociedade. O funcionamento do ECAD dá-se mediante delegação legal, e a adesão ao modelo é inescapável. Em alguma medida, tanto o associado quanto o usuário alienam sua autonomia de negociar por contra própria, em favor de uma clara vantagem, que é a da eficiência. Não é forçar demais o argumento entender que lhes seja legítimo exigir *accountability*, prestação de conta das atividades e modelos e de gestão de recursos. Nesta argumentação, a teoria encontra-se com a argumentação jurídica principalmente da Advocacia-Geral da União: a alienação da *accountability* está relacionada, aqui, com a privação da liberdade de associação negativa num modelo de monopólio legal.

Retomando a análise conjuntural da transparência num mundo de abundância digital, se, de um lado, o cada vez maior uso da Internet tem o condão de transformar a forma e a extensão de como se busca informação, do lado oposto, para as instituições existem novas e eficazes maneiras de se valer da tecnologia para promover transparência. Quando a lei que reforma o ECAD obriga-o a adotar uma arrecadação proporcional de uso de obras, em vez de uma *blanket license*, e uma distribuição direta, em vez de por amostragem, ela o faz também a partir da compreensão de que há meios de se identificar e controlar facilmente o que está sendo executado. Um entrevistado, representante do CADE, alegou que essa compreensão estava por trás do julgamento por cartel.

Nada impede que as associações sejam mais eficientes entre si. Eles fazem a quantificação do valor por amostragem. E já existe tecnologia de fácil acesso que permite ser por contagem. Não há nada que impeça o uso destas tecnologias para que tenha mais justiça. Além disso as novas tecnologias permitiriam mais transparência para os titulares (Entrevista, Representante do CADE, 2013).

É num ponto como esse que a transparência se torna, mais que meio de legitimação, escolha política de fins concretos, podendo ligar-se a outros objetivos a serem alcançados, em especial a

eficiência. Vejamos: no julgamento do CADE por abuso de poder econômico, os votos divergentes (Marcos Paulo Veríssimo e Ana Frazão) argumentaram pela impossibilidade de haver concorrência entre as associações do sistema ECAD; o motivo seria que, na gestão coletiva no Brasil, um mesmo repertório é representado por diferentes associações, na medida que, sobre uma canção, podem haver titulares em uma ou outra associação; a administração destes direitos, se tivessem preços diferentes, seria impossível. Assim, sobre uma gravação específica, o compositor da letra, o autor da música, o intérprete da gravação, os músicos da gravação, o produtor fonográfico, todos podem estar cada um em uma associação diferente. Nos parece, no entanto, que a determinação de um valor único por música, ainda que os direitos estejam fragmentados em associações distintas, não é tarefa de nenhuma complexidade no estado atual da técnica; o ECAD poderia ser o gestor de um banco de dados sólido e preciso, e utilizar um software que desse conta de juntar os valores determinados por cada uma das associações num valor total para a obra em questão.

Quanto às utilizações de obras online, parece não haver desculpas para uma gestão mais transparente²³. Os próprios dados dos usuários poderiam ser entregues em formatos que permitissem o acompanhamento em tempo real, pelos associados e pelos usuários, do que se está executando. De qualquer forma, certamente o estado da técnica empregado pelo ECAD está muito aquém do possível. Usuários ainda têm de preencher por conta própria planilhas com nomes dos artistas e das músicas, assinar e enviar escaneadas – algo que contribui para os elevados créditos retidos em função de não identificação das músicas. Também este serviço poderia ser oferecido em rede, em integração com os bancos de dados da organização.

²³ Há controvérsia jurídica sobre a cobrança, por parte do ECAD, em plataformas digitais de videostreaming e rádios online. De qualquer forma, o ECAD tem cobrado, e distribuído os valores de acordo com apenas duas rubricas: "Internet" e "YouTube", sendo que o primeiro representa tudo que não é YouTube.

São muitos os objetivos que se atingem com uma gestão transparente de direitos autorais. Aos associados, confere-se o controle verdadeiro sobre o uso de suas obras, a possibilidade de avaliar a pertinência ou não da gestão coletiva em suas carreiras, ou mesmo, do ponto de vista do desenvolvimento de modelos de negócios, de decidir quanto à conveniência de investir mais numa rádio online ou em telenovelas. Aos usuários, permite-se compreender o sistema com o qual estão transacionando, seja para terem autonomia de decisão, seja como forma de incentivo à aplicação de recursos numa ou noutra forma de utilização comercial de música na modalidade execução pública. Como já mencionado, a própria legitimação da música como tal encontraria um lugar mais adequado na sociedade, longe do jabá e das desconfianças de que os critérios de seleção do que chega a nossos ouvidos não têm nada de musicais. A música ganha, e todos ganham.

Diante dos avanços tecnológicos, a gestão coletiva não só continua sendo um instrumento útil, mas cada vez mais necessário, se a intenção é que os artistas possam continuar se remunerando com certos usos de suas obras (GERVAIS, 2006:xxiii); mas, do mesmo jeito que a gestão coletiva é facilitada com a tecnologia digital, também aumentam as possibilidades de os autores exercerem por conta própria a gestão desses direitos, como via controle tecnológico de acesso – que, não regulado, pode ser ainda mais opaco. São grandes as exigências que se colocam às organizações para continuarem sendo uma opção relevante.

4. Bibliografia

- ARATO, Andrew. Representação, soberania popular e accountability. *Revista Lua Nova*, edição 55-56, 2002. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000100004.
- ARTIGO19, *Balanço de 1 Ano da Lei de Acesso à Informação Pública*. São Paulo, 2013. Disponível em <http://artigo19.org/?cat=161>.
- BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- COASE, Ronald. 1960. "The problem of social cost", in *Journal of Law and Economics* 3. Outubro de 1960, pp. 1-44.
- FUNG, Archon, GRAHAM, Mary, WEIL, David. *Full Disclosure: The Perils and Promise of Transparency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- GEIGER, Stuart. "Does Habermas Understand the Internet? The Algorithmic Construction of the Blog/Public Sphere". *Georgetown University Peer-Reviewed Journal of Communication, Culture and Technology*, 10.1. Disponível em <http://gnovisjournal.org/journal/does-habermas-understand-internet-algorithmic-construction-blog-public-sphere>. Acesso em Fev/2010.
- GERVAIS, Daniel (org). *Collective Management of Copyright and Related Rights*. Kluwer Law International BV: Alphen aan den Rijn, 2006, 2a edição (2010).
- GUTMANN, Amy. "A Desarmonia da Democracia", in *Revista Lua Nova*, n. 36, 1995. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a02n36.pdf>.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre fatos e normas*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1992, vols. I e II.
- POSTER, Marc. *CyberDemocracy: Internet and the Public Sphere*. In *Reading Digital Culture*. Oxford: Blackwell, 2001.
- QUEIROZ, Daniel Campello. "Ecad tem de dar real publicidade a todos os atos da associação", in *Consultor Jurídico*, 28 de junho de 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-jul-28/ecad_dar_real_publicidade_todos_atos.

Documentos consultados

Informação n. 350/2013/CONJUR-MinC/CGU/AGU, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062. Brasília, 2013.

Informações n. 026/2013/GBA/CGU/AGU: Advocacia-Geral da União, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062. Brasília, 2013.

Manifestação: Procuradoria-Geral da República, n. 1.026/PGR-RJMB, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062. Brasília, 2013.

Nota Técnica n. 027 DDI/SE/MinC, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062. Brasília, 2013.

Relatório Final: Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (“Relatório da CPI”). Requerimento n. 547, de 2011 – SF. Presidente: Senador Randolfe Rodrigues (PSOL/AP). Vice-presidente: Senador Ciro Nogueira (PP/PI). Relator: Senador Lindbergh Farias (PT/RJ). Brasília, 2012.

Parecer: Advocacia-Geral da União, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062. Brasília, 2013.

Petição Inicial: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062. Autores: ABRAMUS, AMAR - SOMBRÁS, ASSIM, SBACEM, SICAM, SOCINPRO e ECAD.

Voto: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo n. 08012.003745 / 2010-83. Conselheiro Relator Elvino de Carvalho Mendonça. Brasília, 2013.

Voto-Vogal: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo n. 08012.003745 / 2010-83. Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Brasília, 2013.

Voto Divergente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo n. 08012.003745 / 2010-83. Conselheira Ana Frazão. Brasília, 2013.

Voto Parcialmente Divergente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo n. 08012.003745 / 2010-83. Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Brasília, 2013.

Entrevistas

As entrevistas foram conduzidas em condição de anonimato, razão pela qual só citarei a posição que ocupa a pessoa entrevistada. Cito somente as que foram efetivamente citadas no texto.

Entrevista, Advogado de Direitos Autorais, 2013

Entrevista, DJ, de funk produtor musical, proprietário de estúdio e site, filiado à ABRAMUS, 2013

Entrevista, DJ e produtor musical de funk, 52 músicas editadas e cadastradas na ABRAMUS , 2013

Entrevista, MC de funk, 3 músicas editadas e cadastradas na SOCINPRO, 2013

Entrevista, MC de funk, 14 músicas editadas e cadastradas na ABRAMUS, 2013

Entrevista, Representante do CADE, 2013