

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.062 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**

REQTE.(S) : **ABRAMUS - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MÚSICA E ARTES**

REQTE.(S) : **ASSOCIAÇÃO DE MÚSICOS, ARRANJADORES E REGENTE AMAR - SOMBRÁS - SOCIEDADE MUSICAL BRASILEIRA**

ADV.(A/S) : **CARLOS FERNANDO MATHIAS DE SOUZA E OUTRO(A/S)**

REQTE.(S) : **ASSIM - ASSOCIAÇÃO DE INTÉRPRETES E MÚSICOS**

REQTE.(S) : **SOCIEDADE BRASILEIRA DE AUTORES, COMPOSITORES E ESCRITORES DE MÚSICA - SBACEM**

REQTE.(S) : **SOCIEDADE INDEPENDENTE DE COMPOSITORES E AUTORES MUSICAIS - SICAM**

REQTE.(S) : **SOCINPRO - SOCIEDADE BRASILEIRA DE ADMINISTRAÇÃO E PROTEÇÃO DE DIREITOS INTELECTUAIS**

REQTE.(S) : **ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO-ECAD**

ADV.(A/S) : **PEDRO PAULO SALLES CRISTOFARO E OUTRO(A/S)**

INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**

ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

AM. CURIAE. : **UNIÃO BRASILEIRA DE EDITORAS DE MÚSICAS - UBEM**

ADV.(A/S) : **SYDNEY LIMEIRA SANCHES E OUTRO(A/S)**

AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO PROCURE SABER - APS**

ADV.(A/S) : **RODRIGO BRANDAO VIVEIROS PESSANHA E OUTRO(A/S)**

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS. LEI Nº 12.583/2013. NOVO MARCO REGULATÓRIO

SETORIAL. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÕES FORMAIS E MATERIAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NÃO OCORRÊNCIA. ESCOLHAS REGULATÓRIAS TRANSPARENTES E CONSISTENTES. MARGEM DE CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA RESPEITADA. DEFERÊNCIA JUDICIAL. PEDIDO CONHECIDO E JULGADO IMPROCEDENTE.

1. A interpretação ampliativa de princípios constitucionais considerados fundamentais não deve se convolar em veto judicial absoluto à atuação do legislador ordinário, que também é um intérprete legítimo da Lei Maior. Daí serem necessárias prudência e cautela ao Poder Judiciário de modo que a retórica dos direitos humanos não asfixie o espaço político de deliberação coletiva.

2. A participação do Estado na gestão coletiva de direitos autorais assume graus variados em diferentes democracias constitucionais (GERVAIS, Daniel (org.) *Collective Management of Copyright and Related Rights*. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2nd Edition, 2010), o que sugere não existir um modelo único, perfeito e acabado de atuação do Poder Público neste campo. O maior ou o menor protagonismo do Estado dependerá sempre das escolhas políticas das maiorias eleitas.

3. A legitimidade ativa *ad causam* para provocar a fiscalização abstrata de constitucionalidade é reconhecida às entidades de classe de âmbito nacional (CRFB, art. 103, IX), que, na forma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, devem congregiar associados homogêneos, assim compreendidos os sujeitos de direito integrantes de uma mesma categoria profissional ou econômica (*leading case*: ADI nº 42, rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, j. 24/09/1992, DJ 02-04-1993).

4. *In casu*, a União Brasileira de Compositores revela homogeneidade da classe formada por seus membros, pertencentes à categoria econômica

ADI 5062 / DF

diferenciada que compreende os **titulares de direitos autorais e conexos, cujas obras estão submetidas à execução pública e sujeitas à gestão coletiva**, setor da vida social alvo de profundas transformações a partir da edição da Lei nº 12.853/2013.

5. A Constituição de 1988 não estabeleceu prazos mínimos para tramitação de projetos de lei, nem disciplinou o regime urgente de deliberação, circunstância que confere espaço suficiente para o legislador imprimir aos seus trabalhos a cadência que reputar adequada. A interferência judicial no âmago do processo legislativo, para justificar-se, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto expresso das normas da Constituição da República. Inexistência de ofensa formal à Lei Maior.

6. A Lei nº 9.610/1998, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013, impõe a divulgação de informações concernentes à execução pública de obras intelectuais, notadamente músicas, e à arrecadação dos respectivos direitos (art. 68, §§ 6º e 8º, e art. 98-B, I, II e parágrafo único), além de vedar a pactuação de cláusulas de confidencialidade nos contratos de licenciamento (art. 98-B, VI), estabelecendo penalidades em caso de descumprimento (art. 109-A).

7. Tais regras consubstanciam meios proporcionais voltados à promoção da transparência da gestão coletiva de direitos autorais, finalidade legítima segundo a ordem constitucional brasileira, porquanto capaz de mitigar o viés rentista do sistema anterior e prestigiar, de forma imediata, os interesses tanto de titulares de direitos autorais (CRFB, art. 5º, XXVII) quanto de usuários (CRFB, art. 5º, XXXII) e, de forma mediata, bens jurídicos socialmente relevantes ligados à propriedade intelectual como a educação e o entretenimento (CRFB, art. 6º), o acesso à cultura (CRFB, art. 215) e à informação (CRFB, art. 5º, XIV).

8. O art. 97, §1º, da Lei nº 9.610/1998, com a redação dada pela Lei nº

ADI 5062 / DF

12.853/2013, estabelece que as associações de titulares de direitos autorais exercem atividade de interesse público e devem atender a sua função social. A previsão legal apenas reproduz, no plano no plano jurídico-positivo, entendimento que já sufragado, no plano jurisprudencial, por órgão colegiado do Supremo Tribunal Federal quanto à existência de um espaço público não estatal (RE nº 201.819, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 11/10/2005, DJ 27-10-2006).

9. As entidades de gestão coletiva possuem a evidente natureza instrumental de viabilizar trocas voluntárias envolvendo propriedade intelectual, dadas as dificuldades operacionais que marcam o setor. Destarte, tanto a produção de cultura (pelos autores) quanto o acesso à cultura (pelos usuários) dependem do hígido funcionamento das associações arrecadoras e distribuidoras de direitos. Esse relevante papel econômico é traduzido juridicamente como a função social das aludidas entidades, cuja importância social justifica o interesse público na sua existência e escoreita atuação.

10. A Lei nº 9.610/1998, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013, limita aos titulares originários (art. 5º, XIV) o direito de voto (art. 97, §5º) e a assunção de cargos de direção nas associações de gestão coletiva (art. 97, §6º); cria regras sobre a eleição de dirigentes das entidades (art. 98, §§13 e 14) e estabelece critério de voto unitário no ECAD (art. 99, §1º e art. 99-A, parágrafo único).

11. A distinção legal entre titulares originários e titulares derivados de obras intelectuais, para fins de participação na gestão coletiva de direitos autorais, situa-se dentro da margem de conformação do legislador ordinário para disciplinar a matéria, uma vez que (i) não existe direito constitucional expreso à participação política ou administrativa de titulares derivados na gestão coletiva, ao contrário dos titulares originários (CRFB, art. 5º, XXVIII, *b*); (ii) as regras impugnadas não

ADI 5062 / DF

impactam os direitos patrimoniais dos titulares derivados, que continuam a gozar das mesmas expressões econômicas de que desfrutavam até então; (iii) a importância relativa dos titulares originários é maior para a criação intelectual, cujo estímulo é a finalidade última da gestão coletiva; (iv) é justificável, antes os fatos apurados, a existência de regras voltadas a minimizar a assimetria de poder econômico entre editoras musicais e autores individuais, os verdadeiros criadores intelectuais.

12. O novo marco regulatório exige a habilitação prévia das associações de gestão coletiva em órgão da Administração Pública federal para a cobrança de direitos autorais (Lei nº 9.610/1998, art. 98, §1º), segundo procedimento fixado pela própria Lei (art. 98-A); considera habilitadas as associações já existentes na entrada em vigor do diploma (Lei nº 12.853/2013, art. 4º e 6º), as quais devem adaptar seus estatutos em prazo determinado (Lei nº 12.853/2013, art. 5º); e atribuí ao Ministério da Cultura o poder de regulamentar a gestão coletiva (Lei nº 12.853/2013, art. 7º e 8º).

13. A relevância transindividual da gestão coletiva, ao envolver interesses de usuários e titulares, justifica a presença regulatória maior do Estado na criação, na organização e no funcionamento das entidades que operam no setor, o que se traduz na incidência de disciplina jurídica específica. A exigência de habilitação prévia configura típico exercício de poder de polícia preventivo, voltado a aferir o cumprimento das obrigações legais exigíveis desde o nascedouro da entidade. As associações arrecadoras já existentes devem conformar-se à legislação em vigor, sujeitando-se às alterações supervenientes à sua criação, dado que (i) as regras de transição são justas e (ii) não existe direito adquirido a regime jurídico na ordem constitucional brasileira.

14. A Lei nº 9.610/1998, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013 prevê regras para a negociação de preços e formas de licenciamento de direitos autorais (art. 98, §§ 3º e 4º), bem como para a

ADI 5062 / DF

destinação de créditos e valores não identificados (art. 98, §§10 e 11). Além disso, fixa prazo mínimo para que os titulares comuniquem às respectivas associações a intenção em arrecadar pessoalmente os seus direitos (art. 98, §15).

15. O tratamento normativo não estipula tabelamento de valores, limitando-se a fixar parâmetros genéricos (razoabilidade, boa fé e usos do local de utilização das obras) para o licenciamento de direitos autorais no intuito de corrigir as distorções propiciadas pelo poder de mercado das associações gestoras, sem retirar dos próprios titulares a prerrogativa de estabelecer o preço de suas obras. O licenciamento pelo formato global ou cobertor (*blanket license*) permanece válido, desde que não seja mais o único tipo de contrato disponível. Ademais, o prazo mínimo para a comunicação permite que a associação, ao proceder à cobrança de seu repertório, possa excluir os valores referentes ao titular que atue pessoalmente, minimizando as chances de falhas de comunicação que propiciem duplicidade de cobrança e tumultuem a gestão coletiva.

16. A Lei nº 9.610/1998, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013 exige que as associações mantenham e disponibilizem, por meio eletrônico, cadastro centralizado de dados relativos aos direitos autorais (art. 98, §6º), assegurando ao Ministério da Cultura acesso contínuo e integral a tais informações (art. 98, §7º); atribuí ainda ao Ministério da Cultura o papel de arbitrar eventuais conflitos e de retificar as informações necessárias (art. 98, §8º).

17. O cadastro unificado de obras justifica-se como forma de (i) prevenir a prática de fraudes e (ii) evitar a ocorrência de ambiguidades quanto à participação individual em obras com títulos similares; problemas esses que vicejavam ante a pouca transparência da sistemática anterior. É de interesse de qualquer usuário, efetivo ou potencial, ter conhecimento acerca das participações individuais nas obras, sobretudo porque o modelo regulatório admite a atuação pessoal de cada titular na

ADI 5062 / DF

arrecadação de seus direitos. A possibilidade de retificação do cadastro pelo Ministério da Cultura evita a prematura judicialização de eventuais conflitos, além de permitir o enfrentamento da controvérsia a partir de perspectiva técnica e especializada; tudo isso sem ameaçar o acesso de qualquer interessado ao Poder Judiciário (CRFB, art. 5º, XXXV).

18. A Lei nº 9.610/1998, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013, estabelece critérios para a fixação da taxa de administração praticada pelas associações (art. 98, §12) bem como para a distribuição aos autores dos valores arrecadados (art. 99, §4º), além de limitar o poder de os associados deliberarem sobre a utilização dos recursos recolhidos pelas entidades que integram (art. 98, §16).

19. Os limites máximos para taxas de administração justificam-se pela estrutura econômica do setor, que, apesar de franquear espaço para ganhos de escala nas atividades de arrecadação e distribuição, não se traduzia em benefício aos titulares originários de direitos autorais. A nova sistemática, lastreada em sólidas premissas empíricas, procura reconduzir as entidades de gestão coletiva ao seu papel puramente instrumental. Já o limite para despesa pelas associações com ações que beneficiem seus associados de forma coletiva equilibra, com moderação, a tensão latente entre interesses individuais e coletivos na criação de obras intelectuais.

20. O art. 99, §7º, da Lei nº 9.610/1998, alterado pelo art. 2º da Lei nº 12.853/2013, impõe um dever de cooperação às associações que percam a respectiva habilitação para atuar na gestão coletiva de direitos autorais, as quais, em virtude de sua essência instrumental, deverão transferir todas as informações necessárias ao processo de arrecadação e distribuição de direitos, evitando solução de continuidade na tutela dos direitos autorais. As associações surgem para viabilizar o mercado, não sendo admitido interromper seu hígido funcionamento, inclusive no momento em deixam de operar no setor. A Lei nº 12.853/2013 apenas zelou pela transição razoável e menos traumática para usuários e titulares.

ADI 5062 / DF

21. A Lei nº 9.610/1998, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013, estabelece que as associações de gestão coletiva deverão prestar contas dos valores recebidos aos seus associados (art. 98-C, *caput*), os quais, embora ostentem legitimidade para exercer a fiscalização diretamente (art. 98-C, §1º), podem provocar o Ministério da Cultura em sua defesa caso não sejam atendidos de plano (art. 98-C, §2º). Além disso, prevê que compete a órgão da Administração Pública Federal o poder de arbitrar conflitos entre usuários e titulares de direitos autorais bem como entre titulares e suas associações a respeito de direitos disponíveis (art. 100-B).

22. A mediação e a arbitragem, enquanto métodos voluntários e alternativos à jurisdição estatal, (i) minimizam a demanda pelo Poder Judiciário e (ii) propiciam a análise dos conflitos intersubjetivos por técnicos e especialistas no tema. A disciplina legal deixa evidente o caráter voluntário da submissão de eventuais litígios aos procedimentos alternativos de solução perante órgão da Administração Pública federal. Essa voluntariedade decorre diretamente da Constituição da República (CRFB, art. 5º, XXXV), como reconhecido pelo STF (SE nº 5.206) e devidamente respeitado pelo legislador ordinário (Lei nº 9.610/1998, art. 100-B), pelo Chefe do Poder Executivo federal (Decreto nº 8.469/2015, art. 25) e pelo Ministério da Cultura (IN nº 4/2015, art. 2º).

23. O art. 99-A da Lei nº 9.610/98, introduzido pelo art. 3º da Lei nº 12.853/2013, autoriza órgão da Administração Pública federal a tornar obrigatória a admissão de associados no ECAD, desde que sejam habilitados previamente para desempenhar a gestão coletiva e haja pertinência entre as áreas de atuação.

24. A previsão legal impede que as associações já estabelecidas na gestão coletiva possam asfixiar a criação de novas entidades mediante políticas de alijamento junto ao ECAD, que ostenta, por força de lei, o

ADI 5062 / DF

monopólio da arrecadação e da distribuição de direitos relativos à execução pública de obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas (Lei nº 9.610/1998, art. 99). A criação de novas entidades coletivas impõe pressão competitiva sobre as associações já atuantes, que tenderão a ser mais eficientes, oferecendo serviço de qualidade e com maior retorno para seus associados. O dever de admitir toda entidade habilitada é o ônus que recai sobre ECAD como contrapartida proporcional ao bônus do monopólio legal que lhe favorece.

25. Pedido conhecido e julgado improcedente.

Em revisão

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.062 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : **ABRAMUS - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MÚSICA E ARTES E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **CARLOS FERNANDO MATHIAS DE SOUZA E OUTRO(A/S)**
REQTE.(S) : **ASSIM - ASSOCIAÇÃO DE INTÉRPRETES E MÚSICOS E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **PEDRO PAULO SALLES CRISTOFARO E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **UNIÃO BRASILEIRA DE EDITORAS DE MÚSICAS - UBEM**
ADV.(A/S) : **SYDNEY LIMEIRA SANCHES E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO PROCURE SABER - APS**
ADV.(A/S) : **RODRIGO BRANDÃO VIVEIROS PESSANHA E OUTRO(A/S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Cuida-se de julgamento conjunto de duas ações diretas de inconstitucionalidade autuadas sob os números 5.062 e 5.065, ajuizadas por diferentes associações civis (abaixo discriminadas), ambas em face de dispositivos da Lei nº 9.610/1998 a seguir enumerados, todos alterados ou introduzidos pela Lei nº 12.853/2013, que reconfigurou o marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil.

Na ADI nº 5.062, as associações requerentes são as seguintes: (i) **ABRAMUS** (Associação Brasileira de Música e Artes), (ii) **AMAR-SOMBRÁS** (Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes / Sociedade Musical Brasileira), (iii) **ASSIM** (Associação de Intérpretes de Músicos),

ADI 5062 / DF

(iv) **SBACEM** (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música), (v) **SICAM** (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais), (vi) **SOCINPRO** (Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais), (vi) **ECAD** (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição). Os dispositivos impugnados são os arts. 5º, 68, 97, 98, 98-A, 98-B, 98-C, 99, 99-A, 99-B, 100, 100-A, 100-B e 109-A da Lei nº 9.610/1998 com as alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013, bem como os arts. 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da própria Lei nº 12.853/2013.

Na ADI nº 5.065, a associação requerente é a **UBC** (União Brasileira de Compositores). Os dispositivos impugnados são os arts. 5º; 68, §6º; 97, §§ 1º, 5º, 6º; 98, §§ 1º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º, 13, 14, 16; 99, §§ 1º, 4º, 8º, 9º; 98-A, III, §§ 1º, 2º, 3º; 98-C, §2º; 99-A, § único; 99-B; 100-A; e 100-B da Lei nº 9.610/1998 com as alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013.

Transcrevo o teor dos dispositivos questionados, seguidos pelos fundamentos que motivaram ambas as demandas aqui reunidas. Em prol da racionalização do julgamento, optei por agrupar as previsões legais questionadas em razão de afinidade temática, tal como apresentado na inicial da ADI nº 5.062.

Art. 68. (...)

§6º O usuário entregará à entidade responsável pela arrecadação dos direitos relativos à execução ou exibição pública, imediatamente após o ato de comunicação ao público, relação completa das obras e fonogramas utilizados, e a tornará pública e de livre acesso, juntamente com os valores pagos, em seu sítio eletrônico ou, em não havendo este, no local da comunicação e em sua sede.

(...)

§8º Para as empresas mencionadas no §7º, o prazo para cumprimento do disposto no § 6º será até o décimo dia útil de cada mês, relativamente à relação completa das obras e

ADI 5062 / DF

fonogramas utilizados no mês anterior.

Art. 98-B. As associações de gestão coletiva de direitos autorais, no desempenho de suas funções, deverão:

I - dar publicidade e transparência, por meio de sítios eletrônicos próprios, às formas de cálculo e critérios de cobrança, discriminando, dentre outras informações, o tipo de usuário, tempo e lugar de utilização, bem como os critérios de distribuição dos valores dos direitos autorais arrecadados, incluídas as planilhas e demais registros de utilização das obras e fonogramas fornecidas pelos usuários, excetuando os valores distribuídos aos titulares individualmente;

II - dar publicidade e transparência, por meio de sítios eletrônicos próprios, aos estatutos, aos regulamentos de arrecadação e distribuição, às atas de suas reuniões deliberativas e aos cadastros das obras e titulares que representam, bem como ao montante arrecadado e distribuído e aos créditos eventualmente arrecadados e não distribuídos, sua origem e o motivo da sua retenção;

(...)

VI - garantir aos associados o acesso às informações referentes às obras sobre as quais sejam titulares de direitos e às execuções aferidas para cada uma delas, abstendo-se de firmar contratos, convênios ou pactos com cláusula de confidencialidade;

(...)

Parágrafo único. As informações contidas nos incisos I e II devem ser atualizadas periodicamente, em intervalo nunca superior a 6 (seis) meses.

As requerentes da ADI nº 5.062 sustentam que os dispositivos impugnados *“tornam públicas informações de natureza privada concernentes à execução pública de obras musicais e à arrecadação dos respectivos direitos, vedam a pactuação de cláusulas de confidencialidade e estabelecem penalidades”*. Segundo a argumentação articulada, tais previsões *“violam, de maneira direta e frontal, o disposto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal”*, bem

ADI 5062 / DF

como os arts. 1º e 170 da Lei Maior.

Particularmente, a inicial aponta que *“a norma tem origem, segundo a exposição de motivos do respectivo projeto de lei, na intenção do legislador de dar transparência ao sistema”*, mas acaba por se revelar *“desproporcional e inadequada, na medida em que a transparência quanto às informações referentes aos valores pagos deve ser – e já é – garantida apenas aos integrantes das Associações, que são os titulares dos direitos a serem repartidos”*. Ademais, *“ao vedar a celebração de contratos com cláusula de confidencialidade, a Lei nº 12.853/2013 restringe o direito à liberdade de contratar, que, por sua vez, é integrante do princípio da livre iniciativa”*.

Na ADI nº 5.065, a UBC afirma que *“a divulgação dessas informações permitirá que toda e qualquer pessoa tome conhecimento dos rendimentos dos titulares de direitos autorais, matéria de natureza privada, pessoal e abrigada em seu aspecto personalíssimo”*. E conclui: *“flagrante, pois, a violação aos incisos X e XII, do artigo 5º, da CF”*.

Art. 97. (...)

§1º As associações reguladas por este artigo exercem atividade de interesse público, por determinação desta Lei, devendo atender a sua função social.

Na ADI nº 5.062, as requerentes apontam que *“com o intuito de justificar a indevida intervenção estatal nas atividades das Associações e do ECAD, limitando a liberdade dos titulares de direitos autorais de definir as regras aplicáveis às suas respectivas associações e de dispor livremente dos direitos de natureza privada que integram seu patrimônio”*, o dispositivo em referência qualifica como de *“interesse público”* as atividades exercidas pelas Associações. Aduz que, no caso, *“não há interesse público envolvido”*, uma vez que *“a referida lei trata exclusivamente de direitos privados e disponíveis por seus respectivos titulares, assim como regula as relações, igualmente de direito privado, entre esses titulares e as Associações (...) e entre os titulares (...) e os usuários das obras musicais”*.

ADI 5062 / DF

Afirmam então que, *“não sendo o exercício dos direitos autorais por seus respectivos titulares de ‘interesse público’, o Estado está impedido de tutelar esses direitos, sob pena de intervenção indevida nas liberdades individuais, no direito de propriedade e na Ordem Econômica fundada na livre iniciativa”*. Questiona o dispositivo legal em referência por violação aos arts. 1º; 5º, XXII, XXVII, XXVIII; e 170, todos da Constituição da República.

Na ADI nº 5.065, a UBC defende que suas atividades não se adequam *“ao conceito de associação de interesse público”*, tendo em vista os critérios da Lei nº 9.790/1990, que *“dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público”*. Sustenta que *“o conceito de interesse público importa no entendimento de que o bem comum obriga e representa o interesse de toda a coletividade”*. Enfatiza que não é este o caso das associações de gestão coletiva de direitos autorais, as quais *“têm por finalidade à defesa, administração, cobrança e distribuição dos direitos autorais dos titulares de obras musicais e de fonogramas”*. Daí que *“a Lei 12.853/2013, ao tentar dar natureza pública a essa atividade, além de ferir norma específica relativa ao terceiro setor, interfere na forma de organização das entidades, dando azo a cristalina inconstitucionalidade, alimentada pelo artigo 5º, XVIII, da CF”*.

Art. 5º (...)

XIV - titular originário - o autor de obra intelectual, o intérprete, o executante, o produtor fonográfico e as empresas de radiodifusão.

Art. 97. (...)

§5º Apenas os titulares originários de direitos de autor ou de direitos conexos filiados diretamente às associações nacionais poderão votar ou ser votados nas associações reguladas por este artigo.

§6º Apenas os titulares originários de direitos de autor ou de direitos conexos, nacionais ou estrangeiros domiciliados no Brasil, filiados diretamente às associações nacionais poderão

ADI 5062 / DF

assumir cargos de direção nas associações reguladas por este artigo.

Art. 98. (...)

§13. Os dirigentes das associações serão eleitos para mandato de 3 (três) anos, permitida uma única recondução precedida de nova eleição.

§14. Os dirigentes das associações atuarão diretamente em sua gestão, por meio de voto pessoal, sendo vedado que atuem representados por terceiros.

Art. 99. (...)

§1º O ente arrecadador organizado na forma prevista no *caput* não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado por meio do voto unitário de cada associação que o integra.

Art. 99-A. (...)

Parágrafo único. As deliberações quanto aos critérios de distribuição dos recursos arrecadados serão tomadas por meio do voto unitário de cada associação que integre o ente arrecadador.

As requerentes da ADI nº 5.062 sustentam que os dispositivos impugnados *“eliminam o direito de voto de parte dos titulares de direitos autorais nas Associações; criam regras sobre a eleição de dirigentes das Associações e estabelecem critério de voto unitário no ECAD, conferindo poder desproporcional de representação a alguns titulares de direitos autorais”*. Segundo a argumentação articulada, tais previsões violam a *liberdade de associação* (CRFB, art. 5º, XVII, XVIII e XIX), a garantia da *transmissibilidade* dos direitos autorais (CRFB, art. 5º, XXVII), o princípio da *isonomia* (CRFB, art. 5º, *caput*), bem como a *propriedade privada* como princípio geral da Ordem Econômica (CRFB, art. 5º, XXII e art. 170, II).

Mais especificamente, a inicial registra que *“todas as disposições acima representam uma tutela estatal direta e indevida ao direito dos integrantes das*

ADI 5062 / DF

Associações estabelecerem as regras aplicáveis aos seu funcionamento (...)”, no que tem destaque “a interferência no próprio direito de votar e ser votado”. Explica que “as Associações não são formadas apenas por titulares originários” e que, “sendo os direitos patrimoniais sobre obras musicais disponíveis, é lícito ao titular originário cedê-lo a quem bem o quiser”. A Lei nº 12.853/2013 “retira de parte dos titulares de direitos autorais (aqueles não qualificados como originários) o poder de influir sobre a forma de disposição de seus direitos”, o que resulta, segundo a exordial, “na expropriação parcial do direito de propriedade imaterial dos titulares não originários”, bem como na criação de um tipo de “associados em segunda classe, sem voz ou voto”.

Argumentam ainda que “igualmente violadoras do direito de propriedade e do princípio da isonomia são as normas que atribuem um único voto a cada uma das Associações nas assembleias do ente arrecadador (o ECAD), seja para fins de sua direção e administração (art. 99, §1º, da Lei nº 9.610/98), seja para o efeito de deliberar quanto à distribuição dos valores arrecadados (art. 99-A, parágrafo único, da Lei nº 9.610/98)”. Consoante a inicial, “o sistema associativo deve assegurar” proporcionalidade nas deliberações coletivas, porém “o voto unitário, por Associação, em cada uma dessas deliberações, retira essa proporcionalidade”.

Especialmente quanto ao art. 5º, XIV, apontam que “esse dispositivo foi introduzido na Lei nº 9.610/98, exclusivamente, em razão de o art. 97, §§ 5º e 6º, ter sido alterado para, de forma inconstitucional, (...) impor restrições aos direitos dos titulares ‘não originários’.” Sustentam ainda que “a norma, portanto, torna-se inútil com a declaração de inconstitucionalidade do art. 97, §§ 5º e 6º, da Lei nº 9.610/98, com a redação que decorre do art. 2º da Lei nº 12.853/2013”.

Na ADI nº 5.065, a UBC afirma que os §§ 5º e 6º do art. 97 retiram “dos denominados titulares de direitos patrimoniais, tais como editores de música, sucessores e cessionários de direitos, qualquer ingerência, participação, voz e voto nas assembleias das associações de gestão coletiva de direitos

ADI 5062 / DF

patrimoniais". Aos olhos da entidade, cuida-se "de interferência descabida na organização das entidades de gestão coletiva". Aduz ainda que "a própria Lei reconhece no §5º, do artigo 98, que as associações deverão 'tratar seus associados de forma equitativa, sendo vedado o tratamento desigual', mas, paradoxalmente, confere tratamento desigual aos titulares de direitos patrimoniais de natureza derivada, decorrente da transferência de direitos patrimoniais".

Em relação ao art. 98, §§ 13 e 14, a UBC afirma tratar-se de "clara violação ao artigo 5º, XVIII, da CF", uma vez que "a forma de organização das associações de gestão coletiva é matéria estranha à Lei, posto que regulada pelos artigos 53 a 61, do Código Civil, dentro do ambiente eminentemente privado". Sustenta que "a definição da periodicidade eletiva, prazos ou a recondução de cargo eletivo é matéria a ser definida no Estatuto de cada associação".

Quanto ao art. 99, §1º, e ao art. 99-A, parágrafo único, a UBC assevera que os dispositivos violam o "artigo 5º, XVIII e XXII, da CF", na medida em que "não pode a Lei determinar como se estrutura uma entidade privada, criada com o patrimônio privado de outras associações congêneres, que administram direitos autorais de titulares de direitos autorais, sob pena de provocar a própria falência do sistema". Defende que "o voto proporcional afasta qualquer possibilidade de haver desequilíbrio no sistema unificado de arrecadação e distribuição de direitos autorais". Nesse contexto, a imposição de voto unitário no ECAD configuraria "uma verdadeira desapropriação de direitos".

Art. 98 (...)

§1º O exercício da atividade de cobrança citada no *caput* somente será lícito para as associações que obtiverem habilitação em órgão da Administração Pública Federal, nos termos do art. 98-A.

§2º As associações deverão adotar os princípios da isonomia, eficiência e transparência na cobrança pela utilização de qualquer obra ou fonograma.

ADI 5062 / DF

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

I - o cumprimento, pelos estatutos da entidade solicitante, dos requisitos estabelecidos na legislação para sua constituição;

II - a demonstração de que a entidade solicitante reúne as condições necessárias para assegurar uma administração eficaz e transparente dos direitos a ela confiados e significativa representatividade de obras e titulares cadastrados, mediante comprovação dos seguintes documentos e informações:

- a) cadastros das obras e titulares que representam;
- b) contratos e convênios mantidos com usuários de obras de seus repertórios, quando aplicável;
- c) estatutos e respectivas alterações;
- d) atas das assembleias ordinárias ou extraordinárias;
- e) acordos de representação recíproca com entidades congêneres estrangeiras, quando existentes;
- f) relatório anual de suas atividades, quando aplicável;
- g) demonstrações contábeis anuais, quando aplicável;
- h) demonstração de que as taxas de administração são proporcionais aos custos de cobrança e distribuição para cada tipo de utilização, quando aplicável;
- i) relatório anual de auditoria externa de suas contas, desde que a entidade funcione há mais de 1 (um) ano e que a auditoria seja demandada pela maioria de seus associados ou por sindicato ou associação profissional, nos termos do art. 100;
- j) detalhamento do modelo de governança da associação, incluindo estrutura de representação isonômica dos associados;
- k) plano de cargos e salários, incluindo valor das remunerações dos dirigentes, gratificações, bonificações e outras modalidades de remuneração e premiação, com valores atualizados;

III - outras informações estipuladas em regulamento por órgão da Administração Pública Federal, como as que demonstrem o cumprimento das obrigações internacionais

ADI 5062 / DF

contratuais da entidade solicitante que possam ensejar questionamento ao Estado Brasileiro no âmbito dos acordos internacionais dos quais é parte.

§ 1º Os documentos e informações a que se referem os incisos II e III do *caput* deste artigo deverão ser apresentados anualmente ao Ministério da Cultura.

§ 2º A habilitação de que trata o § 1º do art. 98 é um ato de qualificação vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei e por seu regulamento e não precisará ser renovada periodicamente, mas poderá ser anulada mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, quando verificado que a associação não atende ao disposto nesta Lei, assegurados sempre o contraditório e ampla defesa, bem como a comunicação do fato ao Ministério Público.

§ 3º A anulação da habilitação a que se refere o § 1º do art. 98 levará em consideração a gravidade e a relevância das irregularidades identificadas, a boa-fé do infrator e a reincidência nas irregularidades, conforme disposto em regulamento, e somente se efetivará após a aplicação de advertência, quando se concederá prazo razoável para atendimento das exigências apontadas pela autoridade competente.

§ 4º A ausência de uma associação que seja mandatária de determinada categoria de titulares em função da aplicação do § 2º deste artigo não isenta os usuários das obrigações previstas no art. 68, que deverão ser quitadas em relação ao período compreendido entre o indeferimento do pedido de habilitação, a anulação ou o cancelamento da habilitação e a obtenção de nova habilitação ou constituição de entidade sucessora nos termos deste artigo, ficando a entidade sucessora responsável pela fixação dos valores dos direitos autorais ou conexos em relação ao período compreendido entre o indeferimento do pedido de habilitação ou sua anulação e a obtenção de nova habilitação pela entidade sucessora.

§ 5º A associação cuja habilitação, nos termos deste artigo, seja anulada, inexistente ou pendente de apreciação pela

ADI 5062 / DF

autoridade competente, ou apresente qualquer outra forma de irregularidade, não poderá utilizar tais fatos como impedimento para distribuição de eventuais valores já arrecadados, sob pena de responsabilização direta de seus dirigentes nos termos do art. 100-A, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

§ 6º As associações de gestão coletiva de direitos autorais deverão manter atualizados e disponíveis aos associados os documentos e as informações previstos nos incisos II e III deste artigo.

Art. 98-B. As associações de gestão coletiva de direitos autorais, no desempenho de suas funções, deverão (...).

III- buscar eficiência operacional, dentre outros meios, pela redução de seus custos administrativos e dos prazos de distribuição dos valores aos titulares de direitos;

IV - oferecer aos titulares de direitos os meios técnicos para que possam acessar o balanço dos seus créditos da forma mais eficiente dentro do estado da técnica;

V- aperfeiçoar seus sistemas para apuração cada vez mais acurada das execuções públicas realizadas e publicar anualmente seus métodos de verificação, amostragem e aferição;

(...)

VII - garantir ao usuário o acesso às informações referentes às utilizações por ele realizadas.

Lei nº 12.853/2013

Art. 4º As associações de gestão coletiva de direitos autorais que, antes da vigência da presente Lei, estejam legalmente constituídas e arrecadando e distribuindo os direitos autorais de obras e fonogramas considerar-se-ão habilitadas para exercerem a atividade econômica de cobrança pelo prazo definido em regulamento, devendo obedecer às disposições constantes do art. 98-A da Lei nº 9.610, de 1998.

ADI 5062 / DF

Art. 5º As associações a que se refere o art. 4º desta Lei terão 60 (sessenta) dias para adaptar seus estatutos ao § 13 do art. 98 da Lei nº 9.610, de 1998, permitindo-se que seus dirigentes concluem os mandatos em curso quando do início da vigência desta Lei até o prazo originalmente previsto, após o qual poderão candidatar-se para mandato de 3 (três) anos, com possibilidade de 1 (uma) recondução, nos termos desta Lei.

Art. 6º Desde que se comprove a observância de todas as exigências para a constituição do novo ente arrecadador unificado, constantes do caput do art. 99 da Lei nº 9.610, de 1998, as associações referidas no art. 4º desta Lei poderão requerer ao Ministério da Cultura, no prazo estabelecido em regulamento, que reconheça a pessoa jurídica já constituída como ente arrecadador.

Art. 7º O Ministério da Cultura constituirá, no prazo e nos termos dispostos em regulamento, comissão permanente para aperfeiçoamento da gestão coletiva, que promoverá o aprimoramento contínuo da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil por meio da análise da atuação e dos resultados obtidos pelas entidades brasileiras, bem como do exame das melhores práticas internacionais.

Art. 8º Admite-se a delegação, pelo Ministério da Cultura, das competências a ele atribuídas por esta Lei a outro órgão.

As requerentes da ADI nº 5.062 noticiam que os dispositivos impugnados *“exigem a habilitação prévia das Associações e do ECAD em órgão da Administração Pública Federal para o exercício de suas atividades institucionais, condicionada à observância de normas legais e regulamentares referentes à sua organização; e atribuem ao Ministério da Cultura e/ou a órgão da Administração Pública Federal o poder de regulamentar a gestão coletiva, monitorar as Associações e o ECAD e, administrativamente, determinar a cessação das suas atividades de arrecadação e distribuição”*. Sustentam que as

ADI 5062 / DF

aludidas regras violam a *liberdade de associação* (CRFB, art. 5º, XVII a XX), o *princípio da proporcionalidade*, bem como o *direito adquirido* e o *ato jurídico perfeito* (CRFB, art. 5º, XXXVI).

Particularmente, as requerentes alegam que *“as disposições dos arts. 98, §1º, e 98-A da Lei nº 9.610/98, introduzidas pela Lei nº 12.853/2013, e dos arts. 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei ora atacada são aquelas que, de forma mais direta e evidente, contrariam o princípio da liberdade de associação”*. Asseveram que *“o controle estatal ora instituído pela Lei nº 12.853/2013 mostra-se totalmente desproporcional aos fins a que se destina, na medida em que cria restrições absolutas à liberdade de associação, se imiscuindo em questões de organização interna corporis das Associações e do ECAD e condicionando o funcionamento de toda a engrenagem da gestão coletiva de direitos autorais à tutela estatal”*. Questiona ainda a incidência dita *“retroativa”* das novas regras sobre Associações já constituídas e sobre o ECAD, *“que se veem obrigados a modificar e adaptar seus atos constitutivos, adequando-se às normas da Lei recém-criada, sob pena de terem suas atividades compulsoriamente suspensas por ato do Estado”*.

Quanto ao art. 98, §2º, da Lei nº 9.610/1998, as requerentes afirmam que, *“a rigor, esse dispositivo é simplesmente inócuo”*, visto que *“as relações contratuais entre titulares de direitos autorais, representados pelas Associações que integram, e usuários de obras musicais deve se pautar pela generalidade dos princípios aplicáveis aos contratos”*. Não obstante isso, aduzem que, *“no contexto da Lei nº 12.853/2013, a eleição dos princípios da isonomia, eficiência e transparência está relacionada ao monitoramento estrito, pela autoridade estatal, da atuação das Associações na defesa dos direitos de natureza privada dos seus representados”*, o que caracterizaria *“estreita correlação com dispositivos inconstitucionais”*, a não justificar sua preservação isolada.

Em relação ao art. 98-B, incisos III, IV, V e VII, apontam que as regras *“estão no contexto do inconstitucional monitoramento, pela autoridade administrativa, da atuação das Associações”*. Afirmam que esses dispositivos

ADI 5062 / DF

se destacam “por serem regras inócuas”, uma vez que apenas determinam “a adoção de princípios gerais de administração na gestão coletiva de direitos autorais”. Na sequência, concluem que a vigência dos referidos incisos “não se justifica ou se sustenta, isoladamente, em face do reconhecimento da inconstitucionalidade dos demais preceitos legais introduzidos ou alterados pela Lei n° 12.853/2013”.

Na ADI n° 5.065, a UBC aduz que os dispositivos criam “um regime de natureza cartorária”, o qual, a seu ver, seria injustificável, porquanto “as associações não atuam na esfera pública e foram constituídas por titulares de direitos autorais para exercício de direitos individuais estritamente privados”. Afirma ser “flagrante a violação aos termos do artigo 5º, XVIII, da CF”.

Art. 98. (...)

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

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

(...)

§10. Os créditos e valores não identificados deverão permanecer retidos e à disposição dos titulares pelo período de 5 (cinco) anos, devendo ser distribuídos à medida da sua identificação.

§11. Findo o período de 5 (cinco) anos previsto no §10 sem que tenha ocorrido a identificação dos créditos e valores retidos, estes serão distribuídos aos titulares de direitos de autor e de direitos conexos dentro da mesma rubrica em que foram arrecadados e na proporção de suas respectivas arrecadações durante o período da retenção daqueles créditos e valores, sendo vedada a sua destinação para outro fim.

ADI 5062 / DF

(...)

§15. Os titulares de direitos autorais poderão praticar pessoalmente os atos referidos no *caput* e no §3º deste artigo, mediante comunicação à associação a que estiverem filiados, com até 48 (quarenta e oito) horas de antecedência da sua prática.

Os referidos dispositivos estabelecem regras para a negociação dos preços e formas de licenciamento aplicáveis à execução pública de obras musicais. As requerentes da ADI nº 5.062 sustentam que os dispositivos violam o direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) e da livre iniciativa (CRFB, art. 1º, IV), ambos elevados à condição de fundamentos da Ordem Econômica (CRFB, art. 170). Ademais, afirmam que as regras vulneram *“os princípios da proporcionalidade e da realidade, ao estabelecer obrigação de cumprimento impossível, por ser incompatível com o sistema de gestão coletiva de direitos autorais”*.

Mais especificamente, a inicial da ADI nº 5.062 assevera que as normas impugnadas *“representam ingerência direta do Estado na forma de cobrança dos direitos patrimoniais referentes à execução pública das obras musicais”*. Porém, em razão das garantias constitucionais da propriedade privada e da livre iniciativa, *“cabe somente aos titulares dos direitos, de forma livre, definir o modo de aproveitamento econômico de suas obras (...)*. Ao Estado não dado limitar esse direito”.

Apontam as requerentes que licenças do tipo *“cobertor”* (*blanket licenses*) são as mais adequadas para locais de frequência coletiva, bem como estações de rádio e emissoras de televisão que executam programação alheia. Isso porque, nestes casos, os usuários *“sequer têm conhecimento prévio de quais as obras serão por eles executadas publicamente”*. Afirmam então existir imperativo *fático* em prol da *“licença cobertor”*, que permite ao usuário *“executar publicamente qualquer obra musical [quantas vezes quiser durante o prazo da licença], pagando previamente um preço que abrange esse licenciamento global”*.

ADI 5062 / DF

Em seguida, afirmam ser “inexequível” a fixação de preços diretamente pelas Associações ou os titulares de direitos autorais individualmente. É que o aproveitamento econômico das obras musicais recai sobre diversos cotitulares, os quais, em virtude da respectiva liberdade associativa, são livres para integrar a Associação que desejarem. *“Assim, cada Associação tem como membros titulares de direitos autorais sobre diversas obras, mas não necessariamente tem entre seus quadros todos os titulares de direitos sobre uma determinada obra e muito menos sobre um repertório como um todo”*. Destarte, concluem que *“apenas o ECAD, na qualidade de ‘associação de associações’, reúne esse repertório e é por essa razão que a fixação de preços, atualmente, se dá nas assembleias do ECAD”*.

Quanto aos §§ 10 e 11, apontam sua contradição com os §§ 3º e 4º. Neste ponto, recorrem a parecer subscrito pelo professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto no qual se sustenta que *“o recebimento de ‘créditos e valores não identificados’ e a sua distribuição ‘dentro da mesma rubrica em que foram arrecadados’, são providências que só se coadunam com a sistemática da blanket license (...)”*, supostamente vedada pelos §§3º e 4º. Por fim, em relação ao §15, alegam existir *“mais uma violação ao princípio da liberdade de associação, eis que a fixação de prazos para comunicações entre Associações e associados é matéria que deve ser deliberada pelos próprios associados no âmbito das Associações por eles integradas”*.

Na ADI nº 5.065, a UBC afirma que o conjunto de dispositivos impugnados, ao *“estabelecer a cobrança pela proporcionalidade ou o ‘grau de utilização das obras e fonogramas’, extermina com o sistema e transfere ao usuário e à administração pública estabelecer o preço do direito autoral, pois confere ao regulamento da administração pública a definição dos critérios de cobrança”*. Aduz que tais regras legais ofendem *“o direito exclusivo do autor, em especial o estabelecido pelo artigo 5º, XXVII, da Constituição Federal, que consagra ter o criador direito exclusivo para dispor e fruir sob sua obra”*. Defende a legitimidade do ECAD para representar as Associações e os

ADI 5062 / DF

titulares de direitos autorais, *“bem como sua habilitação legal para licenciar e fixar preço para execução pública de obras musicais e de fonogramas”*.

Art. 98. (...)

§6º As associações deverão manter um cadastro centralizado de todos os contratos, declarações ou documentos de qualquer natureza que comprovem a autoria e a titularidade das obras e dos fonogramas, bem como as participações individuais em cada obra e em cada fonograma, prevenindo o falseamento de dados e fraudes e promovendo a desambiguação de títulos similares de obras.

§7º As informações mencionadas no § 6º são de interesse público e o acesso a elas deverá ser disponibilizado por meio eletrônico a qualquer interessado, de forma gratuita, permitindo-se ainda ao Ministério da Cultura o acesso contínuo e integral a tais informações.

§8º Mediante comunicação do interessado e preservada a ampla defesa e o direito ao contraditório, o Ministério da Cultura poderá, no caso de inconsistência nas informações mencionadas no § 6º deste artigo, determinar sua retificação e demais medidas necessárias à sua regularização, conforme disposto em regulamento.

As requerentes da ADI nº 5.062 sustentam que o art. 98, §§6º, 7º e 8º da Lei nº 9.610/1998, alterado pelo art. 2º da Lei nº 12.853/2013, *“torna de ‘interesse público’ e acessíveis a ‘qualquer interessado’ todas as informações referentes à participação de cada titular de direitos ‘em cada obra e em cada fonograma’, assegurando ao Ministério da Cultura ‘acesso contínuo e integral a tais informações’; além de atribuir ao Ministério da Cultura o papel de árbitro em conflitos privados”*. Pedem a inconstitucionalidade das referidas regras por ofensa ao direito à privacidade (CRFB, art. 5º, X) e ao princípio da proporcionalidade.

Particularmente, as requerentes alegam que *“a proteção constitucional à intimidade (...) garante ao titular de direitos autorais a possibilidade de se opor*

ADI 5062 / DF

à divulgação pública de informações referentes à sua participação em determinada obra". Relembrem que "é prática absolutamente corrente em diversos tipos de manifestação artística o uso do pseudônimo", seja para a proteção do autor, seja para viabilizar a execução de suas obras. Nesse contexto, o dispositivo legal "estatui um controle público e estatal sobre tais participações e viola o direito à intimidade dos autores".

Ressaltam ainda que "os titulares de direitos autorais têm acesso, no âmbito das Associações de que participam e do próprio ECAD, às informações relevantes para o fim de acompanhamento e controle de seus respectivos direitos patrimoniais". Daí que "a disposição legal ora comentada não guarda qualquer relação com esse direito do autor", limitando-se "a criar um controle público e estatal sobre as obras musicais, a documentação e os contratos a elas relativos"; controle este que, segundo a inicial, "confere a órgão estatal poderes de avaliar essas informações e mandar retificá-las, se considerá-las inconsistentes".

Na ADI nº 5.065, a UBC alega que "a disponibilização de dados é prerrogativa exclusiva do titular de direitos autorais. Uma obra musical ou uma gravação sonora reúne um elenco de titulares e informações acerca do controle econômico da obra, os percentuais de remuneração, cujos dados são particulares e não podem ser disponibilizados para suprir curiosidade alheia". Aduz que tais informações estão abrigadas pelo "direito da privacidade e do sigilo de dados, conforme definido na CF em seus incisos X e XII, do artigo 5º". E conclui: "ainda que possam parecer passíveis de acesso, este só poderá ocorrer mediante autorização expressa do seu proprietário, sendo vedado às associações darem cumprimento ao determinado pela Lei, sob pena de violarem os direitos pessoais de seus associados".

Art. 98. (...)

§12. A taxa de administração praticada pelas associações no exercício da cobrança e distribuição de direitos autorais deverá ser proporcional ao custo efetivo de suas operações, considerando as peculiaridades de cada uma delas.

(...)

ADI 5062 / DF

§16. As associações, por decisão do seu órgão máximo de deliberação e conforme previsto em seus estatutos, poderão destinar até 20% (vinte por cento) da totalidade ou de parte dos recursos oriundos de suas atividades para ações de natureza cultural e social que beneficiem seus associados de forma coletiva.

Art. 99. (...)

§4º A parcela destinada à distribuição aos autores e demais titulares de direitos não poderá, em um ano da data de publicação desta Lei, ser inferior a 77,5% (setenta e sete inteiros e cinco décimos por cento) dos valores arrecadados, aumentando-se tal parcela à razão de 2,5% a.a. (dois inteiros e cinco décimos por cento ao ano), até que, em 4 (quatro) anos da data de publicação desta Lei, ela não seja inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) dos valores arrecadados.

(...)

§8º Sem prejuízo do disposto no §3º do art. 98, as associações devem estabelecer e unificar o preço de seus repertórios junto ao ente arrecadador para a sua cobrança, atuando este como mandatário das associações que o integram.

§9º O ente arrecadador cobrará do usuário de forma unificada, e se encarregará da devida distribuição da arrecadação às associações, observado o disposto nesta Lei, especialmente os critérios estabelecidos nos §§ 3º e 4º do art. 98.

As requerentes da ADI nº 5.062 apontam as regras legais citadas *“criam tabelamento sobre a taxa de administração praticada pelas Associações e limitam o poder de os associados deliberarem sobre a utilização dos recursos arrecadados pelas Associações que integram”*. Postulam a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos por violação à liberdade de associação (CRFB, art. 5º, XVII a XX), bem como ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) e à livre iniciativa (CRFB, art. 1º, IV), ambos elevados à condição de fundamentos da Ordem Econômica (CRFB, art. 170).

Particularmente, aduzem as requerentes que, *“sob o aparente pretexto*

ADI 5062 / DF

de garantir aos titulares de direitos autorais o recebimento de um percentual mínimo calculado sobre a arrecadação, a Lei - na realidade - restringe o direito desses mesmos titulares de, como associados, dar a seus recursos a destinação que bem entenderem". Alegam a limitação legal caracteriza "expropriação" do direito de livre disposição dos recursos arrecadados pelos titulares de direitos autorais. Afirmam ainda que as taxas de administração cobradas pelo ECAD e pelas Associações não consubstanciam preços, "mas custos (assim como as taxas condominiais representam a repartição das despesas dos condôminos)". Sustentam que "o tabelamento da taxa de administração, além de incompatível com a natureza privada das Associações, é incompatível com próprio regime jurídico das entidades associativas".

Quanto aos §§ 8º e 9º do art. 99 já citado, as requerentes afirmam que *"a unificação do preço e da cobrança dos direitos autorais pelo ente arrecadador decorre do próprio sistema de gestão coletiva".* Daí que, *"nessas condições, os dispositivos seriam inócuos (...). De todo o modo, o § 9º resta prejudicado, por referir-se ao §4º cuja inconstitucionalidade já se demonstrou acima".*

Na ADI nº 5.065, a UBC afirma que a Lei nº 9.610/1998, em seu novo art. 98, §16, *"determina um percentual de um teto para destinação de seus recursos para ações de natureza cultural e social, em estranha interferência, na medida em que deliberação dessa ordem também é de competência exclusiva das respectivas assembleias das associações".* Tal medida caracterizaria *"flagrante a ofensa ao artigo 5º, XVIII [da CRFB]"*.

Quanto ao art. 99, §4º, da Lei nº 9.610/1988, articula ser *"surpreendente observar que a Lei ora guerreada apresenta, sem critério legítimo ou base legal, o percentual que caberá às associações para administração de seus direitos".* Sustenta que *"o que a lei fez foi definir o limite de gasto de uma entidade privada, de forma aleatória e retirando dos associados dessa associação a melhor forma para administração de seus direitos",* ao que emenda: *"repete-se aqui a violação ao artigo 5º, XVIII e XXVII, da CF".*

ADI 5062 / DF

Art. 99. (...)

§7º Cabe ao ente arrecadador e às associações de gestão coletiva zelar pela continuidade da arrecadação e, no caso de perda da habilitação por alguma associação, cabe a ela cooperar para que a transição entre associações seja realizada sem qualquer prejuízo aos titulares, transferindo-se todas as informações necessárias ao processo de arrecadação e distribuição de direitos.

Na ADI nº 5.062, as requerentes afirmam que o art. 99, §7º, da Lei nº 9.610/1998, alterado pelo art. 2º da Lei nº 12.853/2013, “*expropria propriedade imaterial detidas pelas Associações e pelo ECAD*”. Isso porque “*os procedimentos desenvolvidos para realizar a arrecadação e a distribuição de direitos autorais é propriedade imaterial do ECAD e das Associações, da qual não podem ser compulsoriamente expropriados como vem de determinar a Lei inconstitucional, que torna obrigatória a transferência a terceiros, sem qualquer remuneração ou indenização*”. Pedem a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo por ofensa ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), bem como à garantia da propriedade imaterial e dos segredos do negócio (CRFB, art. 5º, XXIX).

Art. 98-C. As associações de gestão coletiva de direitos autorais deverão prestar contas dos valores devidos, em caráter regular e de modo direto, aos seus associados.

§1º O direito à prestação de contas poderá ser exercido diretamente pelo associado.

§2º Se as contas não forem prestadas na forma do §1º, o pedido do associado poderá ser encaminhado ao Ministério da Cultura que, após sua apreciação, poderá determinar a prestação de contas pela associação, na forma do regulamento.

Art. 100-B. Os litígios entre usuários e titulares de direitos autorais ou seus mandatários, em relação à falta de pagamento, aos critérios de cobrança, às formas de oferecimento de repertório e aos valores de arrecadação, e entre titulares e suas

ADI 5062 / DF

associações, em relação aos valores e critérios de distribuição, poderão ser objeto da atuação de órgão da Administração Pública Federal para a resolução de conflitos por meio de mediação ou arbitragem, na forma do regulamento, sem prejuízo da apreciação pelo Poder Judiciário e pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, quando cabível.

Na ADI nº 5.062, as requerentes alegam que os arts. 98-C e 100-B da Lei nº 9.610/98, introduzidos pelo art. 3º da Lei nº 12.853/2013, *“atribuem ao Ministério da Cultura e a órgão da Administração Pública Federal, não identificado, o poder de arbitrar conflitos de natureza privada, a respeito de direitos disponíveis, entre associados e Associações e entre usuários e titulares de direitos autorais”*. Afirmam que *“tal mediação não se justifica”*, uma vez que, *“caso qualquer Associação deixe de cumprir seu dever, o caminho direto previsto no ordenamento jurídico é o recurso ao Poder Judiciário”*. Ademais, todos os temas indicados na Lei *“dizem respeito a direitos privados e disponíveis, em relação aos quais não há qualquer fundamento constitucional que autorize a interferência do Poder Executivo”*.

Postulam a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos ao fundamento de violação à livre iniciativa (CRFB, arts. 1º e 170), ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) e à separação de Poderes (CRFB, art. 60, §4º, III).

Na ADI nº 5.065, a UBC sustenta, quanto ao citado art. 98-C, §2º, que *“as associações não atuam na esfera pública e foram constituídas por titulares de direitos autorais para exercício de direitos individuais estritamente privados”*. Daí que a intervenção estatal configuraria *“violação aos termos do artigo 5º, XVIII, da CF”*. Quanto ao mencionado art. 100-B, defende que *“pretende retirar, de forma discricionária, do Poder Judiciário o seu papel de moderador da lei e de solução conflitos”*. Aduz ainda que *“não há qualquer necessidade para que norma relativa à alteração da Lei de Direitos Autorais expressamente se refira à matéria concorrencial, cujo cabimento ou não se dará conforme a efetiva aplicação da Lei da Concorrência, caso a caso e não pelo fato de simplesmente*

ADI 5062 / DF

constar na Lei de Direitos Autorais". Aponta "violação ao artigo 5º, XXVII, da CF".

Art. 99-A. O ente arrecadador de que trata o *caput* do art. 99 deverá admitir em seus quadros, além das associações que o constituíram, as associações de titulares de direitos autorais que tenham pertinência com sua área de atuação e estejam habilitadas em órgão da Administração Pública Federal na forma do art. 98-A.

Na ADI nº 5.062, as requerentes alegam que o art. 99-A da Lei nº 9.610/98, introduzido pelo art. 3º da Lei nº 12.853/2013, *"autoriza órgão da Administração Pública Federal a tornar obrigatória a admissão de associados no ECAD"*. Segundo a inicial, *"é inerente ao princípio da liberdade de associação que ninguém pode ser compelido a se associar com terceiro"*. A norma questionada, porém, *"viola esse princípio ao tornar compulsória a admissão de associados ao ECAD, por decisão de 'Órgão da Administração Federal' que considere tais associados 'habilitados' à representação dos titulares de direitos autorais"*.

Asseveram ainda que *"a associação compulsória resulta - em última análise - na repartição obrigatória do patrimônio do ente arrecadador, em favor das novas associações admitidas em seu quadro social"*. Em consequência, *"dá-se mais uma forma de expropriação do direito de propriedade das associadas pré-existentes, que têm reduzida sua quota parte no acervo social"*. Defendem que o ECAD não poderá recusar um pretendente a associado por mero capricho, mas afirmam que *"casos concretos de abusos, capricho ou malícia podem ser objeto de recurso ao Poder Judiciário"*, e não de interferência do Poder Executivo, sobretudo porque o ECAD é associação de direito privado *"que jamais recebeu qualquer aporte financeiro ou subvenção pública"*.

Pedem a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal por violação à propriedade privada (CRFB, art. 5º, XXII), à liberdade de associação (CRFB, art. 5º, XVII a XX) e ao princípio da proporcionalidade.

ADI 5062 / DF

Na ADI nº 5.065, a UBC sustenta, quanto ao dispositivo em referência, que *“as associações não atuam na esfera pública e foram constituídas por titulares de direitos autorais para exercício de direitos individuais estritamente privados”*. Daí que *“as associações de direitos autorais devem respeitar os ditames do Diploma Civil, em especial os seus artigos 53 a 61. Nada além”*, sendo a presente intervenção estatal *“violação aos termos do artigo 5º, XVIII, da CF”*.

Em 06/11/2013 e em 14/11/2013, determinei a aplicação do art. 12 da Lei nº 9.868/99 às ADIs nº 5.062 e 5.065 respectivamente, visando ao julgamento definitivo do mérito das demandas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Em ambas as ações diretas sob julgamento, o Senado Federal prestou informações atestando que a Lei nº 12.385/2013, fruto do PLS nº 129/2012, fora processada dentro dos estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie, afirmando sua compatibilidade formal e material com a Constituição da República. A Câmara dos Deputados não prestou informações.

A Presidência da República, por intermédio da Consultoria-Geral da União, rebateu as arguições de inconstitucionalidade ventiladas nas ações diretas sob julgamento e pugnou pelo indeferimento dos pedidos. Segundo as informações prestadas pelo Poder Executivo, *“a relevância pública da atividade de gestão coletiva de direitos autorais (...) já é suficiente para espancar de vez qualquer tentativa de situar a atividade de arrecadação na esfera puramente privada, de interesses meramente pessoais disponíveis”*. Juntou-se ainda manifestação do Ministério da Cultura em defesa do ato normativo questionado.

A Advocacia-Geral da União, em cumprimento ao art. 103, §3º, da Constituição, apresentou manifestação em defesa da constitucionalidade

ADI 5062 / DF

da Lei nº 12.853/2013. Eis a ementa dos pareceres em cada ação direta:

ADI nº 5.062

Constitucional. Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013, que trata da gestão coletiva dos direitos autorais. Preliminar. Ausência de impugnação a todos os dispositivos da norma atacada. Conhecimento parcial. Mérito. Ausência de violação à livre iniciativa, à isonomia, ao direito de propriedade, à liberdade de associação, à intimidade, à proteção aos segredos de negócio e à propriedade imaterial, bem como aos princípios da separação de Poderes, da proporcionalidade, da subsidiariedade e da consensualidade (artigos 1º, 5º, *caput* e incisos X, XVII, XVIII, XIX, XXII, XXIX, e XXVIII; 60, §4º, inciso III; e 170, todos da Carta Republicana). Alterações normativas destinadas a conferir transparência e segurança jurídica aos autores, aos usuários e à própria sociedade. Manifestação pelo conhecimento parcial da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.

ADI nº 5.065

Constitucional. Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013, que trata da gestão coletiva dos direitos autorais. Preliminar. Ilegitimidade ativa *ad causam* da requerente. Mérito. Ausência de vício formal. Juízo de conveniência do Congresso Nacional em adotar regime de urgência na tramitação da proposta legislativa que originou a lei atacada. Mérito. Ausência de violação ao princípio da isonomia, à liberdade de associação, ao direito à intimidade, ao direito personalíssimo do autor de dispor de suas obras e à excepcionalidade de exploração de atividade econômica pelo Estado (artigos 5º, *caput* e incisos XVII, XVIII, X, XII e XXVII; e 173, todos da Carta Republicana). Alterações normativas destinadas a conferir transparência e segurança jurídica aos autores, aos usuários e à própria sociedade. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.

ADI 5062 / DF

A Procuradoria-Geral da República, na qualidade de fiscal da lei, pronunciou-se pelo conhecimento integral da ADI nº 5.062 e pelo não conhecimento da ADI nº 5.065. No mérito, opinou pela improcedência dos pedidos deduzidos em ambas as ações em julgamento. Confira-se a ementa da manifestação subscrita pelo *Parquet* federal em cada uma das ADIs:

ADI nº 5.062

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 12.853, de 14 de agosto de 2013. Gestão coletiva de direitos autorais. Preliminar. Conhecimento integral da ação. Mérito. Função social dos direitos autorais. Regulamentação das atividades de arrecadação e distribuição de direitos autorais. Distorções graves e crônicas no funcionamento do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad), apontadas em comissões parlamentares de inquérito. Transparência, prestação de contas, eficiência, idoneidade, isonomia e segurança. Caráter não estritamente privado do regime jurídico aplicável. Legitimidade das normas que preveem maior atuação do poder público no funcionamento do sistema. Ausência de violação aos parâmetros constitucionais invocados. Parecer pelo indeferimento da medida cautelar e, em definitivo, pela improcedência do pedido.

ADI nº 5.065

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 12.853, de 14 de agosto de 2013 (altera a Lei do Direito Autoral). Gestão coletiva de direitos autorais. Preliminares. Identidade de objeto com a ADI 5.062/DF. Apensamento dos feitos para julgamento conjunto. Ilegitimidade ativa da requerente. Mérito. Inexistência de vícios formais de inconstitucionalidade. Aspecto material. Função social dos direitos autorais. Regulamentação das atividades de arrecadação e distribuição de direitos autorais. Distorções graves e crônicas no funcionamento do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad), apontadas em comissões parlamentares de inquérito. Transparência, prestação

ADI 5062 / DF

de contas, eficiência, idoneidade, isonomia e segurança. Caráter não estritamente privado do regime jurídico aplicável. Legitimidade das normas que preveem maior atuação do poder público no funcionamento do sistema. Ausência de violação aos parâmetros constitucionais invocados. Parecer pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Em razão da complexidade teórica e prática que perpassa boa parte das arguições de inconstitucionalidade ventiladas nas presentes ações diretas, convoquei Audiência Pública no afã de receber esclarecimentos sobre o tema por parte de titulares de direito autoral, entidades estatais envolvidas com a matéria e representantes da sociedade civil diretamente encarregados da concepção e da aplicação da Lei nº 12.853/2013.

A Audiência foi realizada no dia de 17 de março de 2014, contando com a participação de vinte e quatro expositores, o que permitiu o aporte de valiosos subsídios técnicos para esta Suprema Corte, bem como viabilizou a ampla pluralização do debate jurídico em questão. Após a realização da Audiência, tanto as requerentes (Petição nº 15.603/2014 – ADI nº 5.062) quanto a Procuradoria-Geral da República apresentaram petições consolidando as contribuições dos expositores e reiterando as respectivas posições sobre o mérito da controvérsia constitucional.

Em 05/11/2015, admiti o ingresso no feito, na qualidade de *amici curiae*, da União Brasileira de Editoras de Músicas (UBEM) e da Associação Procure Saber (APS). Na sequência, solicitei data para julgamento das demandas.

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada aos Ministros deste Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (art. 9º, *caput*, da Lei nº 9.868/1999).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.062 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):

I. Preliminar: admissibilidade das ações diretas

Assento, de plano, a admissibilidade de ambas as ações diretas de inconstitucionalidade ora em julgamento, ajuizadas em face da Lei nº 12.853/2013, ato normativo evidentemente primário, geral e abstrato, que introduziu profundas alterações na disciplina jurídica brasileira da gestão coletiva de direitos autorais e conexos.

Na ADI nº 5.062, são **sete** as requerentes, todas elas devidamente caracterizadas como “entidade de classe de âmbito nacional”, nos termos tanto do art. 103, IX, da CRFB, quanto da jurisprudência desta Corte. Ademais, a Lei questionada guarda estreita afinidade com os objetivos institucionais de cada uma das associações. Confira-se:

1) A **Associação Brasileira de Música e Artes (ABRAMUS)** congrega categoria econômica diferenciada (titulares de direitos autorais e conexos, cujas obras estão sujeitas à execução pública) presente em 26 estados da federação mais o Distrito Federal. O art. 2º de seu Estatuto dispõe ser finalidade da ABRAMUS representar os seus associados para a defesa e cobrança de direitos autorais, em especial *“defender os interesses dos associados perante os órgãos e entidades públicas, objetivando maior adequação aos seus objetivos dos dispositivos legais e regulamentares, pertinentes ao exercício da sua atividade, a produção musical (...)”* (art. 2º, alínea e).

2) A **Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes / Sociedade Musical Brasileira (AMAR-SOMBRÁS)** reúne, na forma do artigo 5º de seu Estatuto, *“compositores, autores, versionistas, editores musicais e produtores fonográficos que publiquem obras sob qualquer formato, arranjadores, adaptadores e orquestradores, bem como criadores de obras intelectuais de qualquer*

natureza, além de intérpretes e executantes, como tais considerados os maestros, regentes, solistas vocais e instrumentais, músicos, coralistas, declamadores, orquestras, coros, conjuntos musicais e assemelhados” (categoria econômica diferenciada vinculada aos titulares de direitos autorais e conexos no setor musical, cujas obras estão sujeitas à execução pública). Apresenta representatividade em 26 estados da federação e no Distrito Federal. Segundo o art. 3º do Estatuto da entidade, sua finalidade é a defesa e a gestão dos direitos de seus associados.

3) A **Associação de Intérpretes e Músicos (ASSIM)** reúne músicos titulares de direitos autorais, estando presente em 25 estados da federação, além do Distrito Federal. Sua pertinência temática encontra-se satisfeita ante o objetivo da entidade em representar e defender os direitos de seus associados de forma moral e material, conforme dispõe o artigo 1º, *caput* e 2º, I, de seu Estatuto.

4) A **Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música (SBACEM)** congrega categoria econômica diferenciada composta por titulares de direitos autorais e conexos oriundos do ramo musical, presente em 25 estados da federação mais o Distrito Federal. O art. 2º, parágrafo único, de seu Estatuto dispõe ser sua finalidade defender moral e materialmente os direitos de seus associados.

5) A **Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (SICAM)** reúne, com base no artigo 8º de seu Estatuto, “titulares de direitos de obras musicais”, categoria econômica diferenciada vinculada ao ramo da música, especificamente aos titulares de direitos autorais e conexos, cujas obras estão sujeitas à execução pública. A SICAM tem representatividade em 26 estados da federação e no Distrito Federal. Segundo o art. 5º de seu Estatuto, o propósito da entidade é defender, no âmbito moral e patrimonial, os direitos autorais e conexos de seus associados efetivos e administrados.

6) A **Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (SOCINPRO)** se amolda ao conceito constitucional de entidade de classe de âmbito nacional, uma vez que reúne titulares de direitos autorais e conexos, mantendo representatividade em 26 estados da federação além do Distrito Federal. A pertinência temática encontra-se satisfeita ante o objetivo da entidade em proteger os direitos de seus associados, conforme dispõe o artigo 4º e 5º de seu Estatuto.

7) O **Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)** congrega associações de titulares de direitos de autor e dos que lhes são conexos relativos à execução pública de obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, na forma do art. 99 da Lei nº 9.610/1998. O ECAD tem representação em 19 estados da federação mais o Distrito Federal. A Lei nº 12.853/2013 revela afinidade com os objetivos institucionais da requerente, sobretudo à luz do art. 1º de seu Estatuto, que dispõe ser sua finalidade defender os direitos de seus associados. Ressalte-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI-AgR nº 3.153, rel. Min Sepúlveda Pertence, DJ de 09/09/2005, assentou, superando entendimento anterior, a legitimidade ativa *ad causam* de “associação de associações”.

Na ADI nº 5.065, a **União Brasileira de Compositores (UBC)** também se caracteriza como entidade de classe de âmbito nacional nos termos do art. 103, IX, da CRFB. A associação congrega categoria econômica diferenciada (titulares de direitos autorais, propriedade artística e literária), com representatividade nacional, uma vez que presente em 26 estados da federação e no Distrito Federal. De outra banda, a Lei nº 12.853/2013 apresenta evidente pertinência com os objetivos institucionais da requerente, notadamente à luz do art. 2º, *a*, de seu Estatuto, que dispõe ser sua finalidade a defesa moral e material dos direitos de seus associados.

Neste ponto, rejeito a questão preliminar suscitada pela Advocacia-

ADI 5062 / DF

Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República quanto à pretensa ilegitimidade ativa *ad causam* da UBC para deflagrar o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade perante este Supremo Tribunal Federal. Segundo sustentam a AGU e a PGR, a UBC não configura “entidade de classe” porquanto *heterogênea*, no sentido de possuir, entre seus associados, categorias profissionais distintas, reunindo, por exemplo, pessoas naturais titulares de direitos autorais e pessoas jurídicas que atuam na editoração musical. Não acolho estes fundamentos.

Como se sabe, a noção de “entidade de classe” para fins do art. 103, IX, da CRFB não está definida por critérios legais objetivos, sendo fruto de um esforço do Tribunal em racionalizar o acesso à jurisdição constitucional. Nesse sentido, a Corte passou a exigir, desde a ADI nº 42, julgada em setembro de 1992, a “homogeneidade” de tais entidades, assim concebidas aquelas que representam grupo de pessoas que exercem as mesmas atividades profissionais ou econômicas. Naquele julgado, o ministro Sepúlveda Pertence, procurando delimitar as balizas do critério, reputou caracterizada a homogeneidade sempre que existente “*identidade ou semelhança da atividade empresarial ou profissional ou do setor econômico em que empregados os seus integrantes*”. Já o Ministro Celso de Mello afirmou que o ponto central para a aferição da legitimidade é “*a existência de um vínculo jurídico ou de uma relação-base, que as congregue e lhes imprima caráter unitário na ação social em que se busque a colimação do interesse coletivo*”.

Na hipótese, acredito haver semelhança suficiente para caracterizar a homogeneidade da UBC. A rigor, as próprias noções de *homogeneidade* e *heterogeneidade* associativa carecem de maior precisão jurídica. A depender do ângulo pelo qual se enxergue a controvérsia, poderá haver um ou outro. Vista pelo enfoque *subjetivo*, como fazem a AGU e a PGR, a UBC, ao congregar pessoas naturais e jurídicas, autores de obras musicais e editoras de música, seria heterogênea por reunir categorias profissionais diferentes. Porém, analisada a matéria pelo enfoque *objetivo*, na linha do Min. Celso de Mello, visualizo nítida semelhança entre os integrantes da associação, na medida em que titulares de direitos autorais e conexos

ADI 5062 / DF

submetidos à execução pública e, portanto, pertencentes a uma das entidades atuantes na gestão coletiva, setor da vida social alvo de profundas transformações a partir da edição da Lei nº 12.853/2013.

Ante esse dilema de enfoque, um questionamento me soa natural: se as próprias entidades integrantes do sistema brasileiro de gestão coletiva de direitos autorais não ostentam legitimidade *ad causam* para questionar o novo marco regulatório do setor, quem mais poderia ter? Aliás, um dado prático não pode ser ignorado. Até o advento da nova Lei, a gestão coletiva de direitos autorais era exercida por nove associações, além do próprio ECAD. Destas nove, seis figuram como requerentes na ADI nº 5.062 (ao lado do Escritório Central) e uma outra, a UBC, é requerente da ADI nº 5.065. Portanto, 80% das entidades de gestão coletiva brasileiras questionam o novo marco regulatório do setor, a revelar, para usar as palavras do Min. Celso de Mello, *“a existência de um vínculo jurídico ou de uma relação-base, que as congregue”*.

Reputo salutar a abertura, em alguma medida, da interpretação constitucional às demandas e às expectativas das entidades associativas afetadas diretamente pela nova disciplina legal. Oportuna, aqui, a advertência do professor Gustavo Binbenbim no sentido de que *“o argumento ad terrorem da proliferação incontrolável de causas não pode servir como pretexto para frustrar o acesso de grupos organizados, de elevada representatividade social, à participação nos processos constitucionais sobre leis de grande relevância para seus destinos”* (A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª Edição, 2013, pp. 158-159).

Em decisão monocrática recente, proferida nos autos da ADI nº 5.291, o Ministro Marco Aurélio enfrentou o tema com a coragem e a sabedoria que lhe são características, aduzindo que posturas restritivas na interpretação do conceito de “entidade de classe” implicam *“reduzir a potencialidade de interação entre o Supremo e a sociedade civil [e] amesquinhar o caráter democrático da jurisdição constitucional, em desfavor da própria Carta de 1988”*. Tais razões são suficientes para reconhecer a legitimidade ativa da União Brasileira dos Compositores, assentando a homogeneidade da

ADI 5062 / DF

classe formada por seus membros, **titulares de direitos autorais e conexos, cujas obras estão submetidas à execução pública e sujeitas à gestão coletiva.**

Uma última observação sobre este tema se faz necessária. Ela revela a importância do presente julgamento **conjunto**. É que as mesmas razões apresentadas pela AGU e pela PGR, na ADI nº 5.065, quanto à suposta falta de legitimidade da UBC **não** foram arguidas por estes órgãos na ADI nº 5.062, muito embora algumas das requerentes nesta última ação direta apresentem composição de associados muito similar à da UBC. É o caso, por exemplo, da ABRAMUS. Tal omissão, porém, não configura lapso da AGU ou da PGR. Em verdade, não se questionou, na ADI nº 5.062, a legitimidade das associações que lá figuram como requerentes justamente porque elas estão regularmente legitimadas. Aplicam-se à UBC os exatos fundamentos apresentados na inicial da ADI nº 5.062 em defesa da legitimidade das respectivas requerentes:

“Todos os integrantes das Associações, independentemente da categoria ‘profissional’ a que pertencem - como compositores, intérpretes, músicos - integram uma mesma e homogênea categoria, que se distingue pela titularidade de direitos autorais e conexos sobre a execução pública de obras musicais, e pelo exercício conjunto de tais direitos, através das Associações e do ECAD, no sistema de gestão coletiva objeto da Lei nº 9.610/98. Há entre todos os membros das Associações o ‘vínculo jurídico’ e a ‘relação-base’ que os une e que confere ‘caráter unitário na ação social’ em que se procura alcançar o interesse coletivo-próprio dessa categoria de pessoas delimitada e homogênea - que consiste na preservação do sistema de gestão coletiva dos direitos autorais”.

Rejeito ainda a questão prévia suscitada pela AGU quanto ao conhecimento parcial da ADI nº 5.062 em razão de suposta ausência de impugnação específica de alguns dos dispositivos questionados. Como apontado pela PGR, *“a petição inicial fundamenta especificamente a*

impugnação a cada dispositivo apontado da lei". Nas páginas 38 a 80 da peça inaugural, as requerentes promovem o cotejo analítico entre as previsões legais questionadas e os preceitos constitucionais tidos como violados. O cuidado e a organização da exordial são dignos de nota.

Prosseguindo no exame preliminar, consigno o preenchimento de todos os demais requisitos de admissibilidade das presentes postulações, notadamente a presença de cópia do ato normativo impugnado e a existência de procurações com poderes especiais para o ajuizamento das ações diretas.

Conheço, portanto, das ações diretas de inconstitucionalidade nºs 5.062 e 5.065. Passo ao exame de mérito.

II. Mérito

II.(a) – Inconstitucionalidade formal

A arguição de inconstitucionalidade formal da Lei nº 12.853/2013 está veiculada apenas na ADI nº 5.065. Os fundamentos articulados na ADI nº 5.062 são de índole estritamente material.

A União Brasileira de Compositores sustenta, de início, que a Lei nº 12.853/2013, resultante de substitutivo ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 129/2012 apresentado pelo Senador Humberto Costa, padeceria de vício formal, porquanto teria tramitado *"em tempo recorde"*, ao longo de 14 dias, sem justificativa para o rito de urgência. Aduz que *"a significativa mudança provocada no texto original do PLS 129, (...), retiraria da questão qualquer possibilidade de aplicação do regime de tramitação sumário, violando o artigo 59 da Constituição"*. E conclui:

"Flagrante, pois, o vício de inconstitucionalidade formal, na medida em que foi obstado, sem justificativa, o curso pacífico da proposta legislativa aprovada, bem como introduzidos vários elementos novos se comparados ao texto originalmente revelado pelo PLS 129, alvo do substitutivo do Senador Humberto Costa".

ADI 5062 / DF

Os argumentos, porém, não convencem. Já tive a oportunidade de consignar nos autos da ADI nº 4.357 e da ADI nº 4.425, que a interferência judicial no âmago do processo político, para justificar-se, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto expresso das normas da Constituição da República. É que, do contrário, correr-se-ia o grave risco de sufocar e de engessar a dinâmica própria aos agentes políticos eleitos, aprisionando-a por força externa em fórmulas rígidas que não se ajustam bem à cambiante necessidade de acomodar uma ampla gama de anseios sociais divergentes no Parlamento.

Sob este pano de fundo, cabe indagar qual o amparo normativo em que se funda o argumento de vício formal da Lei nº 12.853/2013, para que assim se examine se ele é fruto, verdadeiramente, de um conflito claro e inequívoco entre a forma exigida pela Constituição e aquilo que levado a cabo pelo Congresso Nacional, ou se, ao contrário, decorre ele de uma construção um tanto quanto arrojada das regras constitucionais.

Pois bem. O PLS nº 129/2012 resultou dos trabalhos investigativos realizados pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instaurada pelo Senado Federal em 2011 para apurar denúncias de irregularidades na sistemática brasileira de gestão coletiva de direitos autorais. Ao longo de dez meses (de 28/06/2011 a 26/04/2012), a CPI realizou um total de dezessete reuniões, sendo onze destinadas a oitivas, audiências públicas e diligências para ouvir artistas, produtores, especialistas, dirigentes e funcionários do ECAD. Consta do relatório final da CPI, recomendação para *“que o Congresso Nacional aprove, em regime de urgência, o projeto de lei que vai anexo a este relatório, que dispõe sobre o Novo Sistema de Gestão Coletiva de Direitos Autorais”*.

Em maio de 2012, o referido projeto foi protocolado no Senado Federal e remetido à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Perante a CCJ, o Senador Humberto Costa apresentou, em 26 de junho de 2013, substitutivo ao PLS original. Após emendas de outros senadores integrantes da Comissão, o substitutivo foi aprovado em 03 de julho de 2013. A Comissão ainda aprovou o Requerimento nº 30, de 2013-CCJ, para conferir urgência à tramitação da matéria. No mesmo dia, o

ADI 5062 / DF

projeto foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal.

Encaminhado à Câmara dos Deputados, o projeto foi autuado como PL nº 5.901/2013 e, por votação unânime do Plenário, passou tramitar em regime de urgência (Requerimento nº 8.178/2013). Em 09 de julho de 2013, a proposição foi aprovada, em sequência, pela Comissão de Cultura, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e, por fim, pelo Plenário da Câmara dos Deputados, sendo devolvida ao Senado Federal em 10 de julho de 2013. Enviado à Presidência da República, o Projeto foi sancionado sem vetos em 14 de agosto e entrou em vigor em 13 de dezembro de 2013.

À luz desse trâmite, não me parece que tenha havido qualquer ofensa ao devido processo legislativo. Em *primeiro* lugar, registro que a UBC não aponta nenhum dispositivo constitucional específico que tenha sido violado, invocando genericamente o art. 59 da CRFB, que apenas elenca as espécies legislativas existentes em nosso ordenamento jurídico. Em *segundo* lugar, a Constituição de 1988 não estabeleceu prazos mínimos para tramitação de projetos de lei, nem disciplinou o regime urgente de tramitação, circunstância que, a meu sentir, confere espaço suficiente para o legislador imprimir aos seus trabalhos a cadência que julgar adequada. Nesse sentido, também opinou a PGR:

“A Constituição Federal não dispôs sobre o rito abreviado de tramitação aplicável às proposições legislativas de autoria de membros do Congresso Nacional, mas apenas tratou da hipótese do requerimento de urgência quando solicitado pelo Presidente da República, aos projetos de sua autoria. Além disso, a única vedação a tal regime encontra-se no §4º, parte final, do art. 64 da Constituição, que o proíbe aos projetos de código, hipótese em que não se enquadra o diploma sob exame.

A mera relevância da matéria da Lei 12.853/2013 não caracteriza impedimento constitucional à adoção de regime de urgência para trâmite do respectivo projeto de lei. Tampouco induz inconstitucionalidade formal do diploma o fato de sua redação final aprovada pelo Congresso Nacional ter-se dado na forma de substitutivo, o qual teria introduzido elementos novos

na proposição legislativa original”.

Rejeito o vício de forma imputado à Lei nº 12.853/2013.

II.(b) – Inconstitucionalidade material

Premissas Teóricas

II.(b).1. Direitos autorais e gestão coletiva: a racionalidade econômica

O direito autoral é um conjunto de prerrogativas que são conferidas por lei à pessoa física ou jurídica que cria alguma obra intelectual (cf., por todos, ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito do autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992). Dentre tais prerrogativas, destaca-se, para os fins do presente julgamento, o direito *exclusivo* do autor à utilização, à publicação ou à reprodução de suas obras, garantido expressamente pelo art. 5º, XXVII, da Constituição da República, *verbis*:

CRFB, Art. 5º (...)

XXVII - aos autores pertence o direito **exclusivo** de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

(sem grifos no original)

Essa exclusividade se justifica como *mecanismo de incentivo* à criação intelectual: caso não fosse possível ao autor auferir, em caráter restrito e por período de tempo adequado, benefício superior ao custo de reprodução da obra, dificilmente alguém investiria recursos monetários e não monetários na produção intelectual (LANDES, William M., POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 21: “*Unless there is power to exclude, the incentive to create intellectual property in the first place may be impaired*”). À exclusividade do direito do autor corresponde, como face simétrica, a necessidade de todo interessado obter autorização prévia do titular para poder utilizar a obra.

ADI 5062 / DF

Aqui se iniciam as delicadezas da proteção da propriedade intelectual, em particular dos direitos autorais. Em primeiro lugar, a titularidade sobre determinada obra é, em geral, compartilhada por diversos indivíduos que participaram da sua criação, tais como artistas intérpretes ou executantes e produtores de fonogramas. Em segundo lugar, a ausência de suporte físico que delimite o domínio intelectual cria dificuldades de monitoramento da utilização da obra, sobretudo na execução pública. Ambas as características tornam o mercado de obras intelectuais refém de elevados *custos de transação*.

O termo “custos de transação” ganhou destaque nas ciências econômicas com o trabalho seminal de Ronald Coase, que posteriormente lhe rendeu o Prêmio Nobel em 1991 (“The problem of social cost”. *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1-44). Quer-se, com essa ideia, designar os recursos sacrificados (i) na procura e na identificação da contraparte negocial, (ii) na barganha e na decisão quanto aos termos contratuais; (iii) na supervisão das condutas e na responsabilização das violações ao ajuste firmado. Custos de transação elevados comprometem o sistema de incentivos voltado a induzir a produção intelectual ao reduzirem o retorno esperado dos criadores. Daí a importância de mecanismos que, mitigando as aludidas dificuldades práticas, tornem atrativa a dedicação humana à criação intelectual. É o que faz a *gestão coletiva*.

Em linhas gerais, compreende-se por gestão coletiva de direitos autorais o exercício e a defesa das prerrogativas legais inerentes à criação intelectual através de associações formadas por titulares desses direitos. Esse modelo de gestão reduz as dificuldades operacionais geradas tanto pela cotitularidade das obras quanto pelos custos de monitoramento da sua execução. Ao reunir autores, torna-se mais simples a identificação e a negociação do licenciamento dos direitos. Ao mesmo tempo, viabiliza-se que uma mesma estrutura de fiscalização e cobrança seja utilizada por diferentes titulares, diluindo os custos de manutenção pela presença de economias de escala (HANDKE, Christian. “Collective administration”. *Handbook of the Economics of Copyright*. Cheltenham: Edwar Elgar

Publishing Inc., 2014, pp. 179-206). Por esse ângulo, a gestão coletiva tende a aperfeiçoar o mercado na direção socialmente eficiente.

Não obstante suas vantagens, a gestão coletiva também gera preocupações. É que a congregação de titulares acaba por lhes conferir relevante *poder de mercado*, assim compreendida a possibilidade de afetar o preço de equilíbrio por comportamento próprio, o que, *in casu*, se dá sobretudo pela fixação conjunta dos valores de repertórios (BESEN, Stanley M., KIRBY, Sheila N. e SALOP, Steven C. "An Economic Analysis of Copyright Collectives". *Virginia Law Review*, vol. 78, 1992, pp. 383-411). Na literatura econômica, a existência de poder de mercado resulta, via de regra, em alocações não eficientes do ponto de vista social. No caso do monopólio, isso se dá pelo fato de a oferta *efetiva* do bem transacionado ficar aquém da oferta (socialmente) *ótima* (cf. NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory. Basic Principles and Extensions*. Ohio: Thomson SouthWestern, 10th Edition, 2007, pp. 497-500). Tal circunstância implica desperdício de recursos escassos, caracterizados pela existência de oportunidades não exploradas de transações mutuamente benéficas. É o que se costuma chamar de "perda de peso morto" (*deadweight loss*). Por esse ângulo, a gestão coletiva tende a distorcer o mercado na direção oposta à socialmente eficiente.

Vê-se, portanto, que a gestão coletiva de direitos autorais envolve um *trade-off* socialmente relevante. Por um lado, ela viabiliza a própria existência do mercado ao reduzir os custos de transação decorrentes da cotitularidade e da imaterialidade da propriedade intelectual. Por outro, ela confere poder de mercado aos titulares de direito, em especial às entidades de gestão coletiva, ao induzir a precificação conjunta das obras intelectuais. Em um regime democrático, encontrar o ponto adequado de equilíbrio nesse dilema é um desafio que se apresenta de tempos em tempos a diferentes gerações.

II.(b).2. Direitos autorais e gestão coletiva: a disciplina jurídica brasileira

No período republicano, todas as Constituições brasileiras, excetuando-se a Carta de 1937, consagraram expressamente o direito do autor à exclusividade da reprodução de suas obras. Foi assim com as Constituições de 1891 (art. 72, §26), 1934 (art. 113, §20), 1946 (art. 141, §19) e 1988 (art. 5º, XXVII). O traço particular da Carta de 1988 foi alçar, ao plano constitucional, a previsão da gestão coletiva dos direitos autorais. É o que dispõe o art. 5º, XXVIII, da CRFB, *verbis*:

CRFB, art. 5º (...)

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

No plano infraconstitucional, porém, a gestão coletiva é objeto de disciplina jurídica desde 1973, quando promulgada a Lei nº 5.988. Neste arcabouço legal, três entidades merecem destaque: (i) o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), (ii) as associações de titulares direitos autorais e (iii) o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de direitos autorais (ECAD).

O Conselho Nacional de Direito Autoral foi previsto como “*órgão de fiscalização, consulta e assistência, no que diz respeito a direitos do autor e direitos que lhes são conexos*” (art. 116). A ele cabia, dentre outras competências, “*determinar, orientar, coordenar e fiscalizar as providências necessárias à exata aplicação das leis, tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil sobre direitos do autor e direitos que lhes são conexos*” (art. 117, I). Registre-se ainda a autoridade de fixar normas para a unificação

ADI 5062 / DF

dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais (art. 117, IV), além de funcionar como árbitro em questões que versassem sobre direitos autorais entre autores, intérpretes, ou executantes, e suas associações, tanto entre si, quanto entre uns e outras (art. 117, V).

Quanto ao regime das associações de titulares direitos autorais, a Lei nº 5.988/2013 previa que, para o exercício de seus direitos, poderiam os titulares de direitos autorais associarem-se, sem intuito de lucro (art. 103), vedando-se o pertencimento a mais de uma associação (art. 103, §1º). Com a filiação, a associação tornava-se, *ex lege*, mandatária dos associados para a defesa de seus direitos (art. 104), sem prejuízo de sua tutela pessoal por cada titular (art. 104, § único).

O funcionamento das associações dependia de autorização prévia do CNDA (art. 105). Para além das matérias obrigatórias que deveriam constar do estatuto (art. 106), a Lei nº 5.988 disciplinava ainda os órgãos da associação (art. 107), traçando regras fundamentais para sua atuação (arts. 108 a 112), como a composição de cada órgão, a periodicidade de reuniões, os critérios de votação e a remuneração de seus integrantes. Menciono ainda as obrigações das associações em relação ao CNDA (art. 114), no que tem destaque o dever de prestar informações sobre qualquer alteração no estatuto ou na relação de associados (art. 114, I) bem como a apresentação de relatórios, até trinta de março de cada ano, das atividades desenvolvidas (art. 114, III, a), cópia autêntica do balanço (art. 114, III, b) e relação das quantias distribuídas a seus associados ou representantes (art. 114, III, c). As associações também eram obrigadas a prestar as informações que o CNDA solicitasse, bem como exibir-lhe seus livros e documentos (art. 114, IV).

Quanto ao ECAD, a Lei nº 5.988/1973 previa um único dispositivo (art. 115), estabelecendo que as associações deveriam organizar, em prazo fixado pelo CNDA, um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos direitos relativos à *execução pública*, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou litero-musicais e de fonogramas. O ECAD não teria finalidade de lucro e reger-se-ia por estatuto aprovado pelo CNDA (art. 115, §1º), ao qual deveria

ADI 5062 / DF

enviar, bimensalmente, relatório de atividades e balancete (art. 115, §2º). Apesar de previsto em lei desde 1973, o ECAD só foi implantado em 1976 pela Resolução nº 1 do CNDA.

Em 1990, o CNDA foi extinto junto com o Ministério da Cultura (Medida Provisória nº 150/1990, art. 25, II, I). O ECAD passou então a ser administrado pelas suas associações, reunidas em assembleia geral, sem qualquer supervisão estatal. Essa circunstância foi mantida pela Lei nº 9.610/1998, que revogou expressamente a Lei nº 5.988/1973 (art. 115) para “*alterar, atualizar e consolidar a legislação sobre direitos autorais*” no Brasil.

Pela Lei nº 9.610/1998, a *gestão coletiva* de direitos autorais deixa de estar submetida a um órgão regulador estatal, como o era o CNDA, organizando-se em: (i) associações de classe representativas de titulares de direitos de autor e conexos, criada para o exercício e defesa desses direitos (art. 97) e (ii) ECAD, que congrega as associações anteriores, sendo responsável, em regime de monopólio, pela arrecadação e distribuição de direitos autorais sobre a *execução pública* de obras intelectuais (art. 99). As disposições da Lei nº 9.610/1998 sobre o ECAD e sobre as associações de titulares de direitos autorais são, em essência, as mesmas da antiga Lei nº 5.988/1973.

Esse desenho legislativo foi questionado perante o Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2.054 em razão do monopólio conferido pela lei ordinária ao ECAD, que violaria a garantia constitucional da liberdade de associação. No início de 2003, no entanto, a Corte rejeitou o pleito e placitou a validade constitucional do regime de monopólio legal da arrecadação e da distribuição de direitos autorais. Eis a ementa do julgado:

I. Liberdade de associação. 1. Liberdade negativa de associação: sua existência, nos textos constitucionais anteriores, como corolário da liberdade positiva de associação e seu alcance e inteligência, na Constituição, quando se cuide de entidade destinada a viabilizar a gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e conexos, cuja forma e organização se remeteram à lei. 2. Direitos autorais e conexos:

sistema de gestão coletiva de arrecadação e distribuição por meio do ECAD (L 9610/98, art. 99), sem ofensa do art. 5º, XVII e XX, da Constituição, cuja aplicação, na esfera dos direitos autorais e conexos, hão de conciliar-se com o disposto no art. 5º, XXVIII, b, da própria Lei Fundamental. 3. Liberdade de associação: garantia constitucional de duvidosa extensão às pessoas jurídicas. II. Ação direta de inconstitucionalidade: não a inviabiliza que à lei anterior, pré-constitucional, se pudesse atribuir a mesma incompatibilidade com a Constituição, se a lei nova, parcialmente questionada, expressamente a revogou por dispositivo não impugnado. III. Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação de partido político não afetada pela perda superveniente de sua representação parlamentar, quando já iniciado o julgamento.

(ADI nº 2.054, rel. Min. Ilmar Galvão, rel. p/ acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 02/04/2003, DJ 17-10-2003 – sem grifos no original)

II.(b).3. Poder de mercado e ausência de regulação: as distorções na gestão coletiva diagnosticadas por CPIs e pelo CADE

A partir da década de 1990, o Brasil passou a contar com um modelo peculiar de gestão coletiva de direitos autorais. A peculiaridade residia na convivência entre o regime de monopólio legal do ECAD e a ausência de regulação setorial, em especial a inexistência de um órgão fiscalizador nos moldes do extinto CNDA. Ocorre que, no âmbito do antitruste, esse arranjo é considerado, em si, perigoso. Como já apontado, os monopólios, pelo poder de mercado que conferem aos seus detentores, comprometem a eficiência alocativa que tende a ser obtida em ambientes de livre competição. Daí serem caracterizados na literatura especializada como um exemplo de *falha de mercado* a justificar intervenção estatal (VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge: The MIT Press, 2005, pp. 82-92).

Nesse novo cenário, os problemas não demoraram a surgir. É o que

ADI 5062 / DF

aponta o relatório da já mencionada CPI instalada pelo Senado Federal em 2011, para, segundo o Requerimento nº 547, 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”*:

“É de registrar que, ao longo de sua história, o ECAD foi alvo de outras quatro CPIs: uma da Câmara dos Deputados (1995/96), e três das Assembléia Legislativa do Mato Grosso do Sul (2005), São Paulo (2009) e Rio de Janeiro (2011). Todas apontaram graves irregularidades. O Relatório Final da CPI da Câmara dos Deputados aponta a ocorrência dos crimes de falsidade ideológica, sonegação fiscal, apropriação indébita, enriquecimento ilícito, formação de quadrilha, formação de cartel e abuso do poder econômico.

A conclusão da CPI do Mato Grosso do Sul é que o ECAD *‘faz o que bem entende, cobra o que quer, distribui o que tem vontade, impõe condições ao seu bel prazer, estabelece critérios incompreensíveis e age com uma volúpia arrecadadora, motivando os reclamos da população e dos detentores de direitos autorais’*. O mesmo relatório concluiu também que *‘torna-se imprescindível que a Lei nº 9.610/98 seja urgentemente revista pelo congresso nacional’*. A CPI realizada em São Paulo pela ALESP também aponta para a necessidade de *‘formular as alterações que se fazem imperativas, de forma a criar um ambiente de segurança e clareza tais, que permitam aos músicos exercitarem o seu mister, sem que sejam obrigados a desperdiçar seus talentos na busca da Justiça, ou calar-se, perante as ameaças e o poderio econômico dos que se encastelaram em estruturas ineficazes e corruptas’*.

A presente Comissão, instalada no Senado da República, consolida e aprofunda várias denúncias anteriores e traz novas luzes sobre os graves problemas que se abateu sobre a gestão coletiva dos direitos autorais no Brasil”.

ADI 5062 / DF

No âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a conduta do ECAD e das associações a ele vinculadas foram analisadas em processo administrativo em que ficou caracterizado, aos olhos da autoridade antitruste brasileira, abuso de poder dominante. Eis a ementa do acórdão:

Processo Administrativo. Suposta prática de cartel, instigação ao cartel, limitar ou impedir o acesso ao mercado, criação de dificuldade no funcionamento ou constituição de concorrente, imposição de preços excessivos, elevadas barreiras à entrada. As práticas investigadas estão enquadradas no art. 20, incisos I a IV, e art. 21, incisos I, II, IV, V e XXIV. Elaboração de tabela de preços (cartel) e criação de barreiras à entrada. Formação de cartel entre o ECAD e as Associações efetivas que compõem e fixariam em conjunto o valor dos direitos relativos à execução pública das obras musicais, lítero-musicais e dos fonogramas; abuso de posição dominante por parte do Escritório Central por meio da criação de dificuldades à constituição e ao funcionamento de associações representativas de titulares de direitos autorais. Gestão coletiva de direitos autorais. Mercado relevante na dimensão do produto: direitos autorais e direitos conexos. Mercado relevante na dimensão geográfica nacional. A SDE, a ProCADE e a Comissão Parlamentar de Inquérito recomendaram a condenação dos Representados; o MPF manifestou-se pelo arquivamento do feito. Aplicação de multa (art. 23, III da Lei nº 8.884/94) e penalidades não pecuniárias. Condenação.

(PA nº 08012.00374512010-83, rel. Conselheiro Elvino Mendonça, j. 06/03/2013).

O julgamento do CADE é relevante ao evidenciar, no plano empírico, aquilo que, no plano teórico, já era esperado: apesar de não haver monopólio legal em favor das associações de titulares de direitos autorais, o qual se restringe ao ECAD, a sistemática da gestão coletiva, ao

ADI 5062 / DF

induzir a precificação conjunta das obras, faz florescer significativo poder de mercado, uma vez que as decisões de preço tendem a ser tomadas em acordo entre as associações. Foi o que apontou o voto do Conselheiro Marcos Veríssimo:

“(…) a impossibilidade de competição entre as Associações é uma inviabilidade de fato, que decorre da estrutura mesma do sistema brasileiro de proteção de direitos autorais e conexos (…).

(…) a impossibilidade de concorrência, (…), não deriva no caso presente de eventual proibição em lei (que de fato não existe), mas sim da possibilidade, admitida pela lei, de as Associações reunirem diversos interessados em um mesmo repertório em entidades distintas, sendo, no regime brasileiro, a proteção do direito autoral não incide apenas sobre o autor intelectual da composição, mas também sobre o intérprete de cada uma de suas versões, sobre os executantes de cada uma de suas versões e sobre os produtores fonográficos de cada uma de suas versões.

Dessa forma, no sistema brasileiro, é impossível, do ponto de vista prático, segregar repertórios em entidades distintas”.

O poder de mercado do ECAD (pelo monopólio legal) e das entidades associativas a ele vinculadas (pela lógica da gestão coletiva) parece ser a fonte de boa parte das irregularidades apuradas. Novamente retomo trecho esclarecedor do voto do Conselheiro Marcos Veríssimo:

“O problema do modelo brasileiro, a meu ver, não é a falta de competição entre as Associações que compõem o ECAD (competição essa que, como visto, me parece ser impossível no que respeita aos preços cobrados dos usuários de música), mas sim a falta de regulação estatal sobre as atividades em geral conduzidas pelo ECAD, nelas incluída a fixação de preços e condições de licenciamento.

(…)

Esse monopólio não regulado, em que a fixação de preços e condições de contratação está exclusivamente deixada ao talante não supervisionado de uma parte privada, é a infeliz peculiaridade do modelo brasileiro, que nos coloca no ‘pior dos mundos’: ausência simultânea de concorrência (que há, ao menos parcialmente, no modelo americano) e de regulação e supervisão (que há, de modo geral, no modelo europeu)”.

II.(b).4. A Lei nº 12.853/2013 e a tentativa de equacionar os problemas.

A Lei nº 12.853/2013, fruto do PLS nº 129/2012, surge como produto final dos trabalhos da CPI criada pelo Senado Federal para apurar denúncias de irregularidades quanto à gestão coletiva de direitos autorais. A Comissão concluiu que os problemas diagnosticados não seriam meros episódios isolados, mas reais sintomas da falta de funcionalidade do modelo regulatório até então vigente. Alterar a disciplina jurídica do tema passou a ser prioridade.

De modo geral, a Lei nº 12.853/2013 aumenta a participação do Estado brasileiro, em especial do Ministério da Cultura, no setor. Suas diretrizes incluem medidas para coibir fraudes, regras de ampla transparência, política indutora de preços competitivos para o licenciamento de direitos autorais, além de procedimento administrativo para resolução de disputas entre entidades arrecadoras e usuários. Na justificção do referido PLS, as mudanças propostas foram organizadas em cinco frentes, assim apresentadas:

“a) TRANSPARÊNCIA: o projeto de lei cria obrigações claras de transparência para gestão coletiva, por se tratar de atividade que afeta número difuso de pessoas, tanto na sociedade quanto no segmento de artistas, produtores e titulares de direitos.

b) EFICIÊNCIA: o projeto estabelece a eficiência como princípio, tanto técnico quanto econômico. Artistas terão direito a serem informados sobre seus direitos e créditos. Além disso, as regras de concorrência previstas na Constituição Federal

aplicam-se à gestão coletiva.

c) MODERNIZAÇÃO: o projeto reorganiza a gestão coletiva, racionalizando a estrutura das associações que a compõem. As associações passam a ser divididas por direitos específicos. Estabelece também o princípio da modernização tecnológica em favor do artista e dos titulares de direitos autorais.

d) REGULAÇÃO: o projeto mantém a existência de um único Escritório Central; em contrapartida, este fica subordinado ao Ministério da Justiça, que funcionará como instância reguladora e supervisora.

e) FISCALIZAÇÃO: o projeto atribui ao Ministério da Justiça a prerrogativa de fiscalizar a gestão coletiva, selecionando e homologando as entidades por ela responsáveis e prevenindo abusos, inclusive quanto ao arbitramento de preços”.

A racionalidade dessas diretrizes foi apresentada pelo professor e pesquisador Ronaldo Lemos, o qual, à época à frente do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da FGV Direito Rio, colaborou para a elaboração do anteprojeto que serviu de ponto de partida para os trabalhos legislativos:

“A razão para que as associações de gestão coletiva se subordinem a esses princípios consiste no fato de que as mesmas são depositárias de vultosos recursos arrecadados com força de lei perante diversos estratos da sociedade brasileira. Esses recursos são recebidos não em seu próprio nome, mas em nome dos seus associados, artistas, compositores e demais titulares de direitos autorais. Dessa forma, o Ecad e as associações que o compõem, como depositários destes recursos, possuem deveres fiduciários com relação ao grupo difuso que a eles contribui, quanto ao grupo difuso que deles deve receber. Dessa relação fiduciária emerge a necessidade de regulação do sistema de gestão coletiva”.

(LEMOS, Ronaldo. "A gestão coletiva dos direitos autorais no Brasil: a regulação do Ecad e sua reforma". In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2014, p. 347)

Praticamente todas as alterações específicas promovidas pela Lei 12.853/2013 foram impugnadas nas ADIs nº 5.062 e 5.065, como consta do relatório. Elas serão analisadas pontualmente mais adiante. Antes, porém, de finalizar estas premissas teóricas, proponho à Corte fixar diretrizes claras para a revisão judicial de marcos regulatórios setoriais.

II.(b).5. O papel do Poder Judiciário na revisão de marcos regulatórios setoriais: parâmetros de atuação.

Consoante o entendimento que já sustentei ao relatar as ADIs nº 4.679, 4.747, 4.756 e 4.923, proponho, agora em dois enunciados objetivos, uma orientação geral que conduza à racionalidade e à previsibilidade da atuação do Poder Judiciário, em particular do Supremo Tribunal Federal, na revisão de marcos regulatórios setoriais.

Os parâmetros propostos visam a estimular a efetiva prestação de contas (*accountability*) das autoridades estatais às instâncias de controle em um Estado Democrático de Direito, em particular ao povo, o real detentor do poder soberano. A ideia é conjugar a construção de incentivos corretos para o aperfeiçoamento do processo político decisório com as características institucionais do Poder Judiciário. Eis os parâmetros:

- 1) Quando as escolhas regulatórias (legislativa e administrativa) forem transparentes, no sentido de clara e minimamente justificadas, com a explicitação dos objetivos perseguidos e a identificação dos motivos determinantes, o exame judicial deve ser deferente, limitando-se a invalidar atos estatais nas hipóteses de erro manifesto, como a contrariedade frontal a regra constitucional ou a falta evidente de pertinência entre os meios eleitos e fins visados;

2) Quando as escolhas regulatórias (legislativa ou administrativa) forem opacas, no sentido de omitirem os seus motivos determinantes ou de não identificarem os objetivos perseguidos, recai sobre a medida estatal caráter suspeito, o que justifica um exame judicial mais rigoroso (escrutínio estrito).

Havendo transparência na escolha regulatória, o primeiro parâmetro postula, para usar categoria apresentada pelo professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a *autorrestricção estrutural* em razão tanto da legitimidade político-democrática quanto da capacidade epistêmica dos órgãos reguladores, como, *in casu*, o Poder Legislativo (*Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 180-181). Explico.

Em uma democracia, a Constituição é o documento fundante, mas não exauriente do Estado. Isso significa que a resposta para a maioria dos dilemas sociais, embora balizada, não está predefinida na Lei Maior. Cabe a cada geração, através de seus representantes eleitos, disciplinar, com significativa margem de conformação, os conflitos intersubjetivos. Nesse cenário, toda inflação semântica dos enunciados constitucionais implica supressão de espaço de escolha das maiorias eleitas. Bem por isso já advertia o Chief Justice Marshall, da Suprema Corte Norte-americana, que *"We must never forget that it is a constitution we are expounding"* (McCulloch v. Maryland - 1819).

Reservo ainda dúvidas quanto à real capacidade de juízes, com formação intelectual, via de regra, estritamente legalista, procederem a um exame profundo sobre a correção técnica de marcos regulatórios específicos. À pouca expertise se somam as limitações de tempo e de informação típicas do processo judicial, o que tende a gerar uma perspectiva, senão equivocada, ao menos parcial do problema regulatório ("visão de túnel"). Tais contingências justificam cautela e prudência, rechaçando qualquer visão messiânica do Poder Judiciário como instância redentora da sociedade.

Ao mesmo tempo, porém, não se pode adotar uma visão romântica da autoridade estatal. O mito da benevolência dos governantes vem

sendo desmistificado desde a segunda metade do século XX com os estudos da Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*). Trata-se de área do conhecimento que emprega a metodologia econômica para lidar com questões tradicionais de ciência política (cf., dentre outros, DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Democracy*. New York: Harper, 1957; BUCHANAN, James M., TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962). Esse aporte teórico ajuda a identificar a estrutura de incentivos a que estão sujeitos legisladores e burocratas, nem sempre pautados pelo interesse público.

Dentre os problemas diagnosticados, destaca-se, pela sua especial relevância, a chamada *captura regulatória*, assim compreendida a manipulação do processo de decisão coletiva em favor de determinados grupos de interesse, geralmente mais organizados, e em detrimento de toda a sociedade (cf. BÓ, Ernesto Dal. "Regulatory capture: a review". *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, nº 2, 2006, pp. 203-225). A captura regulatória acaba muitas vezes por ocasionar vício há muito conhecido na doutrina juspublicista nacional: o *desvio de poder*, seja legislativo, seja administrativo (cf. TÁCITO, Caio. "Desvio de poder legislativo". *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, nº 1, 1993, pp. 62-68; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "O desvio de poder". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 172, 1988, pp. 1-19).

Pois bem. A segunda diretriz acima pretende exatamente evitar que o processo de decisão política seja forjado para favorecer interesses específicos em detrimento de toda a coletividade. A *transparência* exigida cria um ambiente propício à consistência regulatória, na medida em que constringe os agentes decisórios a explicitar, com maior rigor analítico, os motivos causadores e fins perseguidos pela intervenção estatal. A falta de transparência, a seu turno, torna a medida *suspeita*, autorizando postura mais *particularista* do Poder Judiciário no exame da sua validade jurídica. Acredito que o insulamento de juízes e tribunais na estrutura do Estado, assegurado por um regime de independência e imparcialidade, permite que essa análise seja feita com mais neutralidade.

ADI 5062 / DF

Em obra dedicada ao estudo da regulação jurídica, Carlos Ragazzo, professor da FGV Direito Rio, analisou com profundidade o tema, destacando o potencial do Poder Judiciário para aumentar a *accountability* das autoridades regulatórias, produzir mais transparência e viabilizar o questionamento popular informado das escolhas públicas. Nesse sentido, registra o professor:

“(...) o Poder Judiciário exercerá uma dupla função na revisão de marcos regulatórios: (i) evita arbitrariedades e regulações que são resultados de influência indevida de grupos de interesse, impondo limites substantivos a serem observados pelo Poder Legislativo e demais órgãos reguladores; e (ii) estimula o Poder Legislativo e as agências reguladoras a desenvolverem uma capacidade analítica maior, com a imposição de requisitos procedimentais em hipóteses específicas, a fim de que os órgãos reguladores identifiquem claramente os objetivos regulatórios, bem como a alternativa que represente a melhor relação de custo e benefício, contribuindo para o aumento da transparência e, portanto, da participação democrática”.

(RAGAZZO, Carlos. *Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Renovar: Rio de Janeiro, 2011, pp. 255-256)

Em suma, os parâmetros propostos buscam conciliar os *riscos* do ativismo excessivo com as *deficiências* da deferência exagerada. Passo ao exame da Lei nº 12.853/2013.

Impugnações específicas à Lei nº 12.853/2013

Após analisar detidamente o processo de formação da Lei nº 12.853/2013, bem como os documentos e os relatos de interessados e especialistas ouvidos durante a audiência pública, convenci-me de que a presente escolha regulatória do legislador brasileiro encontra-se motivada

ADI 5062 / DF

com clareza e consistência, o que, à luz dos parâmetros acima delineados, recomenda *deferência* à opção formulada pelo legislador brasileiro. Vejamos.

1) Art. 68, §§ 6º e 8º; Art. 98-B, I, II, VI e parágrafo único; Art. 109-A

Como registrado no relatório, os dispositivos mencionados impõem a divulgação de informações concernentes à execução pública de obras intelectuais, notadamente músicas, e à arrecadação dos respectivos direitos (art. 68, §§ 6º e 8º, e art. 98-B, I, II e parágrafo único), além de vedar a pactuação de cláusulas de confidencialidade nos contratos de licenciamento (art. 98-B, VI), estabelecendo penalidades em caso de descumprimento (art. 109-A). Segundo a argumentação articulada, tais previsões violam o disposto no art. 5º, inciso X, da Constituição da República, bem como os arts. 1º e 170 da Lei Maior.

É complexo o desafio de compatibilizar *privacidade* dos titulares e *transparência* na gestão coletiva de direitos autorais. Dificilmente alguma acomodação será unânime. A questão fundamental na presente ADI diz respeito ao caráter excessivo (ou não) da medida regulatória ao promover a restrição de algum direito fundamental invocado pelas requerentes. Não está em debate se o modelo erigido pelo legislador é, de fato, a melhor a escolha, segundo algum critério ideal (e arbitrário) de gestão coletiva.

Dito isso, adianto que as razões apresentadas não são, a meu sentir, suficientes para conduzir à declaração de inconstitucionalidade dos artigos questionados, uma vez que expostos com clareza os fundamentos e os objetivos que orientaram a atuação do legislador, bem como a lógica interna das previsões normativas, pautada, a meu ver, por equilíbrio e moderação. Colho do relatório final da CPI do Senado Federal, o seguinte trecho relativos à necessidade de transparência das entidades de gestão coletiva:

“1) Informação plena (1) – Aos usuários não são oferecidas justificativas ou parâmetros de que tenham derivado os valores

arbitrados ou os critérios de seu cálculo. O próprio regulamento de arrecadação, onde seria possível oferecer ao usuário a mínima compreensão das aplicações dos critérios de cobrança, também não é oferecido sequer em versão parcial aos usuários.

2) Informação plena (2) – Os critérios de cálculo ou arbitramento de valores são decididos em reuniões da Assembleia Geral cujas atas são registradas em cartório somente meses após surtirem efeito. Dessa forma, é frequente que sequer haja validade legal em sua aplicação, dadas as imposições legais imputáveis a associações assim tipificadas.

3) Clareza – Os usuários são submetidos a critérios sujeitos a mais de uma interpretação, ou a dupla incidência, cuja opção de aplicação está sujeita a discricionariedade ampla e exclusiva do agente cobrador, ocasionando desnecessária incerteza aos usuários, por uma desmedida e injustificável posição predominante do Ecad nesta relação.

4) Publicidade – Admitindo-se que a gestão coletiva centralizada se justifique pela inviabilidade da gestão individual de direitos que são privados, o que nela estabelece uma dimensão pública, exposta pela própria criação do Ecad em lei federal, e que se materializa na presumível isonomia entre os contemplados pelo sistema, exacerba-se o caráter não razoável das cláusulas de sigilo tão comuns em contratos entre o Ecad e seus usuários regulares, não obstante existirem determinações legais que prescrevam postura contrária. Ainda, a exigência de requisições formais, sob critérios específicos, para que se revelem os contratos firmados entre o Ecad e seus usuários regulares (públicos ou privados), demonstra uma postura passiva diante da publicidade de seus dados. Administra-se o Ecad como se a relação obrigatória (pela inviabilidade da gestão individual, o que justifica a manutenção do sistema) entre representante (Ecad) e representado (titular), através das sociedades que o integram, se sobrepusesse às

demais relações havidas no contexto da atividade desse licenciamento, a ele igualmente necessárias, especialmente:

a) a relação entre usuários e titulares, que precisam garantir que o aproveitamento econômico sobre a circulação de sua criação não seja dificultada pela imposição de preços inadequados, ou pela ausência de um sistema que equacione tais inadequações. Estas, de tão grandes e frequentes, levam a recordes no número de ações judiciais que, justificadas por uma hipotética 'tendência à inadimplência', explicam-se com maior clareza pela ótica dos estímulos perversos contida em política perdulária de 'estímulo à arrecadação', em que premiações por soluções de litígios podem alcançar os que participam decisivamente de sua instalação;

b) a relação entre usuários, que amiúde dependem da relação comercial com o representante dos titulares, pela natureza de sua utilização, e a população, de quem os usuários dependem, por sua vez, para sua sobrevivência econômica. É através de seus préstimos que predominantemente esta população tem acesso a criações, objeto do seu entretenimento; às expressões da cultura (língua, arte, tradições), que lhe fornecem o sentido de integração, e nelas a identifica; e à parcela significativa e indissociável do necessariamente diversificado sistema de informações, que é a única forma de manter os pilares democráticos na nação;

c) a relação entre o titular de obras e a população, que não pode ter no conjunto de intermediários – representantes e usuários – processos desviantes ou impeditivos de um processo natural de legitimação artística, que deve ser determinado apenas pelo jogo contínuo de interpretações 'especiais' da realidade, estas a que convencionamos classificar como artísticas que, formatadas em gêneros, estilos, linguagens e performances, conduzem os apelos necessários à sua aceitação e, por isso, tornam-se aptas a transformá-la, quando reiniciará o

mesmo ciclo. Quando o Ecad perde a regulação do poder público, submete-se às tendências dos grupos que o controlam, favorecendo gêneros e origens a eles relacionados. Quando o 'jabá' se impõe, artificialmente legitima os vieses que vão consagrar a criação não (só) por seus atributos, mas pelo que conduzem de interesses acoplados. Fossem ainda legítimos, através da saudável disputa concorrencial, vá lá, mas no Brasil só podem ocorrer (em seu principal mercado) associados a concessões públicas, de posse dos usuários, e aos grupos que controlam o Ecad, que é detentor de uma exclusividade legal sob o caráter *sui generis* de empresa privada criada em lei".

Sob o prisma jurídico, é claro que uma das finalidades da Lei nº 12.853/2013 foi criar obrigações precisas de *transparência* para a gestão coletiva, a qual, como apontado acima, relaciona-se com direitos difusos (dos usuários) e coletivos (dos titulares) à informação adequada. Sob o enfoque econômico, o propósito da medida é eliminar a possibilidade de que as entidades intermediárias do setor (associações e ECAD) possam, a partir da *vantagem informacional* de que dispõem, obter rendas extraordinárias, subvertendo seu papel instrumental em detrimento tanto de usuários quanto de titulares de direitos autorais. Explico este último ponto.

De fato, como apontado no item II.(b).1 *supra*, as entidades de gestão coletiva servem, em essência, como *intermediárias* entre usuários e criadores de obras intelectuais, em particular quando se trata de execução pública. As interações entre oferta e demanda são, em regra, indiretas, ao contrário do contato direto que se estabelece entre as aludidas entidades e os usuários/titulares. É aqui que surge o espaço para ganhos oportunistas em virtude da assimetria de informação. Na presença de *opacidade*, é natural que os poucos intermediários consigam extrair o máximo de recursos de ambos os lados do mercado (usuários e autores).

Intuitivamente, não é difícil perceber que a divulgação intempestiva de critérios pouco claros de arrecadação e distribuição só pode beneficiar quem distribui e arrecada valores em nome de terceiros. No jargão

ADI 5062 / DF

econômico, a pouca transparência estimulava a busca e a obtenção de “rendas econômicas”, assim compreendidos “os pagamentos a um fator de produção que ultrapassam o pagamento mínimo necessário para ter o fator ofertado” (VARIAN, Hal. *Microeconomia: princípios básicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 449).

Esse raciocínio abstrato ganha eco no quadro fático delineado pela CPI do Senado Federal e pelo CADE. Quando confrontados com alegações de irregularidades na gestão coletiva de direitos autorais, ambos os órgãos identificaram práticas indiciárias de comportamento oportunista pelos entes intermediários. Exemplos dessa estratégia eram o licenciamento exclusivamente baseado no repertório global (*blanket license*), que permitia a apropriação de boa parte do bem-estar do consumidor, e os valores de taxas de administração cobrados dos titulares, os quais, comparativamente ao cenário internacional, deixavam de se beneficiar dos ganhos de eficiência obtidos pelo sistema. Esses pontos serão analisados em detalhes mais à frente (itens 5 e 7 *infra*).

Por ora, é suficiente compreender que a Lei nº 12.583/2013 procura romper com esse quadro e impedir que o intermediário do sistema de gestão coletiva se torne o seu principal beneficiário. Daí que a maior transparência da gestão coletiva de direitos autorais consubstancia, a meu ver, finalidade legítima segundo a ordem constitucional brasileira, na medida em que busca eliminar o viés rentista do sistema anterior e, com isso, promover, de forma imediata, os interesses tanto de titulares de direitos autorais (CRFB, art. 5º, XXVII) quanto de usuários (CRFB, art. 5º, XXXII) e, de forma mediata, bens jurídicos socialmente relevantes ligados à propriedade intelectual como a educação e o entretenimento (CRFB, art. 6º), o acesso à cultura (CRFB, art. 215) e à informação (CRFB, art. 5º, XIV).

Assentada a validade do fim pretendido pelo legislador, resta investigar se os meios empregados observam o postulado constitucional da proporcionalidade. O meio específico é a obrigação, imposta a variados atores do mercado de direitos autorais, de ampla publicidade quanto aos valores arrecadados de cada usuário (art. 68, §§ 6º e 8º), às formas de cálculo, bem como aos critérios de cobrança e de distribuição

ADI 5062 / DF

dos valores arrecadados (art. 98-B, I, II e parágrafo único), ressaltando-se apenas a divulgação de valores distribuídos aos titulares individualmente (art. 98-B, I, *in fine*). A Lei proíbe também a celebração de contratos de licenciamento com cláusula de confidencialidade (art. 98-B, IV).

Na dogmática jurídica, o dever de proporcionalidade constitui autêntica pauta de moderação e prudência a orientar toda a atuação do Poder Público. Sua *função* é permitir a harmonia axiológica do sistema normativo. Seu *fundamento* é a própria noção de princípios jurídicos como *mandamentos de otimização* em face de restrições fáticas e jurídicas, na esteira do magistério de Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116). Sua *operacionalização* é metodologicamente desdobrada em três etapas ou fases: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Na primeira etapa, a análise de *adequação* investiga-se a aptidão da medida estatal para atingir a finalidade almejada. Trata-se, aqui, de um cotejo entre meio e fim, a exigir que a medida eleita seja idônea à promoção do objetivo visado. Na segunda etapa, a análise da *necessidade* do ato estatal procede a um contraste entre meios alternativos de promover o fim buscado. O objetivo é perquirir a existência (ou não) de meios substitutos àquele originalmente escolhido pelo Estado e, em seguida, compará-los tanto em relação ao grau de adequação à finalidade pública, quanto ao impacto sobre bens jurídicos contrapostos. Por fim, na última etapa do itinerário metodológico, a *proporcionalidade em sentido estrito* impõe a comparação dos custos e dos benefícios da medida restritiva. Consoante a lição de Robert Alexy: “quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou restrição de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, Robert. “On balancing and subsumption: a structural comparison”. *Ratio Juris*, vol. 16, nº 14, Oxford, dezembro-2003, p. 436 - tradução livre do original).

Na hipótese, as obrigações de publicidade são evidentemente idôneas ao fim a que se destinam, uma vez que a divulgação dos dados já indicados (valores pagos por usuários, bem como critérios de arrecadação e cobrança por associações) promove a transparência na gestão coletiva.

ADI 5062 / DF

Isso também pode ser dito em relação à proibição de contratos de confidencialidade entre usuários de direitos autorais e entidades de gestão coletiva, que até bem pouco tempo serviam de obstáculo significativo para os titulares exercerem o pleno direito à fiscalização do aproveitamento econômico da sua obra (CRFB, art. 5º, XVIII, *b*). Ademais, a penalidade prevista pelo não cumprimento das obrigações de transparência apenas reforça a adequação da medida, uma vez que cria mecanismo sancionatório indutor, ao menos em tese, de romper com a postura passiva que marcava a publicidade de dados no regime anterior.

A necessidade da medida também resta comprovada. Neste ponto, poder-se-ia arguir que os mesmos deveres informacionais, se restritos aos usuários e titulares de direitos autorais (e não abertos ao público em geral), imporiam sacrifício menor à intimidade dos atores envolvidos. Ainda que eu conceda este ponto, tal mecanismo não me soa eficaz para a promoção do fim visado. É que a publicidade do sistema de gestão coletiva é de interesse não só dos usuários efetivos, como também dos usuários *potenciais*, que esperam conhecer os critérios de cobrança a que estarão sujeitos, bem como os valores historicamente cobrados de usuários de perfil semelhante ao seu. Não se pode ignorar a forte tendência à *discriminação de preços* presente no setor, prática pela qual o agente detentor de poder de mercado diferencia o valor cobrado de seu produto em função da disponibilidade a pagar do comprador em busca de capturar todo o bem-estar gerado pela transação econômica.

Por fim, no sopesamento dos bens em jogo, o alegado sacrifício à intimidade dos autores encontra-se devidamente compensado pelos benefícios decorrentes da transparência na gestão coletiva. Os benefícios já foram indicados acima. Quanto ao sacrifício, qualifico-o como “alegado” pois não estou certo de que sua ameaça seja crível. Há duas razões para isso. A primeira é que a nova Lei veda a divulgação dos “valores distribuídos aos titulares individualmente” (art. 98-B, I, *in fine*). Parece-me pouco verossímil que os valores individuais sejam perseguidos por alguém a partir das informações públicas. Dado o volume de usuários de direitos autorais, é tarefa excessivamente onerosa para

ADI 5062 / DF

qualquer pessoa reunir a quantidade de informações disponíveis e, ao final, obter apenas uma vaga ideia das cifras percebidas por determinado titular. Como adverte o Min. Marco Aurélio, “*não se pode presumir o excepcional*”, sobretudo quando o excepcional é o móvel da *causa petendi* em que se funda a postulação.

A segunda razão é que a falta de transparência, como consta do relatório final da CPI do ECAD, era um histórico problema denunciado pelos próprios autores contra o Escritório Central e algumas das associações a ele vinculadas. Cuida-se aqui de um típico *dilema de agência*, que põe em evidência os conflitos de interesse que surgem em cenários gerais de *delegação* (cf. EISENHARDT, Kathleen M. “Agency Theory: An Assessment and Review”. *Academy of Management Review*. Vol. 14, nº 1, 1989, pp. 57-74). Na hipótese, os titulares delegam às entidades de gestão coletivas as tarefas de arrecadar e distribuir seus direitos autorais. Como já registrado acima, a falta de transparência pode incentivar condutas das associações dissociadas dos verdadeiros interesses dos titulares. Nesse contexto, é preciso cautela do Poder Judiciário para que, em nome da intimidade dos usuários, aqui invocada por quem até então se beneficiava da opacidade pretérita, não promova um retrocesso na tutela dos direitos em jogo.

Não vislumbro, nas razões apresentadas pelas requerentes de ambas as ADIs, consistência jurídica suficiente para justificar essa drástica medida que é a invalidação judicial de uma lei recém aprovada pelo Poder Legislativo brasileiro.

2) Art. 97, §1º

A regra do art. 97, §1º, da Lei nº 9.610/1998, com a redação dada pela Lei nº 12.853/2013, estabelece que as associações de titulares de direitos autorais exercem atividade de interesse público e devem atender a sua função social. As requerentes sustentam que o dispositivo em referência viola os arts. 1º; 5º, XXII, XXVII, XXVIII; e 170, todos da Constituição da República.

ADI 5062 / DF

Os argumentos não merecem prosperar. Consta do Substitutivo apresentado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado a justificativa para a nova redação do art. 97, §1º, da Lei nº 9.610/1998:

“Nossa posição encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF. Em precedente envolvendo uma das associações integrantes do Ecad, a Corte Suprema consolidou entendimento de que *‘as associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal’.*”

O julgamento a que se refere o legislador ordinário foi o do RE nº 201.819, em que a Segunda Turma desta Corte, capitaneada pelo voto do Min. Gilmar Mendes, assentou o seguinte:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. (...)

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. **As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal.** A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume

posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. **O caráter público da atividade exercida pela sociedade** e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

(RE nº 201.819, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 11/10/2005, DJ 27-10-2006 – sem grifos no original)

É nítido que a Lei nº 12.853/2013 simplesmente explicitou, no plano jurídico-positivo, entendimento que já havia sido sufragado, no plano jurisprudencial, por órgão colegiado deste Supremo Tribunal Federal. É bem verdade que a questão principal naquele julgamento não era propriamente a natureza das associações de direitos autorais, mas sim a eficácia dita “horizontal” dos direitos fundamentais. Não obstante isso, acredito que aquelas razões deem suporte à validade do citado preceito.

Como já destacado neste voto, as entidades de gestão coletiva possuem evidente natureza *instrumental*: viabilizar trocas voluntárias envolvendo propriedade intelectual, dadas as dificuldades operacionais que marcam o setor. Isso significa que tanto a *produção* de cultura (pelos autores) quanto o *acesso* à cultura (pelos usuários) dependem, em boa medida, do hígido funcionamento das associações arrecadoras e distribuidoras de direitos autorais. Não fossem os elevados *custos de transação*, não haveria por que titulares e usuários optassem por negociar

ADI 5062 / DF

utilizando um *intermediário* quando pudessem fazê-lo diretamente.

Esse relevante papel *econômico* é traduzido juridicamente como a *função social* das associações participantes da gestão coletiva de direitos autorais. E mais: a *importância social* dessa função (ao permitir a existência do mercado e, *a fortiori*, o aumento de bem-estar de autores e usuários, bem como incremento da oferta e do consumo de cultura) revela a natureza transindividual de tais associações, a justificar o interesse público na sua existência e no seu adequado funcionamento. Nesse sentido também se manifestou a PGR:

“Tais atividades não se classificam como tipicamente associativas, porquanto essas entidades, além de administrar recursos de terceiros, com natureza alimentar, exercem a relevante função social de concretizar outros valores constitucionalmente protegidos que transcendem os interesses meramente privados dos envolvidos, tais como a justa remuneração dos autores, a liberdade de expressão artística, intelectual e de comunicação e a valorização e a difusão das manifestações culturais (objeto dos arts. 5º, IX e XXVII, e 215 da Constituição da República)”.

Esclareço, por oportuno, que a Lei nº 12.853/2013 não cuidou de toda e qualquer associação de autores, senão apenas daquelas encarregadas da gestão coletiva de direitos autorais. Isso foi expressamente registrado no Substitutivo apresentado ao PLS nº 129/2011: *“importante notar que o Substitutivo não cuida de toda e qualquer associação de autores, mas somente daquelas constituídas para arrecadar e distribuir direitos do autor no campo da execução pública musical”*. Destarte, apenas uma fração de associações privadas são consideradas de interesse público; fração essa de indiscutível relevância social na medida em que salutar para a exploração econômica eficiente das criações intelectuais.

À luz dessas razões, não identifico fundamentos suficientes para infirmar a validade constitucional do dispositivo impugnado.

3) Art. 5º, XIV; Art. 97, §§ 5º e 6º; Art. 98, §§ 13 e 14; Art. 99, §1º; Art. 99-A, parágrafo único

Os dispositivos citados limitam aos titulares originários (art. 5º, XIV) o direito de voto (art. 97, §5º) e a assunção de cargos de direção nas associações (art. 97, §6º); criam regras sobre a eleição de dirigentes das associações (art. 98, §§13 e 14) e estabelecem critério de voto unitário no ECAD (art. 99, §1º e art. 99-A, parágrafo único). Segundo as requerentes, tais previsões violam a liberdade de associação (CRFB, art. 5º, XVII, XVIII e XIX), a garantia da transmissibilidade dos direitos autorais (CRFB, art. 5º, XXVII), o princípio da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), bem como a propriedade privada como princípio geral da Ordem Econômica (CRFB, art. 5º, XXII e art. 170, II).

Como se observa, a Lei nº 12.853/2013 criou regras distintas de participação na gestão coletiva para titulares originários e titulares não originários (ou derivados) de obras intelectuais. Integram esta última categoria, por exemplo, as editoras musicais. Apesar dos fundamentos apresentados, não verifico, por diferentes razões, ofensa à Constituição da República na escolha do legislador quanto ao critério de *discrimen* nem quanto ao tratamento jurídico aplicável.

Em *primeiro* lugar, verifico que o art. 5º, XXVIII, *b*, da CRFB não prevê expressamente a participação de titulares derivados na gestão coletiva de direitos autorais. O dispositivo cita apenas criadores e intérpretes, além das respectivas representações sindicais e associativas. Ao mesmo tempo, a regra constitucional atribui ao legislador ordinário o papel de desenhar as instituições responsáveis pela fiscalização do aproveitamento econômico de obras intelectuais. Ante esse quadro normativo, não existe qualquer direito constitucional expresso à participação política ou administrativa de titulares derivados na gestão coletiva.

Em *segundo* lugar, as regras impugnadas não impactam os direitos patrimoniais dos titulares derivados, que continuam a gozar das mesmas prerrogativas dominiais de que desfrutavam até então. Descabe cogitar

ADI 5062 / DF

de ofensa ao direito de propriedade. A nova Lei apenas limitou a participação destes titulares na administração associativa, privando-os das prerrogativas de votar e de dirigir tais entidade, sem qualquer repercussão sobre o conteúdo econômico dos seus direitos. Entendo que as aludidas regras dizem respeito aos efeitos jurídicos do contrato de licenciamento de direitos autorais, matéria sujeita à autoridade do legislador ordinário.

Em *terceiro* lugar, a finalidade última da gestão coletiva é incentivar a criação intelectual. São os titulares originários que desempenham esse papel. Ainda que relevante, a função desempenhada pelos titulares derivados não é a primordial. O legislador, após apurar dados empíricos, constatou que gravadoras e editoras multinacionais possuem catálogo de obras de um grande número de autores, o que lhes confere maior poder decisório do que aquele dos próprios músicos e compositores. Para recuperar a centralidade natural dos criadores, a Lei nº 12.853/2013 prevê a exclusividade da participação política dos titulares originários. Não vejo vício nessa escolha legislativa, inclusive sob ângulo da isonomia, ante a importância relativa distinta de cada categoria de titulares para a criação intelectual.

Nesse exato sentido, aponto trecho esclarecedor da Informação 350/2013/Conjur-MinC/CGU/AGU, elaborada pelo Coordenador-Geral de Direito da Cultura Substituto, da Advocacia-Geral da União:

“Não é correto inferir, todavia, que destas inovações legislativas resulte tratamento anti-isonômico entre detentores de direitos ou qualquer violação ao princípio constitucional da igualdade, pois não há como se reclamar tratamento jurídico isonômico entre indivíduos que não se encontrem em situação isonômica.

Há um claro propósito na nova legislação em dar aos titulares originários de direitos autorais maior poder de decisão na condução das atividades das associações que representam seus interesses, e esta tendência se justifica na medida em que estes titulares são os que efetivamente participam da produção

do conteúdo imaterial que compõe esta modalidade de propriedade intelectual. Sem estes, sequer haveria propriedade intelectual dos demais. Logo, não havendo isonomia de fato entre estas categorias de indivíduos, não há inconstitucionalidade na sua discriminação, desde que, obviamente, o regime jurídico distinto seja instituído pelas formas constitucionalmente admitidas, quais sejam, pela reserva de lei ou pela autonomia contratual, onde a lei é lacunosa. O que ocorre, aqui, é uma mudança de um regime contratual para um regime legal no processo decisório destas associações; se ele é mais ou menos justo com esta ou aquela categoria de associados, trata-se de questão inerente ao processo legislativo, uma vez que não esteja caracterizada a inconstitucionalidade do modelo”.

Por fim, em *quarto* lugar, rejeito a arguição de ultraje à liberdade associativa. É que, como apontado no tópico anterior, as associações de gestão coletiva estão imbuídas de evidente interesse público. Cuida-se de verdadeiras associações “*não expressivas*”, para utilizar a expressão do professor Paulo Gustavo Gonet Branco, registrada em obra conjunta com o Ministro Gilmar Mendes:

“Tem-se traçado uma classificação das associações com vistas a mensurar o grau de interferência do Estado em certos aspectos da sua economia interna. Às sociedades *expressivas* (de cunho espiritual, ideológico) contrapõem-se as *não expressivas* (de finalidades profissionais ou comerciais). Neste último grupo, incluem-se as associações que se dedicam a viabilizar certas atividades essenciais aos associados, sobretudo quando atuam de forma monopolizadora. São também *não expressivas* as associações que exercem, com marcado predomínio na sociedade, uma função social ou econômica relevante. Essas associações, ao contrário das *expressivas*, estão sujeitas a imposições estatais relacionadas com o seu modo de existir, em virtude da pertinência a elas de outros valores constitucionais concorrentes”.

(MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 10ª Edição, 2015, p. 308 – grifos no original)

Como já ressaltado ao longo do voto, entendo que as associações de gestão coletiva são exemplos eloquentes de “*associações que se dedicam a viabilizar certas atividades essenciais aos associados*”, de modo que existem razões consistentes a autorizar maior intervenção estatal sobre a criação, a organização e o funcionamento de tais associações. Em particular, é justificável, neste contexto, a existência de regras voltadas a minimizar a assimetria de poder econômico entre editoras musicais, muitas delas concentradoras de número significativo de obras, e autores individuais, os verdadeiros criadores intelectuais.

Rejeito as impugnações dirigidas aos artigos em referência.

4) Art. 98, §1º; Art. 98-A; e Arts. 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 12.853/2013

Os dispositivos questionados exigem a habilitação prévia das associações de gestão coletiva em órgão da Administração Pública federal para a cobrança de direitos autorais (art. 98, §1º), segundo procedimento fixado pela Lei (art. 98-A); consideram-se habilitadas as associações existentes na entrada em vigor da Lei (art. 4º e 6º), as quais devem adaptar seus estatutos em prazo determinado (art. 5º); e atribuem ao Ministério da Cultura o poder de regulamentar a gestão coletiva (art. 7º e 8º).

As requerentes alegam que as aludidas regras violam a liberdade de associação (CRFB, art. 5º, XVII a XX), o princípio da proporcionalidade, bem como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (CRFB, art. 5º, XXXVI), na medida em que condicionam o exercício da cobrança de direitos autorais das associações preexistentes a prévia habilitação em órgão público federal.

As impugnações não merecem prosperar. Reitero, de início, que as normas não se aplicam a toda e qualquer associação formada por titulares

ADI 5062 / DF

de direitos autorais, mas apenas àquelas que desejam exercer a atividade específica de *cobrança e distribuição* de direitos autorais. Ora, a relevância transindividual da gestão coletiva, ao envolver interesses de usuários e titulares, justifica uma presença regulatória maior do Estado na criação, na organização e no funcionamento das entidades que operam no setor. Não por outra razão a Constituição da República remeteu à lei ordinária a disciplina da gestão coletiva (CRFB, art. 5º, XXVIII, *b*), de modo que é franqueado à disciplina infraconstitucional estabelecer requisitos para o exercício de cobrança e distribuição pelas associações.

Ora, se existem requisitos legais necessários para que alguém possa realizar alguma atividade, é consequência lógica imediata que exista algum órgão responsável por aferir o seu preenchimento, sob pena de, na prática, não existir requisito nenhum. Está-se aqui diante de exercício típico do poder de polícia preventivo do Estado, ou, como preferem doutrinadores mais modernos, do direito administrativo ordenador (cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003), o qual tem no consentimento prévio da Administração Pública etapa necessária para o exercício regular de certas liberdades, como as aqui discutidas (*i.e.*, a cobrança e a distribuição de direitos autorais).

O caráter preventivo ou repressivo da fiscalização tem que ver com o momento de exigibilidade da obrigação legal. Quando ela se configura antes mesmo do início das atividades privadas, a atuação prévia da Administração Pública é justificável. É o que ocorre com algumas das imposições feitas às associações de gestão coletiva. Tome-se, por exemplo, as regras de votação e direção chanceladas no item anterior do voto. Assentada a constitucionalidade desta exigência, a sistemática deverá constar dos estatutos das associações. É natural, portanto, que o Ministério da Cultura zele pelo cumprimento da lei desde o primeiro momento possível, qual seja, após criada a entidade e antes mesmo de iniciada a sua atuação. Tal etapa de consentimento só existe porque antes existe uma obrigação material a ser cumprida. Válida esta última, válida será, em consequência, aquela primeira.

ADI 5062 / DF

Ressalto que não há razão para temer que o Ministério da Cultura fixe critérios arbitrários para a habilitação de associações integrantes da gestão coletiva. O órgão encontra-se subordinado à Constituição e à Lei, não lhe sendo franqueado poder de condicionar a atividade para além do que delimitado, proporcionalmente, pelo legislador constitucional e ordinário, seja por regras específicas, seja por princípios setoriais. Em todo caso, qualquer subversão dos comandos constitucionais e legais sempre se abre ao controle pelo Poder Judiciário. Destarte, os requisitos para a habilitação prévia devem guardar íntima conexão com as obrigações materiais criadas pela Lei.

Também não vislumbro ofensa à segurança jurídica. Como se sabe, não existe, na ordem constitucional brasileira, direito adquirido a regime jurídico. Qualquer associação que atue na gestão coletiva deverá conformar-se à disciplina legal vigente, sujeitando-se às alterações supervenientes à sua criação e entrada em operação. Neste pormenor, a Lei nº 12.853/2013 foi ainda parcimoniosa ao fixar regras de transição razoáveis, como a garantia de habilitação imediata a toda associação constituída antes da sua vigência (art. 4º), além do respeito ao mandato de dirigentes em curso quando da sua entrada em vigor (art. 5º).

5) Art. 98, §§ 3º, 4º, 10, 11 e 15

Os dispositivos estabelecem regras para a negociação de preços e formas de licenciamento de direitos autorais (art. 98, §§ 3º e 4º), bem como disciplinam a destinação de créditos e valores não identificados (art. 98, §§10 e 11). Além disso, fixam prazo mínimo para que os titulares comuniquem às respectivas associações a intenção em arrecadar pessoalmente os seus direitos (art. 98, §15). As requerentes sustentam que os dispositivos violam o direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) e a livre iniciativa (CRFB, art. 1º, IV), ambos elevados à condição de fundamentos da Ordem Econômica (CRFB, art. 170). Ademais, afirmam que as regras vulneram os princípios da proporcionalidade e da realidade, ao estabelecerem obrigação de cumprimento impossível e

incompatível com o sistema de gestão coletiva de direitos autorais.

Os argumentos não convencem. Note-se que, diferentemente do que alegam as requerentes, a Lei nº 12.853/2013 não estipulou tabelamento de preços, limitando-se a fixar parâmetros genéricos (razoabilidade, boa fé e usos do local de utilização das obras) para o licenciamento de direitos autorais. A finalidade básica da norma foi abrir outras modalidades de negócio jurídico, até então restrito à denominada “licença-cobertor” (*blanket license*). Por tal avença, o usuário adquire, a um preço fixo, o direito a reproduzir, quantas vezes desejar e por tempo especificado, toda e qualquer obra que conste do repertório da associação contratante. A cobrança não é proporcional à utilização do conteúdo.

Para alguns usuários, esse modelo de contrato é, de fato, o mais adequado, como ocorre em locais de frequência coletiva, bem como estações de rádio e emissoras de televisão que executam programação alheia. Nestes casos, os usuários “*sequer têm conhecimento prévio de quais as obras serão por eles executadas publicamente*”, como apontam as requerentes. Não obstante isso, o licenciamento global como **única** opção de negócio é *ineficiente*, uma vez que reduz a quantidade de transações (mutuamente benéficas) realizadas no mercado e gera diversos efeitos econômicos adversos. É o que aponta a Nota Técnica subscrita pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) vinculada ao Ministério da Justiça, apresentada no aludido processo administrativo instaurado perante o CADE:

“• **Consumidores de serviços de radiodifusão e de distribuição de conteúdos áudio-visuais**: o cartel promove um aumento de preços de insumos da cadeia produtiva de distribuição de conteúdos áudio-visuais, que são repassados - em maior ou menor grau - ao consumidor final. Isto implica valores mais elevados de assinatura, para os casos de conteúdos pagos pelo consumidor tais como televisão a cabo, ou maior necessidade de financiamento via publicidade ou menor diversidade de conteúdo, no caso dos meios abertos, tais como rádio e televisão aberta. Em todo caso, o mecanismo de transmissão ao consumidor final, seja via preços seja via

diminuição da variedade e qualidade de conteúdos, opera-se em relação à elevação de preços de insumos dentro da cadeia produtiva;

- **Consumidores de direitos autorais (eventos, festas, etc.):** a elevação de preços derivada de um cartel é direta, pois ocorre no último elo da cadeia produtiva. É digno de nota, ainda, que o sistema linear de preços operado pelo cartel promove perda de diversidade e variedade de eventos, pois eventos em que seriam exibidas obras em domínio público ou de artistas que necessitam de divulgação (e, portanto, cobrariam menos pela exibição pública) teriam seus custos de realização minorados não fosse a conduta perpetrada pelo ECAD e demais investigados;

- **Empresas de radiodifusão e distribuição de conteúdos áudio-visuais:** a elevação artificial de preços de insumos derivada de um cartel gera elevação de custos de produção. O equilíbrio de mercado decorrente encontra-se em patamares menores em termos de quantidade consumida e maiores em termos de preço, se comparado ao equilíbrio do ambiente competitivo sem cartel. O cartel possivelmente impacta os lucros da indústria a jusante na cadeia produtiva, porém, outro possível efeito, derivado inclusive da diminuição artificial do mercado, é a menor quantidade de empresas, sobretudo nos segmentos em que a escala é menor. Em outras palavras, um cartel em segmento da cadeia o áudio-visual implica menor quantidade de empresas, o que seria mais esperado no segmento de radiodifusão (transmissoras de rádio). Novamente, a perda de diversidade de conteúdo é esperada, pois - de forma similar ao que se espera quanto aos efeitos da conduta sobre o segmento de eventos - poderiam surgir maior quantidade de rádios especializadas em obras em domínio público ou de artistas que necessitam de divulgação, não fosse o método linear e cartelizado de fixação de preços que se verificada no segmento da indústria ora investigado. Dessa

forma, pode-se afirmar que o modo como opera o ECAD funciona como uma barreira à entrada a empresas no mercado de distribuição de conteúdos áudio-visuais, na medida que a obrigação de pagar uma taxa ao ECAD mesmo não utilizando nenhuma obra musical protegida por direitos autorais no Brasil desincentiva a entrada, por exemplo, de empresas especializadas em músicas internacionais ou em domínio público;” (grifos no original)

À luz desses fundamentos, a autoridade antitruste brasileira reconheceu o abuso de poder dominante do ECAD e das associações a ele vinculadas em razão do oferecimento da licença cobertor (*blanket license*) como modalidade **única** de licenciamento de direitos autorais. Segundo o voto condutor do acórdão, lavrado pelo Conselheiro Elvino Mendonça, *“a livre negociação de preços impossibilitaria, ou ao menos, dificultaria uma eventual prática de abuso de poder de mercado, haja vista que a precificação estaria mais sensível às necessidades do usuário, bem como seria mais eficiente em termos econômicos”*.

Vale ressaltar que, na oportunidade, o CADE rejeitou também os argumentos quanto à inviabilidade material de precificação proporcional ao uso das obras. Isso porque a distribuição dos valores arrecadados já é baseada em critérios de proporcionalidade. Ora, se é possível *distribuir* proporcionalmente, é também possível *arrecadar* proporcionalmente, conforme destacou o relator Conselheiro Elvino Mendonça:

“Ora se o ECAD já possui meios suficientes para identificar e controlar o quanto exatamente de seu repertório foi utilizado, sendo que esses recursos já são utilizados para a distribuição dos valores devidos a cada Associação, resta claro que ele também possui meios suficientes para identificar e controlar o quanto exatamente de seu repertório foi utilizado. Assim sendo, seria possível a utilização de mecanismo similar ao utilizado na distribuição para que o ECAD proceda à Arrecadação proporcional ao efetivamente utilizado pelo usuário e em valores diferenciados, não restando um valor

ADI 5062 / DF

único a ser utilizado para cada um dos casos (Televisão, Rádio, dentre outros)”

Destarte, o que pretendeu a Lei nº 12.853/2013 foi corrigir o conjunto de distorções propiciado pelo poder de mercado das associações gestoras de direitos autorais, sem, contudo, retirar dos próprios autores e titulares a prerrogativa de estabelecer o preço de suas obras. Não há, pois, que se cogitar de violação à propriedade privada ou à livre iniciativa. Vedou-se apenas a prática *abusiva* de licenciamento **exclusivo** pelo formato cobertor. Aliás, a *blanket license* permanece lícita, desde que não seja a única modalidade de negócio disponível, como esclarece o Ministério da Cultura, posteriormente referendado pela Advocacia-Geral da União:

“Portanto, a constitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 98 evidencia-se justamente por se tratar de medida que contribui para a efetiva proporcionalidade na fixação de preços para fruição de obras protegidas por direitos de autor sem viabilizar nem representar qualquer ameaça a métodos assemelhados às *blanket licenses*, desde que razoáveis. Ou seja, **sua utilização permanece possível sob a égide da nova legislação**, tendo em vista a multiplicidade de modalidades de fruição, as diferentes características econômicas dos potenciais usuários, princípio de economia de escala etc. desde que não atente contra direitos básicos do consumidor”. (sem grifos no original)

Por esses fundamentos, rejeito a impugnação dirigida aos §§ 3º e 4º do art. 98 da Lei nº 9.610/1998 com redação dada pela Lei nº 12.853/2013. Melhor sorte não assiste às requerentes quanto aos questionamentos dos §§ 10, 11 e 15 da Lei nº 9.610/1998.

Segundo a inicial da ADI nº 5.062, os §§ 10 e 11 do art. 98 seriam incompatíveis com os §§ 3º e 4º da mesma Lei nº 9.610/1998, porquanto, a expressão “*créditos e valores e não identificados*” e a distribuição “*dentro da mesma rubrica em que foram arrecadados*” somente seriam compatíveis com a sistemática da licença cobertor, “*enquanto que a pretendida arrecadação proporcional à execução, (...), faria com que todos os créditos e valores fossem*

identificados e, portanto, tornariam ocioso o próprio conceito de arrecadação”.

O equívoco do argumento está em supor que a Lei nº 12.853/2013 teria dado fim à licença cobertor. Como apontado linhas atrás, a nova disciplina legal aboliu apenas a **exclusividade** da *blanket license*, mas não a sua **existência** ao lado de outras modalidades de licenciamento, a serem negociadas pelas partes. Destarte, o dispositivo, ao contrário do arguido, apresenta nítida razoabilidade interna, uma vez que se aplica aos casos em que a licença cobertor for utilizada. Não vejo qualquer vício de validade.

Por fim, o §15 do mesmo art. 98 simplesmente estabelece prazo de antecedência mínima para que os titulares de direito autoral comuniquem as associações que integrem quanto à intenção de arrecadar pessoalmente os seus direitos. Segundo as requerentes, a regra *“representa mais uma violação ao princípio da liberdade de associação, eis que a fixação de prazos para comunicações entre Associações e associados é matéria que deve ser deliberada pelos próprios associados no âmbito das Associações por eles integradas”*.

Não endosso essas razões. De fato, existem, na espécie, interesses externos à relação entre associação e associado a justificar a previsão legal. Cuida-se da *racionalização* da atividade arrecadatória, bem como da *proteção* do usuário de obras intelectuais. Ao fixar um prazo mínimo para a comunicação, a Lei age com prudência, permitindo que a associação, ao proceder à cobrança de seu repertório, possa excluir os valores referentes ao titular que atue pessoalmente. O prazo legal minimiza as chances de que falhas de comunicação propiciem duplicidade de cobrança, tumultuando a gestão coletiva e onerando o usuário. Não verifico inconstitucionalidade.

6) Art. 98, §§ 6º, 7º e 8º

As normas exigem que as associações mantenham e disponibilizem, por meio eletrônico, cadastro centralizado de dados relativos aos direitos autorais (art. 98, §6º), assegurando ao Ministério da Cultura acesso contínuo e integral a tais informações (art. 98, §7º); atribuem ainda ao

ADI 5062 / DF

Ministério da Cultura o papel de arbitrar eventuais conflitos e retificar as informações necessárias (art. 98, §8º). Segundo as requerentes, essas previsões violariam o direito constitucional à privacidade (CRFB, art. 5º, X) e o princípio da proporcionalidade.

Os argumentos novamente não convencem. Conforme consta do substitutivo ao PLS nº 129/2012 apresentado perante a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, o novo marco regulatório do setor previu *“um cadastro unificado de obras, que será administrado de forma a prevenir o falseamento de dados e promover a desambiguação de títulos similares de obras, dando-se publicidade aos dados que são de interesse público, mas preservando-se as informações de cunho somente individual como valores distribuídos a titular”*.

O interesse público na existência deste cadastro unificado de obras explica-se, portanto, a partir de duas *finalidades* básicas: (i) prevenir a prática de fraudes e (ii) evitar a ocorrência de ambiguidades quanto à participação individual em obras com títulos similares. Essas finalidades decorrem de diagnóstico fático quanto à fragilidade do sistema anterior. O “caso Milton Coitinho”, apurado pela CPI do ECAD, talvez tenha sido o de maior repercussão na imprensa. Coitinho, motorista de ônibus em Bagé, cidade do interior do Estado do Rio Grande do Sul, foi registrado como coautor de Glauber Rocha, José Mojica Marins e Anselmo Duarte em importantes trilhas sonoras para o cinema. Perante a CPI, Coitinho negou ter qualquer conhecimento do ECAD e afirmou que seus dados haviam sido utilizados indevidamente.

A par de qualquer discussão quanto à responsabilidade pelo ilícito, o caso revela como a pouca transparência quanto à gestão coletiva pode ameaçar a proteção efetiva do direito autoral e expor usuários a cobranças indevidas. O problema foi apontado pelo cantor e compositor Roberto Frejat, durante a audiência pública organizada neste Supremo Tribunal Federal, como fonte de sérias preocupações dos artistas. Confira-se:

“A forma de cadastro do ECAD é precária. Se eu resolver que tenho uma música com um nome ‘tal’, eu simplesmente mando para o ECAD e digo que tenho uma música com o nome

‘tal’. Não preciso apresentar nenhuma prova concreta de que essa música exista. Não preciso apresentar um fonograma, uma partitura de uma editora que chancele que essa música exista. Então vemos casos, por exemplo, em que uma música da Marisa Monte, do Roberto Carlos ou minha tem o mesmo nome de uma música de outro autor completamente desconhecido. No momento da distribuição, enganos podem acontecer”.

Ante esse quadro fático, não considero que a Lei nº 12.853/2013, ao criar o cadastro público centralizado, tenha extrapolado os limites conferidos ao legislador para a conformação e o equacionamento de conflitos existentes entre direitos fundamentais. Com efeito, embora haja impacto sobre o direito à privacidade dos titulares, é de interesse de qualquer usuário, efetivo ou potencial, ter conhecimento acerca das participações individuais nas obras, sobretudo porque o modelo regulatório admite a atuação pessoal de cada titular na arrecadação de seus direitos (art. 98, §15). Reitero que o legislador ordinário também interpreta a Constituição e, nesta empreitada, realiza ponderações em caso de tensão entre bens jurídicos igualmente dignos de tutela. A acomodação promovida pelos §§ 6º, 7º e 8º do art. 98 da Lei nº 9.610/1998 não revela nenhum excesso evidente, senão apenas uma justificável reação a vulnerabilidades identificadas no sistema anterior.

Descabe ainda afirmar que o cadastro criado pela lei impediria o uso de pseudônimos. É o que registra com precisão a Procuradoria-Geral da República:

“A sistemática dos parágrafos impugnados não impede a possibilidade de uso de pseudônimos e heterônimos, ao contrário do que afirma a petição inicial. Mecanismos técnicos e administrativos podem compatibilizar o desejo soberano de qualquer autor de ocultar sua identidade com o cadastro preconizado nos dispositivos.

Se algum autor desejar utilizar pseudônimo ou heterônimo e, ao mesmo tempo, fazer valer seus direitos autorais, carecerá, em alguma medida, de identificar-se ou

ADI 5062 / DF

valer-se de representantes, pois não é possível pagar os valores deles decorrentes a pessoa fictícia, a criação intelectual abstrata. Do mesmo modo poderá fazer diante do cadastro previsto no art. 98”.

Por fim, reputo válida a possibilidade de retificação das informações constantes do cadastro pelo Ministério da Cultura, evitando a prematura judicialização de eventuais embates. Além disso, a solução de tais controvérsias no âmbito administrativo, por órgão especializado, tende a permitir o enfrentamento das questões a partir de perspectiva técnica. Destaco ainda que a Lei foi cuidadosa ao prever expressamente a comunicação dos interessados e o direito ao contraditório antes de qualquer intervenção do Ministério da Cultura sobre o aludido cadastro. De qualquer modo, o acesso ao Poder Judiciário (CRFB, art. 5º, XXXV) sempre estará aberto a quem se sentir prejudicado.

Destarte, verifico que foram explicitados com clareza e consistência os motivos ensejadores e os fins visados pela intervenção regulatória. Soma-se a isso o fato de que não vislumbro, na espécie, nenhum erro manifesto do legislador ordinário, seja pela contrariedade frontal a regra constitucional, seja falta evidente de pertinência entre os meios eleitos e os objetivos perseguidos. Consoante as balizas teóricas já delineadas no início deste voto, rejeito as impugnações aqui narradas.

7) Art. 98, §§ 12 e 16; Art. 99, §§ 4º, 8º e 9º

As regras estabelecem critérios para a fixação da taxa de administração praticada pelas associações (art. 98, §12) bem como para a distribuição aos autores dos valores arrecadados (art. 99, §4º), além de limitar o poder de os associados deliberarem sobre a utilização dos recursos recolhidos pelas entidades que integram (art. 98, §16). Pede-se a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos por violação à liberdade de associação (CRFB, art. 5º, XVII a XX), bem como ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) e à livre iniciativa (CRFB, art. 1º, IV), ambos elevados à condição de fundamentos da Ordem Econômica (CRFB,

art. 170).

Os fundamentos da impugnação não merecem prosperar. Como já assentado, as associações integrantes da gestão coletiva possuem essência *instrumental*, servindo precipuamente de intermediárias entre usuários e criadores de obras intelectuais. Ocorre que, ao longo do tempo, a presença de poder de mercado aliada à ausência de regulação setorial geraram um ambiente de descontentamento de ambos os lados do mercado quanto ao desempenho intermediário dessas entidades. Foi o que registrou o relatório da CPI do ECAD:

“A falta de concorrência, sobretudo quando aliada a outros desmandos, pode gerar estruturas ultrapassadas. 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”.

A Lei nº 12.853/2013 procurou corrigir essa distorção, reconduzindo as entidades de gestão coletiva ao papel instrumental que justifica sua existência. Daí ter estabelecido que a taxa de administração praticada *“deverá ser proporcional ao custo efetivo de suas operações, considerando as peculiaridades de cada um delas”* (art. 98, §12). Isso porque, como consta do relatório da CPI, *“arrecadar direitos em uma grande emissora de rádio na capital, que encaminha planilhas detalhadas e um volume considerável de recursos, não exige da sociedade de titulares o mesmo esforço do que o necessário para arrecadar direitos de um pequeno restaurante no interior e, ainda que haja espaço para alguma compensação sistêmica, a manutenção de um só percentual para todas as categorias é inaceitável para o autor”*.

A justificativa da intervenção estatal é explicada pela estrutura econômica do setor, que se aproxima de um monopólio natural, em que o custo médio de atuação fiscalizatória é decrescente em relação à extensão

do repertório mantido pela entidade (cf. KAHN, Alfred E. *The economics of regulation: principles and institutions*. Cambridge: The MIT Press, 1988, vol. II, p. 119: “*The critical and – if properly defined – all-embracing characteristic of natural monopoly is an inherent tendency to decreasing unit costs over the entire extent of the market*”). Nesse ambiente, é comum a presença de poucas associações como tentativa de explorar os ganhos de escala disponíveis. Ocorre que, como não são um fim em si, tais ganhos deveriam ser repassados aos autores na forma, por exemplo, de taxas de administração mais baixas. Isso, porém, não ocorria em momento anterior à Lei nº 12.853/2013. Os impactos sobre autores foram indicados pela SDE em nota técnica apresentada ao CADE, que caracterizou a atuação concertada das associações como “cartel”:

“• **Artistas (músicos, compositores, etc.):** o sistema linear e coordenado de preços empreendido pelo cartel possivelmente é mais pernicioso para este segmento da indústria. Deve-se notar que a distribuição de conteúdos áudio-visuais, no caso obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, caracteriza-se por ser um indústria ou mercado de dois lados (em inglês, *two-sided market*, estudado na literatura econômica). Os lados desse mercado são os artistas e os consumidores de suas músicas (seus fãs), sendo os meios de comunicação bem como o próprio ECAD as plataformas de intermediação. Segundo a literatura especializada, a regra de precificação em um mercado de dois lados, em geral, é relacionada ao grau de elasticidade-preço da demanda de cada mercado: cobra-se mais do segmento menos elástico e menos do segmento mais elástico. No caso dos músicos, é de se esperar que aqueles em começo de carreira sejam os mais dependentes dos meios de transmissão e comunicação (rádio, TV, eventos, etc.) para divulgação de sua obra (são, no dizer econômico, o lado menos elástico, ou mais dependente, e de onde é extraída proporcionalmente mais renda segundo o método de precificação aqui exposto). Isto explicaria o fato de o ECAD repassar pouco ou nada a este grupo de artistas: por ser o grupo mais dependente (de menor

elasticidade), são mais ‘cobrados’ pelo serviço de divulgação, em termos relativos ao grupo menos dependente e sobre o qual o cartel possui mais poder para extrair proporcionalmente mais renda. Por outro lado, o grupo dos artistas mais consolidados no mercado é menos afetado, pois possuem maior poder de barganha frente a gravadoras, associações e ao próprio ECAD (possuem mais alternativas de divulgação). O repasse dos preços mais elevados fixados pelo cartel, em relação às obras deste grupo de artistas, ocorre justamente para seus fãs, que são os consumidores de suas músicas. Estes consumidores são o segmento mais dependente (menos elástico) do mercado de dois lados formado por artistas de renome e fãs, tendo em vista o apelo popular, gostos e preferências que tornam tais consumidores propensos a arcar com custos maiores para ter acesso às obras daqueles. Se considerarmos os diversos grupos de artistas e fãs como um mercado de múltiplos lados (*multi-sided market*) é possível imaginar um cenário em que artistas em início de carreira ‘financiem’ artistas de maior renome. Porém, dado os efeitos deletérios de um cartel, boa parte do mecanismo de financiamento cruzado deve ser absorvido pelas ineficiências derivadas do cartel, devendo-se esperar que todos os grupos de artistas e consumidores tenham ganhos com o seu término”. (sem grifos no original)

Diante desses fatos, o Conselheiro do CADE Ricardo Ruiz levantou relevante questionamentos acerca da dissociação entre *teoria* e *prática* no papel desempenhado pelas associações de gestão coletiva de direitos autorais. Transcrevo o trecho pertinente ao tópico pelo seu relevante teor informativo:

“Um primeiro aspecto que gostaria de ponderar é se o ECAD e as Associações estão minimizando custos de transação. O Conselheiro-Relator reporta, no parágrafo 319, que do total arrecadado aproximadamente 24% é retido como taxa de arrecadação, ficando o ECAD com 17% e as Associações com 7,5%. A justificativa para esta surpreende ‘taxa de retenção de

renda' é o custeio dos mecanismos de monitoramento e de cobrança, ou seja, é o custo da estrutura de governança necessária para minimizar os custos de transação.

Ora, como explicar uma margem de retenção de renda ou taxa de arrecadação de 24% que custos de transação, que ampliação de mercados, que possibilidades de acesso, que massificação do consumo esta instituição está patrocinando e apoiando? Uma taxa de arrecadação de 24% não sugere uma minimização de custos de transação, mas sim uma extração de renda derivada de uma posição monopolística com forte presença de barreiras à entrada de rivais ou concorrentes".

Em razão desse quadro fático, não verifico vício constitucional nos arts. 98, §12 e 99, §4º da Lei nº 9.610/1998 com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.853/2013. Trata-se de instrumento de regulação jurídica lastreado em sólidas premissas empíricas e em tudo compatível com o papel instrumental das entidades de gestão de coletiva. Em verdade, é curioso que associações que alegam representar os autores estejam questionando regra jurídica nitidamente benéfica a estes últimos.

Também não verifico qualquer mácula no art. 98, §16, da Lei nº 9.610/1998, que fixa limite máximo de despesa pelas associações com "*ações de natureza cultural e social que beneficiem seus associados de forma coletiva*". A medida leva em conta a tensão latente entre interesses individuais e coletivos na oferta de obras intelectuais. Como a gestão associada surge, em geral, por necessidade prática, os autores não têm ampla margem de autonomia para se desvincularem de toda e qualquer associação. A regra em comento representa, pois, uma garantia *individual* de *cada* autor em face de *quaisquer* maiorias associativas, uma vez que limita a disposição *coletiva* de direitos que são intrinsecamente *subjetivos*.

A rigor, a prudência sobressai como a tônica da Lei nº 12.853/2013 ao harmonizar os interesses em jogo. De um lado, permitiu-se que maiorias de associados pudessem, na forma de seus estatutos, conferir destinação coletiva aos recursos arrecadados, ainda que com oposição de alguns poucos titulares. Prestigia-se aqui a dimensão *social* da gestão coletiva.

ADI 5062 / DF

Por outro lado, garante-se que, para além de certo patamar, nenhum titular será obrigado a suportar a disposição de seus direitos de autor. Promove-se aqui a dimensão *individual* da criação artística. O limite de 20% foi o ponto ótimo fixado pelo legislador. Não vislumbro qualquer deficiência ou excesso neste montante.

Uma ressalva final é digna de nota. A Lei não impede, em definitivo, que os associados deliberem sobre a destinação dos recursos arrecadados. Basta notar que, após a distribuição dos valores, todo associado é livre para empregar como quiser a sua fração, inclusive em “ações de natureza cultural e social” que beneficiem seus coassociados de forma coletiva. Maiorias suficientemente amplas poderão então manter seus planos originais de investimento social. Só não poderão fazê-lo, uma vez ultrapassada a barreira dos 20%, às custas de quem se opuser. Forte nestas razões, rejeito as impugnações articuladas nas ações diretas.

8) Art. 99, §7º

O art. 99, §7º, da Lei nº 9.610/1998, alterado pelo art. 2º da Lei nº 12.853/2013, impõe um dever de cooperação às associações que percam a respectiva habilitação para atuar na gestão coletiva de direitos autorais, as quais deverão transferir “todas as informações necessárias ao processo de arrecadação e distribuição de direitos”. As requerentes alegam que o dispositivo ofende o direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), bem como a garantia da propriedade imaterial e dos segredos do negócio (CRFB, art. 5º, XXIX).

As razões apresentadas não são suficientes para infirmar a previsão legal. Reitero: as associações integrantes da gestão coletiva possuem essência *instrumental*, servindo precipuamente de intermediárias entre usuários e criadores de obras intelectuais. Nesse contexto, a propriedade associativa assume o mesmo caráter instrumental. Em particular, a previsão legal evita soluções de continuidade na tutela dos direitos autorais em virtude de perda superveniente de habilitação por alguma entidade do segmento. As associações surgem para viabilizar o mercado.

ADI 5062 / DF

Não devem, pois, interromper seu hígido funcionamento, inclusive no momento em deixam de operar no setor. A Lei nº 12.853/2013 apenas zelou pela transição razoável e menos traumática para usuários e titulares.

Considero ainda inadequada a argumentação apresentada pelas requerentes quanto ao art. 5º, XXIX, da CRFB, que assegura *“aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”*. Isso porque as associações de gestão coletiva não exercem empresa em sentido jurídico. Não à toa sempre lhes foi vedado pela legislação apresentar intuito de lucro. Ocorre que o parâmetro constitucional invocado é nitidamente voltado a explorações comerciais. Daí a impertinência, como registrado pela PGR:

“Sabe-se que a argumentação em ação direta de inconstitucionalidade deve, de ordinário, prender-se à ordem jurídica constitucional, não à infraconstitucional. Sem embargo, importa a referência à Lei da Propriedade Industrial para constatar-se que as rotinas e métodos usados pelo Ecad para a arrecadação e a distribuição de direitos autorais claramente não são objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade nem de registro de desenho industrial ou de marca. Não há nem mesmo inadequação da nova norma legal com o regime da Lei 9.279/96, muito menos com a Constituição da República.

Na verdade, a argumentação, de tom claramente empresarial, que as autoras desenvolvem na petição inicial a esse propósito, demonstra a visão que o Ecad dedica ao processo de arrecadação e distribuição dos direitos autorais, a confirmar que não parece verdadeiramente preocupado com a eficiência do sistema de repartição de direitos autorais, em prol dos respectivos titulares, mas com seus próprios interesses. Confirma a avaliação da CPI do Senado Federal, no trecho transcrito acima, segundo a qual, *‘de instituição que deveria ser meio pelo qual os titulares de direitos autorais perceberiam o que lhe é*

devido, o Ecad tornou-se um fim em si mesmo’.

A nova lei busca tão somente preservar a continuidade da arrecadação e da distribuição dos direitos autorais em respeito aos respectivos titulares, que devem ser o centro da proteção legal. Toda a estrutura de gestão coletiva desses direitos deve privilegiar os autores e os usuários, não as associações e o próprio Ecad. Dessa maneira, inexistente inconstitucionalidade”.

Não verifico substrato constitucional suficiente para a invalidação judicial do art. 99, §7º, da Lei nº 9.610/1998, alterado pelo art. 2º da Lei nº 12.853/2013. Rejeito a impugnação.

9) Art. 98-C e Art. 100-B

Os artigos estabelecem que as associações de gestão coletiva deverão prestar contas dos valores recebidos aos seus associados (art. 98-C, *caput*), os quais, embora ostentem legitimidade para exercer a fiscalização diretamente (art. 98-C, §1º), podem provocar o Ministério da Cultura em sua defesa caso não sejam atendidos de plano (art. 98-C, §2º). Além disso, estabelecem que compete a órgão da Administração Pública Federal o poder de arbitrar conflitos entre usuários e titulares de direitos autorais bem como entre titulares e suas associações a respeito de direitos disponíveis (art. 100-B).

As requerentes postulam a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos ao fundamento de violação à livre iniciativa (CRFB, art. 1º e 170), ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) e à separação de Poderes (CRFB, art. 60, §4º, III). Em particular, a impugnação dirigida ao art. 98-C tem como foco o §2º. Consoante as requerentes, a intervenção do Estado não se justifica, já que a omissão de qualquer entidade deve ser questionada junto ao Poder Judiciário, e não perante o Poder Executivo. Analogamente, o art. 100-B representaria interferência estatal indevida sobre direitos privados e disponíveis, *“em relação aos quais não há qualquer fundamento constitucional que autorize a interferência do Poder Executivo”*.

Não há como concordar com os argumentos. Como aponta a PGR,

ADI 5062 / DF

“a mediação e a arbitragem têm sido crescentemente recomendadas como via mais célere e menos custosa de composição de litígios, ante as imensas dificuldades operacionais que acometem o Poder Judiciário”. Nesse sentido, os dispositivos em comento promovem duas finalidades constitucionalmente legítimas: (i) minimizam a demanda do Poder Judiciário, já abarrotado de causas a espera de solução; (ii) propiciam a análise do conflito por especialistas no tema, o que gera decisões mais adequadas para a efetiva composição da lide material.

As previsões legais vão ainda ao encontro das iniciativas conduzidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em racionalizar o acesso ao Poder Judiciário, tais como a Semana Nacional da Conciliação, o Prêmio “Conciliar é Legal” e os diversos cursos de formação de magistrados e servidores do Poder Judiciário em métodos consensuais de solução de conflitos. A propósito, cabe transcrever trecho da última edição do Manual de Mediação editado pelo CNJ:

“Segundo o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, a cada ano, para cada dez novas demandas propostas no Poder Judiciário brasileiro, apenas três demandas antigas são resolvidas. Some-se a este preocupante dado que se encontram pendentes cerca de 93 milhões de feitos. Sem dúvida, vivemos sério problema de déficit operacional.

Algumas das atuais soluções para esta delicada situação deficitária envolvem preocupação essencial com o uso racional e eficiente da máquina estatal. Isto porque frequentemente, constatamos partes que, após longos períodos de litígio, recebem integralmente o pedido posto na inicial, mas ainda assim não sentem que ‘venceram o conflito’. Ainda mais quando a vitória é parcial. Certamente se pode afirmar que, se uma parte vence – parcial ou integralmente – uma disputa, mas ainda se encontra insatisfeita ao final do processo, há algo no uso da máquina estatal a ser questionado”.

(BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*,

Não há que se cogitar de violação à livre iniciativa, ao direito de propriedade ou à separação de Poderes. A prerrogativa contida no artigo 98-C, §2º, evita a judicialização de questões jurídicas simples, como as relativas à prestação de contas por associações a associados. Vale lembrar que as associações de gestão coletiva administram recursos alheios, sendo inquestionável o dever de transparência para com os titulares de direitos autorais. Induvidoso o dever, tanto melhor que eventual recalcitrância em cumpri-lo seja solucionada sem a necessidade da intervenção judicial. Foi o que fez a Lei nº 12.853/2013.

Quanto à mediação e à arbitragem prevista no art. 100-B, a própria Lei ressalvou, como não poderia deixar de ser, a autoridade do Poder Judiciário, cuja tutela é assegurada constitucionalmente (CRFB, art. 5º, XXXV). Em verdade, a disciplina legal apenas possibilita a solução por vias alternativas às judiciais, sem impedir, por qualquer modo, o acesso à justiça. Obviamente, a submissão das partes à mediação ou à arbitragem dependerá sempre de **anuência expressa e mútua**, como ressalvou o Supremo Tribunal Federal ao julgar, incidentalmente, válida a Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº 9.307/1996) nos autos da Sentença Estrangeira nº 5.206:

“EMENTA: (...) 3. **Lei de Arbitragem (L. 9.307/96):** constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na **cláusula compromissória**, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF”.

(SE nº 5.206 AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 12/12/2001, DJ 30-04-2004 – grifos no original)

A ressalva quanto a apreciação judicial também está prevista expressamente no art. 25 do Decreto nº 8.469/2015, que regulamentou a gestão coletiva. Ademais, a Instrução Normativa nº 4, de 7 de julho de 2015, que aprova o regulamento de mediação e arbitragem no âmbito do Ministério da Cultura, é clara ao reconhecer que “*a solução de controvérsias, no âmbito da Diretoria de Direitos Intelectuais do Ministério da Cultura, somente será possível mediante acordo expresso entre as partes” (art. 2º).*

Sobressai, a toda evidência, o caráter *voluntário* da submissão de eventuais conflitos decorrentes da gestão coletiva à solução por mediação ou arbitragem perante órgão da Administração Pública federal. Essa voluntariedade decorre diretamente da Constituição da República (CRFB, art. 5º, XXXV), como reconhecido pelo STF (SE nº 5.206) e devidamente respeitado pelo legislador ordinário (Lei nº 9.610/1998, art. 100-B), pelo Chefe do Poder Executivo federal (Decreto nº 8.469/2015, art. 25) e pelo Ministério da Cultura (IN nº 4/2015, art. 2º). Tal atributo impede que se cogite, na hipótese, de ofensa à livre iniciativa, ao direito de propriedade ou à separação de Poderes.

10) Art. 99-A, *caput*

O art. 99-A da Lei nº 9.610/98, introduzido pelo art. 3º da Lei nº 12.853/2013, autoriza órgão da Administração Pública federal a tornar obrigatória a admissão de associados no ECAD, desde que sejam habilitados previamente para desempenhar a gestão coletiva e haja pertinência entre as áreas de atuação. As requerentes pedem a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal por violação à propriedade privada (CRFB, art. 5º, XXII), à liberdade de associação (CRFB, art. 5º, XVII a XX) e ao princípio da proporcionalidade.

Tenho dificuldades de sufragar os argumentos apresentados nestas

ADI 5062 / DF

ações diretas por uma singela razão: o ECAD ostenta, **por força de lei**, o monopólio da arrecadação e da distribuição de direitos relativos à execução pública de obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas (Lei nº 9.610/1998, art. 99). Ora, sendo o único escritório regular, nenhuma associação eventualmente barrada ou excluída do ECAD terá meios de fiscalizar e cobrar pela execução pública das obras pertencentes ao seu repertório. É evidente, neste caso, a fragilização da tutela jurídica dos direitos do autor, assegurada expressamente pelo art. 5º, XXVII, da CRFB.

A previsão legal ora questionada pretende evitar que as associações já estabelecidas na gestão coletiva possam asfixiar a criação de novas associações mediante políticas de alijamento junto ao ECAD. Nesse sentido também opina a PGR:

“Sendo o Ecad o único ente central do sistema para arrecadação e distribuição - tanto sob a égide da redação original da Lei 9.610/98 quanto na vigência da Lei 12.853/2013 -, é necessário que as associações de titulares possam nele ingressar, desde que habilitadas nos termos da própria lei. Isso evita subjetivismos e criação de nichos de poder na condução dos negócios da entidade, justamente por sua natureza peculiar e pelo interesse público existente na sua atividade”.

Esse receio quanto a práticas excludentes tem sólido lastro empírico. Com efeito, a já citada condenação por *abuso de poder dominante* imposta pelo CADE às entidades de gestão coletiva se baseou, dentre outros fundamentos, em práticas limitadoras da constituição e do funcionamento de outras associações, caracterizando *elevadas barreiras à entrada*. Ao analisar os requisitos fixados no estatuto do ECAD para o ingresso de novas associações, assim se manifestou o Conselheiro relator Elvino Mendonça, no que foi acompanhado pelos demais:

“(…) o ingresso de uma associação administrada exige a comprovação da titularidade *sobre bens intelectuais publicados em quantidade equivalente ou superior a 10% (dez por cento) da medida*

administrada por sociedades componentes do ECAD (Art. 8 item e.), ao passo o ingresso de uma associação efetiva exige a comprovação da titularidade sobre bens intelectuais publicados em quantidade equivalente ou superior a 20% (dez por cento) da medida administrada por sociedades componentes do ECAD. (Art. 9 item j.), além de ter quadro social igual ou superior a 20% (vinte por cento) da média de filiados das associações efetivas integrantes do ECAD (Art. 9 item l).

Os requisitos quantitativos são extremamente difíceis de serem alcançados, tendo em vista que o ECAD somente distribui os valores arrecadados para as Associações que dele fazem parte. Disso decorre a grande dificuldade de uma Associação possuir, *a priori*, a titularidade de bens intelectuais em quantidade equivalente ou superior a 10% para se tornar uma Associação Administrada e equivalente ou superior a 20% para se tornar uma Associação Efetiva.

Os critérios acima elencados são tão restritivos que a última Associação Efetiva a ingressar no ECAD foi a ABRAMUS (Associação Brasileira de Música) no ano de 1982, o que significar dizer mais de 30 anos atrás.

Outra cláusula de relevante interesse para a análise de barreiras à entrada refere-se àquela estipulada no Art. 8º, 'd', §1º do referido Estatuto, que impõe: *A admissão. ou manutenção de entidade como associação administrada dependerá de decisão da Assembléia Geral, nos termos da alínea 'o' do artigo 28, deste estatuto.*

Tal critério é abusivo, na medida em que permite que as Associações existentes controlem, juntamente com o ECAD, o ingresso de novas associações no mercado de direitos autorais. No entanto, a competência para determinar a entrada no Mercado não foi outorgada ao Escritório Central ou as Associações em nenhum mandamento normativo. Sendo assim, tal cláusula aponta inversão lógica do sistema da gestão coletiva dos Direitos Autorais, vez que permite o bloqueio, por parte dos concorrentes, a entrada de novas Associações.

Sendo assim, considerando que (i) os requisitos quantitativos para ingresso de novas associações são

ADI 5062 / DF

extremamente restritivos e que (ii) a aprovação para o ingresso de novas associações depende da aprovação da Assembleia Geral do ECAD, a entrada de uma associação neste mercado não é provável”.

A dificuldade de acesso de novas associações ao ECAD gera ainda efeitos deletérios sobre o esquema de *incentivos* imposto às associações gestoras. Em nota técnica já mencionada, a SDE apontou que a criação de novas entidades coletivas impõe pressão competitiva sobre as associações já estabelecidas, que tenderão a ser mais eficientes, oferecendo serviço de qualidade e com maior retorno financeiro para seus associados. “Do contrário, os associados poderiam trocá-las por associações mais sensíveis aos seus interesses ou mesmo procurar constituir novas associações para melhor representá-los”. Destarte, a facilidade de ingresso junto ao ECAD é fator diretamente relacionado à maior proteção dos autores, os verdadeiros responsáveis pela criação intelectual.

Não enxergo, na regra legal, qualquer ofensa à propriedade privada, à liberdade de associação ou ao princípio da proporcionalidade. Descabe falar de “expropriação do direito de propriedade das associadas pré-existentes” em razão da “redução de sua quota parte no acervo social”. A prevalecer este argumento, somente poderia ingressar no ECAD quem fosse admitido pelas associações já existentes, o que, em um regime de monopólio legal, enseja ampla margem para abusos, como os constatados pelo órgão antitruste brasileiro. A objeção suscitada pelas requerentes somente teria lugar em um modelo de livre criação de escritórios de arrecadação, o que não ocorre no Brasil, como aliás chancelado pelo STF desde 2003 (ADI nº 2.054).

A liberdade de associação também não permite invalidar a disciplina legal. Como apontado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI nº 2.054, “o ECAD, em sua moldura legal, é uma associação de associações, isto é, de pessoas jurídicas. Na melhor das hipóteses, é mais duvidosa a aplicação sem temperamento às pessoas jurídicas das normas constitucionais da liberdade de associação”. Acrescento a este ponto um outro: o ECAD é uma entidade sem fins lucrativos criada, em regime de monopólio legal, para

ADI 5062 / DF

servir à gestão coletiva e, assim, aos próprios autores. Tal monopólio concedido pelo Estado autoriza maior intervenção do Poder Público sobre a dinâmica de funcionamento da entidade, a qual, deixada por si, já provou desvirtuar-se dos propósitos que justificam as suas prerrogativas.

Por fim, o argumento de violação à proporcionalidade não se encontra minimamente fundamentado. Na ADI nº 5.062, as requerentes limitam-se a afirmar que *“a associação compulsória por determinação da administração pública (...) afigura-se desproporcional, inadequada e inconstitucional. Isso porque não cabe, em qualquer hipótese, a órgão do Poder Executivo estabelecer os critérios aplicáveis à admissão de associados em qualquer associação de natureza privada”*. Não houve cuidado analítico em demonstrar quais etapas do dever de proporcionalidade não teriam sido atendidas. A meu sentir, porém, a medida revela-se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

A idoneidade é evidente, porquanto a regra legal reduz as chances de que as associações já existentes criem barreiras à criação de novas entidades, justamente a finalidade do preceito. A exigibilidade também é clara. Não imagino qualquer meio alternativo capaz de, com a mesma intensidade, promover a finalidade pretendida. O acesso ao Escritório Central era um instrumento poderoso de controle da gestão coletiva pelas associações já estabelecidas. A regra legal quebra essa hegemonia ao franquear acesso amplo ao ECAD. No sopesamento de bens, também não visualizo qualquer vício. Os bens supostamente restringidos, como a propriedade privada e a liberdade de associação, não desfrutam, em razão do monopólio legal, de proteção tão categórica como fazem crer as requerentes.

Rejeito a arguição de inconstitucionalidade dirigida ao art. 99-A da Lei nº 9.610/98, introduzido pelo art. 3º da Lei nº 12.853/2013.

III. Conclusão e Dispositivo

Concluo o voto com uma observação. Em hermenêutica constitucional, é preciso cuidado para que a interpretação ampliativa de

ADI 5062 / DF

princípios considerados fundamentais não se convole em veto judicial absoluto à atuação do legislador, que também é um intérprete legítimo da Lei Maior. Garantias gerais como *liberdade de iniciativa, propriedade privada e liberdade de associação* não são, por si, incompatíveis com a presença de regulação estatal. Aliás, o próprio monopólio do ECAD é produto de intervenção do Estado, tendo sido chancelado por este STF sob aplausos das associações requerentes. Daí a necessária cautela para que a retórica dos direitos fundamentais não se torne *insaciável*, devoradora do espaço político de deliberação coletiva (PINTORE, Anna. *I diritti della democrazia*. Laterza: Editori Laterza, 2003).

A propósito, ressalto que, na experiência internacional, em diferentes democracias constitucionais, é variado o grau de participação do Estado na gestão coletiva de direitos autorais (GERVAIS, Daniel (org.) *Collective Management of Copyright and Related Rights*. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2nd Edition, 2010). A pluralidade de regimes sugere que não existe um modelo único, perfeito e acabado de atuação estatal neste campo. O maior ou o menor protagonismo do Poder Público depende das escolhas políticas das majorias eleitas. No Brasil, em 1973, a Lei nº 5.988 previu um modelo regulatório com ampla supervisão estatal. Em 1998, com a Lei nº 9.610, optou-se por não haver supervisão pública. Em 2013, a Lei nº 12.853 retomou, com prudência e cautela, como pude constatar, o monitoramento, agora exercido pelo Ministério da Cultura. Essa experimentação de diferentes modelos ao longo dos tempos é a essência do jogo democrático.

Por essas razões, voto no sentido de, em sede preliminar, **conhecer** integralmente as postulações deduzidas nas ADIs nº 5.062 e nº 5.065 e, no mérito, **julgar improcedentes** todos os pedidos articulados em ambas as ações diretas.