

A (necessidade de) transparência no sistema de gestão coletiva no Brasil. Inovações decorrentes da Lei 12.853/13.

Victor Gameiro Drummond¹

Resumo: O texto apresenta elementos de análise sobre a constitucionalidade da Lei 12.853/13 que instituiu uma nova sistemática e regras para a gestão coletiva de direitos de autor e os que lhes são conexos. Dentre os referidos elementos encontra-se a necessidade de que a gestão coletiva de direitos seja praticada com transparência para atingir sua finalidade primordial, que é a proteção do direito de autor com equilíbrio.

Palavras-chave: Direito de autor e direitos conexos. Gestão Coletiva. Constitucionalidade. Transparência. Lei brasileira.

Abstract: The text analyse the constitutionality of Law 12853/13 which established a new system and rules for collective management of copyright and neighboring rights. Among those factors is the need for collective rights management is practiced with transparency to achieve its primary purpose which is the protection of copyright with balance.

Keywords: Copyright. Colective Managment. Constitutionality. Transparency. Brazilian law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Questões jurídico-filosóficas estruturais prévias. O desenvolvimento histórico do direito de autor baseado em seu *deficit* filosófico. 3. A questão da representatividade dos titulares e dos sujeitos-criadores. 4. Da inconstitucionalidade por omissão até o advento da Lei 12.853/13. 5. Da função social da propriedade no direito de autor. 6. Da noção de transparência no “constitucionalismo autoral”. 7. Conclusões finais.

¹ Advogado. Professor universitário. Professor Convidado da Universidade de Lisboa e da *Universidad Complutense de Madrid*. Doutor em direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Presidente do Instituto Latino de Direito e Cultura (ILDC). Presidente do Comitê Jurídico e de Desenvolvimento da Federação de Entidades de Gestão Coletiva do Audiovisual *Latin Artis*.

1. Introdução.

A administração do direito de autor pela forma da gestão coletiva sempre foi um tema de grande discussão em muitos ordenamentos jurídicos, e no Brasil não seria muito diferente.

Com a promulgação da recente Lei 12.853/13 acirrou-se ainda mais o debate específico sobre o direito de autor e a interferência de participantes que não sejam as próprias associações (ou entidades) de gestão coletiva no entorno do direito de autor.

Diversas associações de gestão coletiva em atividade alegam interferência do Estado no terreno do privado, caso sejam mantidos diversos dispositivos da referida lei. Por outro lado, o Estado (mais especificamente o Ministério da Cultura) e parte da sociedade civil exigem a possibilidade de observar as informações sobre o direito de autor mais de perto. Esta é, basicamente, a essência das discussões e a situação que gerou a recente lei.

Cabe perceber que o entorno sobre as informações inerentes à gestão coletiva do direito de autor no Brasil sempre foi um ambiente hermético e de difícil compreensão no que se refere a diversos assuntos, evidenciando-se, entre outros, a dificuldade de compreensão dos critérios de cobrança e de distribuição de valores relacionados aos direitos. No mesmo sentido, dificuldades quanto ao esclarecimento sobre direitos diversos, ausências de chamados para assembleias de associações e todo o tipo de obstáculos, quando se trata de prestar informações sobre o direito de autor administrado sob a forma de gestão coletiva, formaram um ambiente caracterizado pela ausência de acesso às informações que parte da, diga-se, “comunidade artística” (utilizando expressão assumidamente genérica e reducionista), pretendeu combater.

Por outro lado, essa situação imprecisa ajudou a fomentar uma equivocada e prejudicial ideia de que a gestão coletiva seria uma atividade perniciosa, seja para os “pagantes” (os usuários, no jargão das associações), seja para os destinatários dos valores pagos, os titulares (compositores, editores, companhias fonográficas, intérpretes).

A demanda por modificações no sistema de direito de autor no Brasil foi particularmente refletida por movimentações sociais no processo legislativo de aprovação da Lei 12.853/13 e, mesmo anteriormente, durante a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) ocorrida no Senado Federal entre os anos de 2011/2012².

² Relatório final da CPI do ECAD no SF em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951>.

Muitos temas relevam para que se possa alcançar uma legislação mais adequada à contemporaneidade e uma sistemática mais eficaz à gestão coletiva.

Dentre os muitos temas envolvidos um, particularmente, interessa a todos os participantes do processo. Trata-se da necessidade de implementação de maior transparência ao sistema de gestão coletiva de direitos, pretensão que pautará a análise de alguns dispositivos da nova legislação a ser procedida a seguir.

O processo legislativo de alteração da lei de direito de autor ainda em vigor (Lei 9.610/98) e a CPI do ECAD, ocorrida no Senado Federal, comprovam que o sistema, no tocante à transparência, era ineficaz e que as demandas nada mais foram do que uma consequência dos exagerados (para dizer o mínimo) procedimentos efetivados sob a ausência de clareza para a coletividade, ora exigente de critérios transparentes.

Este texto busca analisar os elementos sobre a (necessidade de) transparência na Lei 12.853/13. Ou, visto sob outro enfoque, o processo dialético no ambiente do direito de autor no Brasil conduziu a uma síntese que se pode observar no teor da Lei 12.853/13: transparência era uma exigência esperada no setor autoral, seja pelos beneficiários dos direitos (titulares) ou mesmo (em parte significativa) pelos usuários. A falta de transparência suficiente no setor conduziu ao conflito da ordem dos interesses antagonizados que geraram, como resultado, a Lei 12.853/13, cujas obrigações de transparência são analisadas a seguir.

2. Questões jurídico-filosóficas estruturais prévias. O desenvolvimento histórico do direito de autor baseado em seu *deficit* filosófico.

O direito de autor³ sempre foi um terreno fértil para o desenvolvimento de vilanias e polarizações. Venho indicando isto à exaustão há muitos anos, e tenho concluído que este olhar viciado em “ideologismos” tem colaborado para aumentar ainda mais o que denomino de “*deficit* filosófico do direito de autor”.

No nascedouro histórico formal do direito de autor houve o surgimento e sedimentação primária de algumas ideias que se desenvolviam num ambiente de proteção de interesses econômicos acentuados. Quando os editores procuravam lograr êxito no desenvolvimento de seus direitos por meio de exclusividades, assim não agiam em detrimento dos autores, aos quais

³ Faço uso da expressão direito de autor no sentido amplo, incluindo também os direitos conexos.

ainda não era garantido qualquer direito, mas antes sobre os demais⁴. Essa foi uma característica do cenário inglês, com o Estatuto da Rainha Ana de 1710, como também do cenário francês, com as leis nacionais de 1791 e 1793, ainda que estas últimas sejam de caráter acentuadamente personalista.

Ocorre que, seja no surgimento histórico do copyright inglês ou no surgimento do droit d'auteur francês revolucionário, houve um fortalecimento de uma ideia de que o direito de autor se fundamentaria sobre as bases do conceito de propriedade. Sem detalhar o desenvolvimento histórico, o fato é que tanto em um como em outro sistema houve uma preferência pela atribuição dos conceitos de propriedade e de exclusividade aplicáveis ao processo criativo e, como consequência, ao resultado do processo criativo no que se refere à obra criada.

No particular caso do desenvolvimento inglês, costuma-se apontar movimentos no interior do processo legislativo que conduziram à uma modificação de linhas protetivas dos interesses então em vigor, havendo maior proteção dos autores em detrimento de editores⁵.

Já no caso do direito francês, nas entranhas do processo e durante o desenvolvimento de surgimento do sistema de droit d'auteur, houve o fortalecimento das ideias de propriedade, mas também sob o olhar das influências de algum personalismo já publicizado anteriormente, como foi o caso do conteúdo do texto kantiano “Da ilegalidade da reimpressão de livros”, de 1785⁶.

⁴ O que genericamente se poderia atribuir aos consumidores, ainda que esta ideia não fosse de fato corretamente adaptável à época, e também aos concorrentes. Ou seja, no ambiente inglês o tema era de investimento em maquinário para a produção de obras impressas.

⁵ Ver, a este respeito, o texto de Roan Deazley Deazley, R. (2008) *Commentary on the Statute of Anne 1710*, in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org, acessado em 14 de abril de 2014.

⁶ KANT, Immanuel. *On the Injustice of Reprinting Books* (original em alemão: *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks* publicado em 1785, disponíveis, tanto o texto original quanto a tradução em inglês em http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_d_1785). Verificar também a tradução (e breves comentários) ao texto na Revista do IBPI, 4ª edição, por Karin Grau Kuntz (*Sobre a ilegalidade da reimpressão de livros*) em <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/c1cd349287c9c15affff802bffffef.pdf> acessado em 04/12/13, Rio de Janeiro, p. 229 e seguintes. Faço a indicação, também, de que o termo alemão *Unrechtmäßigkeit* pode ser traduzido como ilegalidade, irregularidade, ilegitimidade ou injustiça. A edição em inglês está no mesmo sítio eletrônico do texto original e digitalizado (<http://copy.law.cam.ac.uk>, acima especificado) e indica a utilização da expressão *injustice*, mas também se pode encontrar a tradução *unlawfulness*. No mesmo endereço eletrônico ver os comentários de Friedemann Kawohl: *Commentary on Kant's essay "On the Injustice of Reprinting Books" (1785)* disponível em http://copy.law.cam.ac.uk/cam/commentary/d_1785/d_1785_com_300200813718.html, acessado em 03/04/13. Já Buydens faz uso da expressão francesa *illégitimité*. (BUYDENS, Mireille. *La propriété intellectuelle – Evolution historique et philosophique*. Editions Bruylant. Bruxelles, 2012. p. 325).

Particularmente no caso do direito francês, o personalismo buscado, desejado ou simplesmente posteriormente alardeado, não foi suficiente para afastar o conceito de propriedade, que lhe ficou amalgamado, ainda que, de fato, a objetificação do sistema de copyright fosse suficiente para tornar o sistema inglês ainda menos personificável no exercício do direito de autor.

Seja num contexto ou em outro, o fato é que desde a sua existência formal mais primária o direito de autor, foi sendo ocupado por desvios ideológico-comportamentais e filosóficos que, no fundo, conduziram ao que venho denominando como “deficit filosófico” do direito de autor. Ou seja, alegando atuar em nome de autores, parte da “comunidade autoral” ou parcela da sociedade relacionada com o ambiente empresarial que produzia as obras – ou melhor, transformava as obras criadas em produtos – conduziu ao aumento do *deficit* filosófico do direito de autor, pois muitas dessas sustentações se mantiveram sob o olhar da proteção do processo criativo promovido pelos autores.

Ou seja, essas ideias que surgem no início das discussões formais e legislativas sobre o tema, acabam gerando o proprietarismo-objetivista inglês ou o personalismo-proprietarista francês pós-revolucionário. Apesar de parecerem estar muito distantes da realidade prática do exercício do direito de autor, na verdade não o estão, pois fundamentam muitas relações deste universo de atuações.

Dito de outra forma e ainda sob uma perspectiva histórica, os sistemas surgidos na Inglaterra e na França são muito mais parecidos entre si ⁷ do que contrariamente alardeado e até mesmo a diferenciação baseada em indicações de direitos pessoais⁸ já não faz sentido diante da constante “comercialização indireta” dos direitos pessoais, mola motriz de muitas modalidades e possibilidades de indenizações em casos de direito de autor.

Nesse sentido, cabe indicar Bertrand com quem concordo plenamente, ao apontar um equívoco primordial dos analistas do direito de autor, quando insistem na questão de que a

⁷ Bertrand critica este entendimento doutrinário que quer fazer parecer os sistemas muito mais diferentes do que efetivamente e o são, e, acresço a isto, talvez, até mesmo, por questões nacionalistas que não transparecem no discurso dos autoristas. Afirma Bertrand: “(...) a doutrina francesa tenta continuamente, como um leitmotiv, uma oposição entre o direito francês ao copyright anglo-saxão enquanto que historicamente esta oposição não tem fundamento”. Traduzido pelo autor do texto: “(...) la doctrine française essaie continuellement, comme un leitmotiv, d’opposer le droit français au “copyright” anglo-saxon, alors qu’historiquement cette opposition est sans fondement. **BERTRAND, André.** *Le droit d’auteur et les droits voisins*. 2ª edição. Dalloz. Paris, 1999. p. 32.

⁸ Diferença também alardeadíssima, como se fosse a mais substancial distinção sistemática.

dualidade entre direitos patrimoniais e direitos pessoais teria sido um projeto ou mesmo uma “obra definitiva” de Le Chapelier. A crítica do autorialista francês sobre o tema é cortante:

“(…) fazer de Le Chapelier o “pai espiritual do direito moral” ignorando a sua vontade de reproduzir na França o sistema de “copyright” inglês, consitui, de alguma forma **o pecado original do direito de autor**, isto para não dizer uma “**mentira coletiva**”, reveladora da abordagem dogmática da doutrina francesa tradicional da matéria⁹”. (grifei).

Assim, se eventualmente antes apontava-se grandes diferenças entre os sistemas (um argumento com o qual de modo algum acordo), o que se observa é que a patrimonialização dos direitos pessoais, a internacionalização crescente do direito de autor e o avanço tecnológico - além de outros que poderiam ainda ser enumerados - podem ser considerados elementos de aproximação sistémica.

Historicamente os desvios comportamentais foram baseados em interpretações procedidas fora do esquadro dos fundamentos de justificativa filosófica do direito de autor (seja em um ou no outro sistema). No tocante a algumas associações de gestão coletiva contemporâneas atuantes no Brasil (em especial), a não permissão ao acesso informacional ou o exercício meramente retórico de (alegada) facilitação de acesso a dados e, ainda, a dificuldade de modificação de órgãos administrativos das associações de gestão (o que gera um *deficit* de legitimidade) são exemplos de base jurídico-ideológicas que sustentam o *deficit* filosófico do direito de autor.

A promoção de um corte histórico e a transposição destas ideias desde a sua historicidade primitiva, no momento do surgimento das leis autorais ou mesmo antes delas, quando o autor ainda era pouco considerado como tal (o autor “surgido” no século XVIII), ou

⁹Traduzido pelo autor de: “Faire de Le Chapelier le père “spirituel du droit moral” tout en ignorant la volonté de celui-ci de reproduire en France le système de “copyright anglais” constitue en quelque sorte le “péche originel” du droit d’auteur, pour ne pas dire un “mensonge collectif” significatif de l’approche dogmatique de la doctrine française traditionnelle en la matière”. BERTRAND, André. *Le droit d’auteur et les droits voisins*. 2^a édition. Dalloz. Paris, 1999. p. 32.

seja, em forma de “proto-autor”, permite verificar como o *deficit* filosófico ainda mais se sedimentou até a contemporaneidade.

Devo indicar que quando me refiro a um *deficit* filosófico, entendo que este domina o imaginário e o senso comum dos autoristas. Seja, por uma, porque eles efetivamente acreditam nas ideias que propagam ou, por outra, por que as disfarçam, por meio de noções falseadas condutoras de desvios semânticos. Aqui é o caso, por exemplo, da utilização dos mantras performáticos do direito de autor, que são espécies de mandados comportamentais, repetidos à exaustão e que tem por objetivo fortalecer ideias sobre direito de autor cujo conteúdo não faz mais sentido na contemporaneidade, ou cujos interesses dos seus repetidores são artificializados por meio de um verniz filosófico. Assim, tanto é deficitária a ideia de que o autor é um ser sagrado, deificado e que a propriedade intelectual ou a propriedade literária são sagradas, como também a ideia de que a liberdade de expressão e de criação artística são ofensivas e violadoras pelo direito de autor.

No que toca a presente análise são as ideias de matriz conservadora as que interessam para a compreensão da posição de resistência ao desenvolvimento de novas ideias ou conceitos no entorno da Lei 12.853/13¹⁰.

Voltando à raiz do problema, o direito de autor de praticamente todos os países desenvolveu-se sobre as bases de uma construção proprietarista a qual, como tal, fundamenta exigências de diversos matizes do conceito de propriedade. Com poucas exceções – como por exemplo nos países de tradição socialista ou comunista – a propriedade privada foi o norte condutor do desenvolvimento do direito de autor. Isto implicou, evidentemente, no fortalecimento da ideia da proteção proprietarista do autor.

De fato, a sedimentação desta ideia alçou o criador, fosse qual fosse sua atividade, de sujeito (socialmente) marginal à de figura relevante, notória e, por vezes (é verdade que se diga) excessivamente sacralizada (como personalidade pública) nos meios sociais. Assim, cantores, atores, pintores, escritores e muitos outros foram histórica e sucessivamente abandonando parte da sua condição social (muitas vezes totalmente) marginal e ocupando um espaço social em muito definido pela proteção que o direito de autor lhes pôde oferecer, aliado ao prestígio que

¹⁰ Não afasto, porém, as críticas que aplico às posturas libertarianistas que conduzem a um esvaziamento semântico do contraponto às tendências conservadoras, visto que está mais do que evidenciado, no meu entender, que o direito de autor não é obstáculo à liberdade de criação artística, mas senão um elemento que deve ser visto como parte do processo criativo. A tensão entre as estruturas jurídico-filosóficas, porém, é constante. Mas este é outro tema.

pouco a pouco foi sendo conquistado com as atividades criativas. Neste sentido, o direito de autor é altamente inclusivo.

Estes fatos conduziram à implementação de uma série de fundamentos de direito de autor: exclusividades nas utilizações de obras; proibições de uso de obras; motivações para exigências de pagamentos excessivos pelo uso de obras e uma série de outras circunstâncias genéricas daí decorrentes, como abusos do direito; abusos de posição dominante; monopólios privados descontrolados, etc.

Tais excessos, para dizer o mínimo, são consequência, senão direta, ao menos indireta da ideia de que à “propriedade tudo se permite”.

Em outras palavras, ao titular de um direito de propriedade tudo é permitido, afinal, trata-se da propriedade tão fortemente defendida na Revolução Francesa, em oposição ao Ancien Régime.

Ora, alimente-se à ideia de que a propriedade tudo permite à sacralidade tipicamente alardeada de forma “mântrico-performática” pelo “brado de Le Chapelier” e, como consequência, o ambiente exclusivista está dominado pelos excessos.

Portanto, já se pode observar um ambiente que denota o *deficit* filosófico do direito de autor desde o seu surgimento até a contemporaneidade. Enquanto ainda se brada aos quatro ventos que a “propriedade intelectual é a mais sagrada das propriedades”, mais se acentua a ideia de que o autor é um Deus, umidas, um herói, e que aqueles que em seu nome falam são meramente seus representantes. Mas não é bem assim. E esta ideia, acentuadamente conservadora, no contexto de ter surgido na primeira fase de implementação de legislações nacionais de direito de autor, vem sendo combatida por outras bastante opostas e, muitas vezes, demasiadamente invasivas do entorno autorial. Este embate, a que tenho identificado como um conflito entre posições conservadoras e libertarianistas, está presente na maioria dos países em que o direito de autor está sistematizado¹¹.

¹¹ Digo isto porque em alguns países não há conflitos práticos e muito menos questões inerentes a posições ideológicas de direito de autor. Veja-se, neste sentido e somente como exemplo, o entorno dos países da Comunidade de Países de Língua Portuguesa. Em Portugal e no Brasil há uma oposição entre posições conservadoras e libertarianistas, mas em países em que não há mercado suficiente para que ocorra uma oposição o que ainda falta é algo anterior à compreensão do direito de autor pela necessidade de proteção dos mercados. Mesmo com leis nacionais que abrangem aspectos contemporâneos (Moçambique, Cabo Verde e Angola – que está por atualizar o texto legal) há outros países em que a lei nacional ainda está vinculada (por estar em vigência, em verdade) à antiga metrópole (São Tomé e Príncipe; Guiné-Bissau e Timor-Leste). Por outro lado, em países como Angola, Cabo Verde e Moçambique pouco se desenvolveu sobre o tema e mesmo as associações de gestão coletiva são ainda incipientes na atuação (SADIA em Angola; SOCA em Cabo Verde e SOMAS em Moçambique). Em

Como se evidenciará, o ambiente de discussão sobre a constitucionalidade da Lei 12.853/13 também se fundamenta, ao fim e ao cabo, em conflitos entre posições conservadoras e libertarianistas.

3. A questão da representatividade dos titulares e dos sujeitos-criadores.

Considerando o já indicado *deficit* filosófico do direito de autor resta claro que algumas grandes corporações titulares de direito de autor e direitos conexos e algumas associações de gestão coletiva não possuem (ou podem não possuir) os mesmos interesses e legitimidades, do ponto de vista filosófico-estrutural, dos sujeitos-criadores.

Ora, aquele sujeito originário, o qual se busca alcançar com o afastamento dos titulares de direito de autor, ocupa uma posição fragilizada pelo decorrer do processo histórico do direito de autor, muito diferente daquela que efetivamente deveria ocupar. Neste particular sentido, o entender de Ascensão coaduna-se com o meu entendimento sobre o tema, exatamente pela tentativa de resgatar a posição do sujeito-criador, que encontra-se excessivamente enfraquecida:

o autor é **mais uma vítima que um beneficiário do sistema**. Este é necessário, o autor tem de recorrer a ele, o autor é a própria justificação da existência deste – mas o autor perdeu o protagonismo. Os gestores do sistema, sejam eles próprios autores ou não, estão em primeiro plano.¹²

Os desdobramentos históricos que conduziram em qualquer dos sistemas a uma proprietarização (ainda que no caso do sistema de *droit d'auteur* tenha sido mais personalizada pela presença construída e paulatinamente sedimentada dos direitos pessoais) afastaram os sujeitos-criadores do comando de suas obras e, conseqüentemente, do direito de autor. Ora, quem está à frente do Mickey Mouse não é efetivamente o seu sujeito-criador, mas uma

outros ainda falta o mercado interno ou o desenvolvimento básico do direito de autor pela ausência de discussões, mercado e importância do setor (como Guiné Bissau, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste). Nestes, não há sequer nenhuma decisão judicial sobre o tema até os dias atuais, o que mostra que a arquitetura sistemática se baseia, significativamente, na distribuição de bens culturais.

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira, *A supervisão da gestão coletiva na reforma da LDA, capítulo 11 do livro: Por que mudar a lei de direito autoral – estudos e pareceres*, Fundação Boiteaux/Editora Funjab, Florianópolis: 2011, p. 155.

empresa de forte presença no universo do entretenimento mundial e produtora/detentora de um sem números de produtos artísticos de primeira linha e derivados. Aliás, reconhecidamente agressiva no lobby legislativo nos EUA, somente para citar seu *modus operandi*. No mesmo sentido e direção, grandes companhias fonográficas, estúdios de cinema, editoras literárias, editoras musicais, empresas produtoras de audiovisual não representam interesses dos sujeitos-criadores diretamente mas, na sua imensa maioria, seus próprios interesses. Este fato por si só não é o pecado em si mesmo. Poderia haver representação de interesses, mas não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa e, portanto, haveria de se nomear cada representatividade de modo a não confundir a sociedade com artificialismos. Com isto, as associações de gestão coletiva representam - ou podem ostentar – a legitimidade e representação de pessoas físicas e jurídicas que, afinal, fazem parte de um grande coletivo de representados, que as associações de gestão coletiva do setor musical no Brasil vão denominar genericamente de “autores”.

Desta forma, bradando o mantra performático chapelião e denominando a generalidade dos titulares pelo nome de autores, houve associações que, de modo antidemocrático e pouco transparente, foram afastando a possibilidade de participação dos sujeitos criadores, utilizando um discurso retórico para fora das fronteiras de seus territórios (a defesa de uma propriedade sagrada) mas, internamente, impondo barreiras à participação democrática e eficaz por parte dos sujeitos criadores, condicionando participação efetiva aos ganhos econômicos. Assim, domina(ra)m por décadas os conselhos administrativos das associações de gestão coletiva brasileira, impedindo o acesso às decisões e informações, acentuando o *deficit* filosófico no direito de autor brasileiro no que se refere ao exercício do direito de autor pela gestão coletiva.

O fundamento da transparência (efetiva) tem como objetivo, entre outros, diminuir este *deficit* filosófico, permitindo o acesso aos órgãos decisórios e o conhecimento sobre o cenário do direito de autor e a gestão coletiva do direito de execução pública musical.

Se conhecimento é poder, os sujeitos-criadores querem apoderar-se novamente do conhecimento a respeito dos direitos que lhes cabem.

O caminho para isto é a transparência.

4. Da inconstitucionalidade por omissão até o advento da Lei 12.853/13.

Parte das discussões sobre a nova lei de gestão coletiva referem-se às alegações quanto a sua inconstitucionalidade. E, no que tange especificamente a este tema, uma das principais

nuances é o desenvolvimento de condições que promovam a transparência nas atividades de gestão coletiva de direitos de autor.

E, neste sentido, ao tratar da alegada inconstitucionalidade da Lei 12853/13, não se pode deixar de observar o ambiente constitucional prévio à referida lei, quando da apreciação da Lei 9610/98.

Na vigência da antiga lei de direito de autor não havia determinações quanto a critérios que amparassem e complementassem o determinado nos incisos XXVII e XXVIII do artigo 5º da CRFB, que ainda hoje ostenta o seguinte teor:

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

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: (...)

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;

É importante fazer algumas análises sobre o conteúdo constitucional em questão.

Em primeiro lugar, o sujeito protegido no texto constitucional é o autor. Aqui, obviamente, estabelece-se uma compreensão de que se trata do autor no sentido de sujeito-criador, ainda que outros titulares, em condições de titulares originários ou por derivação, pudessem exigir o cumprimento de mesmas prerrogativas constitucionais.

Em segundo lugar, a utilização da obra obviamente inclui a possibilidade de fazer uso da mesma por meio da execução pública musical, o que, portanto, fortalece o direito que é aplicável, genericamente, ao sujeito-criador, centro subjetivo da proteção autoral.

O direito exclusivo a ser exercido caberia, como se pode concluir, ao sujeito-criador, considerando o uso da expressão autor. Ou bem a expressão autor aqui utilizada inclui a figura

genérica do titular, como em alguns dispositivos da Lei 9610/98, ou bem, de modo excludente, atende aos interesses do sujeito-criador¹³.

Isto, para compreender o ponto de partida basilar do que cabe ao sujeito-criador.

Nesta mesma ordem de ideias a determinação constitucional permissiva da fiscalização do proveito econômico das obras criadas faz parte do contexto protetivo do sujeito-criador. Ocorre que, ao não permitir o acesso e a efetiva fiscalização do aproveitamento econômico das obras, as associações que limitassem o acesso às informações estariam atuando de modo frontalmente contrário à CRFB, visto que o aproveitamento econômico é um direito constitucionalmente extraído da compreensão dos incisos XXVII e XXVIII e a sua fiscalização uma consequência constitucionalmente prevista, que indica a necessidade de acesso a informações de forma precisa e clara.

Ora, a Lei 12.853/13 é, no tocante à inconstitucionalidade por omissão desde sempre presente no texto constitucional de 1988, matéria complementarmente constitucional e a sua inexistência no ordenamento jurídico brasileiro seria o fato que configuraria, efetivamente, a inconstitucionalidade no direito material.

Se agora há garantia de acesso aos proveitos econômicos, somente com este movimento legislativo a Lei 9610/98 tornou-se constitucional sob o olhar da constitucionalidade por omissão antes sustentável pela ausência de regulamentação suficiente para permitir, aos sujeitos-criadores, o acesso e a fiscalização efetiva do aproveitamento econômico de suas obras, o que inclui, também, o comando sobre o uso de seu repertório.

Ainda que muitos elementos sejam importantes nesta dinâmica (e diga-se, reais, não somente simbólicos), o que mais me interessa é demonstrar que as bases de uma lei que promova efetiva transparência e controle sobre as atividades do direito de autor é não somente necessária e constitucional, como a sua ausência, nos termos da legislação e do constitucionalismo brasileiro, ensejariam uma inconstitucionalidade por omissão, como já indiquei.

¹³ Há dispositivos da Lei 9610/98 nos quais o significado de autor é o de criador da obra, como por exemplo no artigo 11 (Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.) enquanto que há outros em que a expressão “autor” significa verdadeiramente titular de direitos (Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como[...].”.)

Sobre este aspecto amplo, a Lei 12.853/13 é mais do que simplesmente constitucional e se fez necessária a sua promulgação para que a transparência, no que se refere ao aproveitamento econômico, seja eficaz e precisa. Elementos sobre a transparência em concreto no texto legal serão ainda apontados, mas não se pode apontar inconstitucionalidade no tocante às exigências de prestações que conduzem a uma maior transparência sob o argumento da inconstitucionalidade.

Muito pelo contrário, somente uma legislação que conduzisse à fiscalização do aproveitamento econômico seria complementar ao texto constitucional. Neste ponto venho insistindo já há alguns anos.

5. Da função social da propriedade no direito de autor.

Outro importante aspecto referente à constitucionalidade da Lei 12853/13 se refere à função social do direito de autor e a função social da propriedade.

Repito: em todo o entorno do direito de autor de tendência mais conservadora há um fortalecimento da ideia de seu contexto como “propriedade sagrada”. Não se pode esquecer que a mantrificação performática mais acentuada ocorre nesse ambiente de sacralização, pela deificação da figura do sujeito-criador. O problema, porém, é que a divulgação desta ideia de modo a sedimentar um “fundamentalismo proprietarista” ignora, na contemporaneidade, conceitos mais flexibilizantes do direito de autor, o que inclui, entre outros, a função social da propriedade. Ainda que eu não interprete a função social como a solução definitiva para a reavaliação jurídico-filosófica do direito de autor, não há dúvidas de que seus fundamentos atendem a alguns elementos de flexibilização (se bem aplicada, atenderá com razoabilidade) do direito de autor.

Desta forma, deve-se compreender que o conceito de propriedade não pode ser lido como o conceito exclusivista aplicado da propriedade ordinária adaptável em todo o seu entorno a uma pretensa propriedade intelectual, sacralizada.

Neste sentido, o viés constitucional do contexto de propriedade seria exatamente o de compreender a propriedade intelectual num sentido abrangente. que possa ser aplicado com o olhar da propriedade de acordo com a sua função social. Obviamente que tal conceito é bastante fluido e, caso venha a ser considerado o norte da concepção autoralista, deve ser aplicado tendo-se em conta que o direito de autor possui, intrinsecamente, uma valoração de interesse público, voltada à circulação das obras em benefício da sociedade, como também de que de seu contexto

de propriedade deve ser extraído o conteúdo de obras como objeto de exploração econômica dos sujeitos-criadores.

Considerando que as associações de gestão coletiva são entidades que atuam numa seara de direito privado, porém voltadas fortemente ao interesse público¹⁴, a função social da propriedade deve ser constitucionalmente lida como **elemento consolidador do fortalecimento do direito de autor exatamente por conta do exercício dos direitos se dar sob a forma de gestão coletiva**. Explico: se o poder inerente ao sujeito-criador no exercício individual é muito menos abrangente e de impacto social menos relevante do que o exercício de direito em nome de milhares de titulares, como é o caso, exatamente, da gestão coletiva do setor musical em decorrência do direito de execução pública musical, a observação constitucional e a análise da função social deverá ocorrer sob diferentes perspectivas, no que se refere à gestão individual ou à gestão coletiva de direitos.

Assim, exigir, entre outros aspectos, que as informações inerentes ao direito de autor exercido sob a forma de gestão coletiva de direitos sejam divulgadas e disponibilizadas para os sujeitos-criadores está em total conformidade com a constitucionalidade exigida para a lei em análise, no que se refere ao interesse público e, outrossim, com o conceito de propriedade visto sob o olhar da função social. Caso os titulares efetivos (e, com mais razão, os sujeitos-criadores) não possam (ou não pudessem) ter acesso a informações a seu respeito e à exploração de suas atividades, estar-se-ia diante de um verdadeiro *deficit* de legitimidade, que faria com que a gestão coletiva perdesse o seu fundamento axiológico. Neste mesmo sentido, deve se compreender que por se estar tratando de analisar o conceito de transparência, não se pretende relativizar a propriedade tão alardeada pelas posturas mais conservadoras, nem se pode interpretar, daí, que a função social da propriedade possa ser um conceito opositor à transparência nas atividades inerentes à gestão coletiva. Transparência, pois, não significa interferência na gestão propriamente dita, mas simplesmente o acesso a informações a respeito dos próprios titulares interessados.

Novamente, portanto, se está diante de uma determinação genérica e, em algum sentido programática inerente ao sistema de direito de autor em referência à função social, como se observa pelo teor do Art. 97 - § 1º.

¹⁴ Quando, por exemplo, se faz uso de obras num contexto meramente informativo ou educacional, quando os sujeitos-criadores pretendem mais uma divulgação do que propriamente o seu exercício e exploração econômica e quando deve-se analisar se se está na presença de abusos de posição dominante, para citar alguns exemplos.

Dito de outra forma, ter acesso a informações sobre obras, atividades, critérios e valores (genericamente) não conduz a que se interprete que a propriedade (tão sacralizada no direito de autor proprietarista) esteja sendo relativizada. Nem se pode esquecer que, tratando-se de propriedade intangível tão peculiar, ainda mais relevante são as informações inerentes a elementos que não a própria obra, mas que a circundam, tais como: as atividades e utilizações das obras em si; os critérios de atribuição de valores; os critérios de arrecadação e distribuição, entre muitos outros elementos.

Ou seja, não se afasta a propriedade (compreendida como conceito de propriedade intangível), mas simplesmente deve ser publicizado parte do entorno a ela referente, considerando o interesse público e a necessidade de conhecimento a respeito da exploração comercial das obras.

É, portanto, o que se extrai, por exemplo, do conteúdo do artigo 97, § 1º quando este indica que as associações devem atender a sua função social.

Entendo que, como parte da função social está a indicação de dados e informações que possam certificar sujeitos-criadores, usuários e sociedade, de que o sistema está sendo operado de acordo com ditames da Justiça e princípios constitucionais. O interesse público, porém, não deve ser aqui extraído além do conceito de interesse sobre a transparência sobre os atos de gestão coletiva, genericamente tratados, mas sem a interferência ou participação na propriedade por parte de usuários ou terceiros. Desta forma, ao indicar que “as associações reguladas por este artigo exercem atividade de interesse público, por determinação desta Lei, devendo atender a sua função social” (Art. 97 - § 1º) entendo que o acesso simplificado aos dados e informações é eficaz.

Neste sentido, devo reafirmar que não tenho defendido a função social da propriedade como o fundamento de criação/interpretação de um direito de autor contemporâneo e reestruturado. Pelo contrário, tenho defendido que o direito de autor necessita de um banho de filosofia e de hermenêutica e que somente a (re)consideração filosófica de elementos justificativos do direito de autor, como a consideração do círculo criativo e outros elementos, pode apresentar a solução decorrente do *linguistic turn* também ao direito de autor. Ou seja, não defendo a função social do direito de autor ou da propriedade intelectual como a justificativa filosófica para o direito de autor, mas devo admitir que se trata de uma tese sólida ao relativizar elementos importantes sobre o exercício do direito de autor, como é exatamente o caso da transparência nas atividades de gestão coletiva.

Por outro lado, como tenho identificado, há um *deficit* filosófico do direito de autor e tal *deficit* tem fundamento/origem nos primórdios de ambas as escolas formais primeiras, seja pelo acentuado proprietarismo-objetivista inglês, seja pelo proprietarismo-personalista de origem revolucionária francesa.

Se o *deficit* filosófico não pode ser totalmente solucionado pela função social da propriedade (e realmente não pode), é bem verdade que uma revisão do conceito de propriedade genericamente empresta ao direito de autor uma cor que facilita um olhar contemporâneo sobre ele e sobre a crise que o mesmo atravessa.

Desta forma, qualquer lei que aproxime os sujeitos-criadores do exercício dos seus direitos é uma lei previdente.

E se a função social é elemento de aproximação, deve ser considerada de modo positivo.

Compreendido o que justifica a necessidade de colocar as coisas no seu devido lugar, deve-se partir para fundamentos mais especificamente voltados à Lei 12.853/13.

6. Da noção de transparência no “constitucionalismo autoral”.

O elemento basilar que norteia este estudo é a constitucionalidade e a necessária transparência que deve nortear os fundamentos do exercício de gestão sob a forma coletiva. Não se pode olvidar que o exercício de direito de autor pode se dar sob a forma direta e individual e, portanto, compreendo que há uma condição de possibilidade intrínseca ao exercício sob a forma de gestão coletiva de direitos. Tal condição é a subsidiariedade. Ou seja, o direito de autor, preferencialmente, deveria ser exercido sob a forma direta pelo sujeito-criador (ou, de modo mais genérico e mais abrangente, pelo seu titular). O que conduz à aplicabilidade da gestão sob forma coletiva é a impossibilidade fática em se administrar diretamente o exercício e a exploração dos direitos.

Neste sentido, com mais razão se percebe que, se no exercício individual a transparência é quase que elemento irrelevante (ou mesmo de segunda categoria), visto que um sujeito-criador pode manter negociações sigilosas, negar-se a publicizar valores negociados, etc., na modalidade de gestão sob a forma coletiva a transparência é uma exigência para que possa demonstrar sua eficácia sem que o sistema seja contaminado por posturas individualizantes, desequilibradas e desfiguradas de sua verdadeira função.

Em termos de gestão coletiva os atores principais das negociações (e atividades que incluem esta modalidade de exercício de direito) não podem se negar a fornecer os elementos que formam o elenco de atividades que compõem uma “prestação de contas social”, tanto para os usuários pagadores, quanto para as associações de gestão receptoras (cobradoras) dos valores pagos.

A “prestação de contas social” é a noção basilar, especialmente se as associações dizem ser responsáveis pela administração dos direitos, alardeiam a sacralização da propriedade e se arvoram nas cobranças de forma contundente. Com mais força, devem prestar contas destas atividades de forma efetiva e não meramente retórica.

Não há, porém, quem se posicione contra a transparência no setor autoral. Seja quem a pratique, ou não! É o mesmo que ocorre com outros conceitos. A ninguém seria razoável deixar de apoiar a Justiça, a honestidade, o combate à corrupção. Quem o fizesse estaria decretando a sua “insolvência moral” na sociedade contemporânea.

Ora, neste sentido, é evidente que todas as entidades de gestão coletiva defendem a transparência, sejam as que a praticam ou não. D’outra forma, seria defender o indefensável.

Daí que o exercício retórico toma conta dos discursos de muitas destas entidades que, por sinal, acabam por abusar de mantras performáticos tais como “a propriedade intelectual é a mais sagrada das propriedades” bem como abusam da condição de representantes dos interesses dos titulares, de quem sempre levantam as armas em defesa. Chama a atenção, e trago à colação o exemplo da declaração do próprio ECAD em seu sítio cibernético em que indica que se trata de uma instituição transparente por ser “auditada” pelo INSS e pela receita federal¹⁵.

Ao que parece, a declaração do ECAD advém de críticas que a instituição teria sofrido durante a audiência pública realizada no dia 17 de março de 2014 no Supremo Tribunal Federal.

Ora, ocorre que nem o INSS nem a Receita Federal têm qualquer competência para questionar ou examinar a cobrança ou a distribuição de valores inerentes a direito de autor e direitos conexos e, obviamente, qualquer exatidão verificável na seara de suas atividades não conduziria, logicamente, à consequência de que o ECAD distribuiu corretamente os valores que cobra em nome dos titulares que representa. Portanto, nem uma nem outra instituição (INSS e

¹⁵ Em entrevista ao Jornal do Brasil (na seção Sol Maior / *Conversando Com*), a superintendente executiva do ECAD, Glória Braga declarou: “*A fiscalização não é um problema, de maneira alguma! O Ecad faz um trabalho sério e correto e nossas portas estão sempre abertas. Toda a nossa atuação é baseada na transparência. Os artistas fiscalizam o trabalho do Ecad por meio de suas associações e o próprio governo faz isso através da Receita Federal e do INSS*”. Endereço eletrônico acessado em 31 de Maio de 2014: <http://www.jb.com.br/sol-maior/noticias/2014/04/25/conversando-com-gloria-braga/>

Receita Federal) possuem responsabilidade, interesse ou sequer legitimidade para exigir uma prestação de contas inerentes aos direitos que sejam eventualmente devidos aos titulares de autores que compõem o quadro dos representados pelas associações que formam o ECAD.

Afirmar que a receita federal e o INSS auditam o ECAD é o mesmo que afirmar que o técnico da seleção brasileira examinou as contas dos estádios da Copa do Mundo de 2014 no Brasil. O que cabe a ele é examinar qual o melhor escrete e nada mais.

Assim, de forma a consolidar uma ordem programática decorrente da lei de direito de autor em vigor (Lei 9.610/98) agora alterada pela Lei 12.853/13, é importante que haja um dispositivo que indique a transparência mais do que elemento formador do sistema de gestão coletiva, mas verdadeira condição de possibilidade para que a gestão coletiva possa ser exercida.

Sem transparência não há que se falar em gestão coletiva, ao menos vinculada à habilitação exigida e requerida pelo Estado por meio de dispositivos da própria lei em apreço. E, o mais relevante (pois, afinal, a política legislativa pode variar em cada ordenamento jurídico), a transparência é o elemento fundamental que pode diminuir o *deficit* de legitimidade existente no ambiente das associações de gestão coletiva de execução pública musical no Brasil.

Assim, o primeiro ponto é positivar a questão programática, e é o que decorre do teor do Art. 98. § 2º:

Art. 98. § 2º - As associações deverão adotar os princípios da isonomia, eficiência e **transparência** na cobrança pela utilização de qualquer obra ou fonograma.

Trata-se de uma análise do processo de cobrança, portanto, distinto da distribuição. Ocorre que, sendo transparente a cobrança, a distribuição, que à esta deve estar vinculada e amalgamada como função precípua da associação, deve também atender a esta primordial valoração que, insisto, deve ser considerada como uma condição de possibilidade e não somente uma característica.

Transparência na cobrança significa cobrar valores justificados, por meio de atribuições de percentuais, valores fechados, atribuições de diversas naturezas, desde que os critérios sejam compreensíveis e de fácil ou razoável explicação por parte de qualquer profissional que promova a cobrança.

Por outro lado, a lei (ao menos em tese) não poderia definir os valores em si, pois neste caso possivelmente exorbitaria o Estado de suas funções, invadindo a seara eminentemente privada, mas exigir que haja razoabilidade na cobrança, igualdade de tratamento (com proporcionalidade) e fundamentação ou ao menos justificativa para critérios ou valores seria (e é) bastante razoável.

Ora, o mesmo texto legal, no artigo Art. 98-B, estabelece diretamente e com clareza a exigência para a indicação das formas de cálculo, critérios de cobrança, quanto deve pagar cada tipo de usuário de obra musical, etc.

Este dispositivo, portanto, está de acordo com o indicado no já mencionado Art. 98., § 2º que anuncia as questões de ordem genericamente relacionadas à transparência no início (por assim dizer) do processo: a cobrança e a arrecadação¹⁶.

Indica o Art. 98-B inciso I, in verbis:

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; (...)" **(grifei)**

¹⁶ Ainda que, de fato, eu tenha consciência de que o processo de arrecadação não comece com a simples cobrança, devido ao alto número de inadimplentes e de apresas que pretendem não pagar o direito de autor às associações de gestão coletiva. Estas linhas a favor da constitucionalidade dos elementos legais que indico não afasta a obrigatoriedade dos inadimplentes em pagar o que é devido às entidades. Assim, as entidades privadas e públicas que sejam inadimplente terão, em verdade, muito menos argumentos (plausíveis ou não) para negarem-se a pagar os direitos de autor para entidades de gestão coletiva. Entendo, neste particular, de forma positiva a atribuição de uma lei que assegure a responsabilidade nas duas “pontas” do processo, desde o setor pagante ao setor distribuidor dos direitos arrecadados. O argumento, por outro lado, pueril e inadequado de que não se deve pagar porque não se sabe a quem distribuir é exercício retórico de baixo nível intelectual e não se pode sequer dizer que contribui ao *deficit* filosófico do direito de autor, de tão deficitário que é de lógica estrutural.

Por outro lado, o inciso II do mesmo artigo vai exigir a transparência por meio da publicidade documental (estatutos, regulamentos, atas, etc.) das informações sobre repertório administrado e titulares (cadastro de obras e titulares) e, primordialmente, quanto aos valores arrecadados e distribuídos. Convém indicar, cada uma destas exigências é fundamentada em ausência de publicidade promovida até o advento da Lei 12.853/13.

Dispõe o referido dispositivo, in verbis:

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;

O teor exigido no dispositivo supra mencionado possui raízes na necessidade de tornar transparente não especificamente somente a fase de arrecadação, mas também o universo amplo das associações no que tange à representatividade dos associados que formam parte delas. Neste sentido, a comprovação da representatividade também afasta – como tautologicamente se pode imaginar – o próprio caráter deficitário das (alegadas) e não comprovadas representações.

Também importa perceber que a lei exige a publicidade de montantes dos denominados créditos que tenham sido arrecadados e não distribuídos; tendo em vista a falta de informação ampla sobre estes valores. Os denominados créditos retidos são um elemento importante real do ponto de vista econômico e é necessária a sua informação com (pelo menos razoável) precisão para que os seus destinatários não sejam (artificialmente ou não) prejudicados e que os valores destinados aos mesmos não sejam desviados. No mais, há um caráter simbólico na atribuição de informações precisas sobre os denominados créditos retidos, visto que parte da credibilidade do setor de gestão coletiva de direitos responde por uma presunção de que os valores arrecadados serão pagos a quem de direito e que, obviamente, a valorização da gestão coletiva (e das instituições que a praticam) depende da credibilidade de suas operações e atividades no mercado da circulação de bens culturais.

A credibilidade imposta pela atenção a estas informações – como o exemplo significativo e simbólico das informações sobre os créditos retidos – afastaria argumentos retóricos como aqueles utilizados pelos usuários que, pretendendo não pagar os direitos devidos pelo uso do repertório utilizado, alegam não ter obrigação de pagamento visto que não conhecem o destino dos valores pagos. Ora, a retórica de argumentos de tamanha fragilidade dissolve-se no ar com a exigência de transparência das atividades inerentes a gestão coletiva de direitos. O sujeito-criador, neste aspecto, testemunha o fortalecimento de suas posições pela implementação de uma gestão transparente, o que pode, muitas vezes, não ser o interesse de algumas associações de gestão coletiva.

Em relação à transparência no que se refere ao processo de distribuição, esta releva – pelo menos - por três fatores que cumpre destacar:

Em primeiro lugar porque, como venho alertando, o processo de arrecadação e distribuição – ainda que não seja uno do ponto de vista pragmático - é amalgamado em sua justificativa filosófica e como função de distribuição de valores inerentes a direitos por um incremento econômico no uso de obras. Portanto, é uno no sentido programático da função primordial da associação de gestão, que não é um fim em si mesmo.

Em segundo lugar, a distribuição em si deve ser o mais transparente para que os titulares (e insisto, muito mais me preocupa, neste aspecto, os sujeitos-criadores pela sua evidenciada hipossuficiência) possam verificar se o que lhe cabe está corretamente de acordo com o que estes mesmos alegam ser¹⁷.

Em terceiro lugar está o fundamento da gestão coletiva: atribuir a cada um o que lhe cabe.

Como evidente consequência desta lógica informativa o texto legal impõe que as associações deverão prestar contas dos valores que são devidos aos associados, com regularidade e de modo direto, portanto não permitindo tergiversações como alegações de que os associados não procuram as informações nas associações. Isto se coloca de forma urgente, considerando que há associações que podem atuar de modo genericamente transparente, mas efetivamente, não se pode permitir discricionariedades e sim tornar os critérios de atribuição de informações em critérios de forma objetiva.

¹⁷ O que com as ferramentas tecnológicas disponíveis, deve ser permitido, e neste caso, é primordial a transparência.

Assim, quando o texto da nova lei indica no Art. 98-C¹⁸ que as associações de gestão coletiva de direitos autorais deverão prestar contas dos valores devidos, em caráter regular e de modo direto, aos seus associados, não há que se falar em qualquer infringência da ordem do direito privado ou de impossibilidade de se ostentar esta obrigação em um texto legal.

Por outro lado, o mesmo dispositivo indica a possibilidade de que o próprio associado possa exercer o direito que lhe cabe a que as contas sejam prestadas corretamente o que, genericamente, entendo que pode ser promovido por meio de simples comunicação à associação à qual pertence, salvo eventual disposição em contrário de regulamento que imponha alguma formalidade, prazo ou modo de requerimento.

De toda forma, não se pode esquecer que sendo o associado das associações de gestão coletiva o sujeito-criador por excelência, não se pode aumentar o *deficit* de informação ao mesmo, sob pena de se (re)alimentar (ou como digo, aumentar a musculatura) do *deficit* filosófico do direito de autor. Não há possibilidade, por parte da associação, de responder por meio de tergiversações que conduzam à não obrigatoriedade no exercício de tais atividades que, ao fim e ao cabo, configuram-se como sua obrigação.

Muito pelo contrário, a obrigação genérica decorrente do Art. 98-C harmoniza-se com o teor do dispositivo constitucional que permite a exigência, por parte do titular (e fundamentalmente refiro-me ao sujeito-criador) e complementa o texto constitucional. E, como consequência, a prestação de contas de modo direto aos associados diminui consideravelmente o *deficit* de legitimidade tão alardeado no panorama das associações de gestão coletiva do setor musical no Brasil, especialmente no difícil setor da execução pública musical.

7. Conclusões finais:

A discussão sobre a constitucionalidade da Lei 12853/13 é mais um capítulo no dramático convívio de diferentes interesses no direito de autor no Brasil. Mas não será o último.

¹⁸ 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.*

Considerando que o direito de autor é um terreno fértil para a ocorrência de embates fundamentalistas e atribuições de vilanias e dualismos radicais, o tema da gestão coletiva naturalmente se adensa.

De fato, é um importante capítulo que deve ser analisado, pois por meio da legislação que modifica a Lei 9610/98 podem ser observadas mudanças significativas e positivas ao entorno do direito de autor no país e uma maior aproximação entre os usuários e os sujeitos-criadores. Ou seja, de alguma forma – e ao menos em tese - a obrigação de transparência aproxima as partes diretamente mais interessadas, os representados e os usuários.

Por outro lado, porém, isto não faz com que todos os problemas estejam resolvidos, até mesmo porque os usuários não costumam ser pródigos em obedecer as suas obrigações nem mesmo em aceitar os valores devidos sem grandes exigências. Aliás, os usuários tradicionalmente fazem uso de todo o tipo de argumento retórico para tentar diminuir a incidência do pagamento de direito de autor.

Como defesa incontestável para a transparência nas atividades concernentes à gestão coletiva de direito de autor e direitos conexos está o fato de que a transparência é o elemento de reafirmação de uma justificativa econômica para o direito de autor, qual seja: quanto mais se explora comercialmente uma obra protegida, mais se deve remunerar os participantes do processo criativo. Desta forma, aumentar a transparência e permitir o acesso às informações e aos dados é possibilitar um reequilíbrio econômico nas relações inerentes à circulação de obras protegidas por direito de autor.

Portanto, diante de todo o exposto, extrair do contexto da nova Lei 12853/13 alegações de inconstitucionalidade é ignorar, de uma só vez, o constitucionalismo brasileiro e as razões que justificam a gestão coletiva. A gestão coletiva, seja pela (presumida) falta de habilidade natural do sujeito-criador para as atividades administrativas, seja pela necessidade de sua implementação como forma precípua de exercício do direito de autor na contemporaneidade tecnologicamente irrefreável, deve ser eficiente e, para tal, a maior exigência que lhe cabe é que seja transparente.

A Lei 12853/13 dá um primeiro passo na direção da correção de distúrbios existentes na gestão coletiva no Brasil ao exigir a transparência como um dos fundamentos de uma nova sistemática.

Referências bibliográficas.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A supervisão da gestão coletiva na reforma da LDA, capítulo 11 do livro: Por que mudar a lei de direito autoral – estudos e pareceres, Fundação Boiteaux/Editora Funjab, Florianópolis: 2011.

BERTRAND, André. Le droit d'auteur et les droits voisins. 2^a édition. Dalloz. Paris, 1999.

BRASIL, SENADO FEDERAL, Relatório final da CPI do ECAD no SF em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951>.

BRASIL, Lei 12.853/13,

BUYDENS, Mireille. La propriété intellectuelle – Evolution historique et philosophique. Editions Bruylant. Bruxelles, 2012.

DEAZLEY, Roan, (2008) Commentary on the Statute of Anne 1710, in Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org, acessado em 14 de abril de 2014.

KANT, Imanuel. On the Injustice of Reprinting Books (original em alemão: Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks publicado em 1785, disponíveis, tanto o texto original quanto a tradução em inglês em http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_d_1785”.

KANT, Imanuel, Sobre a ilegalidade da reimpressão de livros) em <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/c1cd349287c9c15affff802bffffef.pdf> acessado em 04/12/13, Rio de Janeiro, p. 229 e seguintes, traduzido por **KUNTZ, Karin Grau.**

KAWOHL, Friedemann, Commentary on Kant's essay "On the Injustice of Reprinting Books" (1785) disponível em http://copy.law.cam.ac.uk/cam/commentary/d_1785/d_1785_com_300200813718.html, acessado em 03/04/13.