

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL
ACADEMIA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

A EXECUÇÃO PÚBLICA DE MÚSICA NA
TV POR ASSINATURA

Apresentação de dissertação
como requisito para obtenção
do título de Mestre em
Propriedade Intelectual e
Inovação.

RIO DE JANEIRO
2011

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL
ACADEMIA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

A EXECUÇÃO PÚBLICA DE MÚSICA NA TV POR ASSINATURA

ORIENTADOR: PROF. DR. BRUNO LEWICKI

Banca Examinadora:
Bruno Lewicki (INPI)
Patrícia Pereira Peralta (INPI)
Sérgio Branco (FGV)

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

DEDICATÓRIA

Dedico essa dissertação em especial a minha esposa, Gabriela, por sua constante dedicação a nossa família recém criada, por seus constantes estímulos, por tanto apoio, por tanto amor. Dedico também a dissertação a meus pais, Jorge e Márcia, meus irmãos, Daniel e Rodrigo, todos, cada uma de sua forma, me transformaram na pessoa que sou hoje. Aos cunhados Daniela e Tiago, que hoje complementam nosso núcleo familiar, cheio de amor. Por fim, mas não menos importante, dedico a Paulo, Maria Alice e Paula, por tanto carinho, pelos estímulos e pelo amor.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

AGRADECIMENTOS

Agradeço em especial ao Professor Bruno Lewicki, por acreditar no meu projeto de dissertação, por sua “honestidade intelectual” para com meu trabalho, por sua cordialidade e sua orientação sempre inteligente e adequada.

A Patricia Peralta, que acompanhou meu desenvolvimento no mestrado desde o início, por ser minha orientadora pedagógica, por suas sugestões bibliográficas e por acreditar em meu projeto de dissertação. Agradeço ao Professor Sérgio Branco, agradeço por aceitar participar de minha banca de dissertação e pela oportunidade de conhecê-lo melhor.

A Patrícia Trotte, que desde o início preocupou-se com cada detalhe, com o cumprimento dos requisitos necessários para chegar a apresentação deste trabalho. Por entender minhas dificuldades e estar próxima para não deixar nada faltar.

Por fim, mas não menos importante, agradeço ao Professor Arakem e ao Professor Eduardo Winter. Foi uma honra participar deste Mestrado Profissional, pelo contato com tantos mestres e tantos profissionais preocupados com o passado, presente e o futuro da propriedade intelectual no Brasil.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

RESUMO

A música desenvolve um papel central para o crescimento da TV por assinatura no Brasil. Dessa forma, considerando a sua relevância para o setor, o objetivo deste trabalho é apresentar uma proposta para o pagamento de direito autoral pela execução pública de música nas TV's por assinatura.

Sendo assim, este trabalho objetiva entender como a sociedade pode tornar a obra musical para o maior público possível, a preços acessíveis e, ao mesmo tempo, assegurando uma coexistência justa das partes envolvidas, assegurando um formato adequado de contraprestação aos autores e intérpretes de tais músicas.

PALAVRAS-CHAVE

Execução Pública de Música - Direito Autoral - Obra Musical

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

ABSTRACT

Unquestionably, no person will present doubts on the importance of music for the growth of Paid TV in Brazil. Thus far, considering its relevance for this market, the purpose of this Paper is to present a suggestion for the payment of Copyright Fee for the public performance of music in Paid TV.

Consequently, this study aims to understand how it is possible to provide musical pieces for widest audience possible, in an affordable way and at the same time ensuring a fair co-existence of all parties involved, as well as the providing the proper payment for the authors and performers such musical pieces.

KEYWORDS

Music Performing Rights - Copyright - Musical Piece

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

ÍNDICE

Introdução	1
Capítulo Primeiro Execução Pública de Música	5
Direito Autoral	5
Execução Pública	9
Gestão Coletiva de Direitos Autorais	10
ECAD – Estruturação e Objetivos	14
Função Social do Direito Autoral	16
Capítulo Segundo. O Mercado Brasileiro de TV por Assinatura.....	20
Breve Histórico da TV no Brasil	20
Breve Histórico da TV por assinatura	21
Mercado de TV por assinatura no Brasil	23
TV por assinatura e a sociedade da informação	27
O crescimento da TV por assinatura no Brasil	30
Capítulo Terceiro. Cobrança pela Execução Pública de Música na TV por Assinatura.....	34
Proposta para o setor	34

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

Cobrança baseada na musicalidade de cada canal e nos custos de programação	38
Conclusões	50
Bibliografia	53

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

INTRODUÇÃO

Em 18 de setembro de 1950, na TV Tupi, em São Paulo e através do empreendedorismo de Assis Chateaubriand, a TV chega ao Brasil. Por curiosidade histórica, o primeiro espetáculo chamou-se *Show na Taba* e teve momentos de humorismo, dança, dramaturgia e, por óbvio, música¹.

Desde o lançamento comercial da TV em 1950, desde o primeiro show transmitido com extrema dificuldade, por duas câmeras exclusivas, música e televisão unem-se de forma inseparável. A TV Aberta, que no início despertou dúvidas de críticos sobre sua viabilidade e se esta se manteria como uma mídia viável, desbancando o “rádio”, hoje se faz presente na imensa maioria dos lares brasileiros.

Se a TV aberta cresceu cercada de dúvidas, a TV por assinatura demorou quase 15 anos para iniciar sua rota de crescimento no Brasil e

¹ Berno, Giovanni. *Televisão, Educação e Sociedade. Uma visão Crítica*. Disponível em <http://www.bocc.uff.br/pag/berno-geovani-televisao-sociedade.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2011.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

somente no primeiro governo Lula alcançou números mais favoráveis para a sua sustentação no mercado².

A TV Brasileira, durante seus mais de 60 anos de presença no Brasil, cumpre seu papel de informar e entreter, muitas vezes sendo a única opção nas famílias brasileiras. O terceiro papel possível para a TV, o de educar, ainda carece de desenvolvimento, mesmo nos dias atuais. No entanto, considerando que a educação depende de constante interação das partes envolvidas, na sociedade atual, conectada e midiática, esse desenvolvimento pode ser alcançado.

Em todos os papéis desempenhados pela TV, a música desempenha função primordial. Por isso, TV e música são entrelaçadas e não podem ser dissociadas. Nesse sentido, é possível concluir que os autores e intérpretes de música também desempenham um papel importante no desenvolvimento da TV e das mais diversas mídias.

² A TV por assinatura teve seu início comercial, de fato, no Brasil, em 1990 e apesar do crescimento apresentado até 1997, somente após 2004 alcançou números mais favoráveis para a indústria, alcançando presença de 18% nos lares brasileiros (9,8 milhões de assinantes), conforme números divulgados pela Associação Brasileira de TV por Assinatura – ABTA (www.abta.org.br).

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Considerando o exposto e a importância da música no desenvolvimento das mídias, o objetivo deste trabalho é analisar as relações entre música, sua execução pública aos espectadores de TV e qual (e como) deve ser realizada a compensação financeira aos autores e intérpretes de música. Pela sua diversidade de programação e crescente importância no cenário brasileiro, a TV por assinatura será o foco principal deste estudo.

No primeiro capítulo desse trabalho, pretende-se apresentar principalmente o conceito de execução pública de música, a Gestão Coletiva desses direitos e analisar as funções e objetivos de seu Gestor exclusivo – por força de lei – o ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição).

No segundo capítulo, busca-se analisar o crescimento da TV no Brasil, com foco especial no crescimento da TV por Assinatura, que desde 2004 alcança números cada vez mais impactantes e relevantes para a indústria no Brasil.

No capítulo terceiro serão apresentados casos práticos e a conveniência e oportunidade e conveniência da reflexão do objeto desta dissertação para o mercado de TV por Assinatura.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

A análise proposta no capítulo terceiro terá como base o modelo de negócio brasileiro para a TV por Assinatura, comparação com o mercado internacional, para sugerir uma proposta razoável, factível e realizável.

Ao final, a conclusão tem o objetivo de sintetizar todas as ponderações realizadas nos capítulos anteriores, bem como sedimentar a proposta realizada no presente estudo, que objetiva encontrar uma solução para entraves econômicos, mercadológicos e jurídicos.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

CAPÍTULO PRIMEIRO – EXECUÇÃO PÚBLICA DE MÚSICA

I - DIREITO AUTORAL

Direito Autoral é um conjunto de prerrogativas conferidas por lei à pessoa física ou jurídica criadora de obra intelectual, para que ela possa gozar dos benefícios morais e patrimoniais resultantes de suas criações. Trata-se de ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas (Direito do Autor), bem como os chamados Direitos Conexos do Direito do Autor, que são os direitos dos artistas intérpretes, executantes ou produtores de música.

O Direito Autoral, espécie da Propriedade Intelectual ou imaterial passível de proteção jurídica, é reputado como um direito individual de ordem pessoal (Direito Autoral Moral) e patrimonial (Direito Autoral Patrimonial), haja vista sua fruição econômica exemplificada pela reprodução, distribuição, execução pública ou qualquer outra modalidade de uso das obras legalmente protegidas.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Sobre o Direito do Autor, importante esclarecer que há dois sistemas: o *droit d'auteur*, ou sistema francês e o *copyright* ou sistema anglo-americano.

O Brasil, nessa linha, se filia ao sistema francês de direitos autorais, que se diferencia do sistema anglo-americano porque este foi constituído a partir da possibilidade de reprodução (e da proteção) da cópia, sendo este o principal direito a ser protegido. Por outro lado, o sistema francês se preocupa com outras questões, além do direito patrimonial, como a criatividade da obra a ser protegida e seus direitos morais.

Se por um lado os direitos autorais são inalienáveis e irrenunciáveis, a sua parcela econômica (Direito Autoral Patrimonial), além de disponível para fruição do autor, se torna também suscetível de limitação temporal diante do interesse público de que a obra seja amparada por lapso de tempo delimitado (de forma geral, tal lapso temporal é de 70 anos após o primeiro de janeiro subsequente a morte do autor)³.

³ Art. 41 da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais – LDA)

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

Dentre os direitos patrimoniais do autor inscreve-se o direito de execução pública, o qual se traduz na prerrogativa que tem o criador da obra intelectual musical de autorizar a comunicação de sua criação ao público, por meio de vozes, instrumentos, ou aparelhos mecânicos ou eletrônicos, recebendo, em consequência, os proventos econômicos correspondentes.

A seguir neste capítulo estudaremos o conceito de Execução Pública de Música, que tem no Escritório Central de Arrecadação e Distribuição o seu gestor exclusivo, por força legal. A importância do presente estudo reside principalmente no fato de que a música é um dos principais propulsores da Economia Criativa, um dos setores econômicos mais crescentes na economia mundial.

Além da música, cinema, teatro, obras audiovisuais também integram a Economia Criativa, conceito econômico que trata a cultura não apenas pelos direitos de acesso por parte do cidadão/consumidor, mas principalmente pela capacidade de ampliar as oportunidades de geração de renda e empregos, proporcionadas pela produção cultural.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Um dos setores de maior expansão no cenário mundial (com um crescimento de 6,3% ao ano), a Economia Criativa hoje responde por 7,9% da receita líquida do Brasil e pelo quarto item em consumo das famílias⁴.

No Brasil, em 2011, a Economia Criativa dá sinais de ter sua importância ainda mais reforçada, sendo alçada ao patamar de política pública, através da criação da Secretaria da Economia Criativa, na estrutura do Ministério da Cultura. Com isso, o Ministério reconhece que, entre as várias dimensões que a cultura tem, gerar valor para o país é extremamente relevante, modernizando o setor e focando a cultura como um processo industrial.

A seguir, considerando a importância da Música na Economia Criativa e da Execução Pública de Música na arrecadação de Direitos Autorais relacionados à área, passamos estudar o conceito de Execução Pública, sua importância na arrecadação de Direitos e seu tratamento no anteprojeto da nova lei que regulamentará os direitos autorais no Brasil.

⁴ Dados do Banco Mundial. Disponível em <http://www.dfcriativa.com.br/>

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

II – DA EXECUÇÃO PÚBLICA

Execução pública significa o ato de **transmitir ou de comunicar uma obra ao público**⁵, em locais de frequência coletiva, através de qualquer meio ou processo.

A arrecadação de direitos autorais em razão da execução pública de música é realizada pelo ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, gestor coletivo exclusivo da arrecadação e distribuição de direitos autorais pela execução pública de música no Brasil.

No cenário atual da Economia Criativa a música representa um papel relevante. A arrecadação do último ano de execução pública pelo ECAD por si já demonstra a importância do setor, considerando que o mesmo atingiu a cifra de 432 milhões de reais em 2010⁶. O destaque e aumento da arrecadação coletiva desse direito, de responsabilidade do ECAD, foram relevantes na última década e não somente para a Economia Criativa, mas como para a economia brasileira.

⁵ Art. 68 da LDA

⁶ Dado apresentado pelo Gerente Executivo do ECAD, em entrevista realizada no dia 03 de março de 2011.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

A Gestão Coletiva desse direito requer a adequada análise pelos diversos setores da indústria criativa, mas sem deixar de considerar o papel que o ECAD, como órgão centralizador desse direito desenvolve para o setor.

III – GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS

Como já apresentado neste Capítulo, o ECAD é o Gestor Coletivo de direito autoral em razão da execução pública de música.

O ECAD, para arrecadação e definição de suas regras, possui como principal critério a definição de que quanto mais importante a música para o desenvolvimento do negócio, maior deve ser o percentual de retribuição. Além de tal amarração, o ECAD – antes de instituir um percentual para arrecadação, faz pesquisas internacionais e propõe um percentual de pagamento baseado em mercado e nos impostos já pagos por cada pessoa responsável⁷.

⁷ Conforme entrevista realizada com o Gerente Executivo do ECAD em 03 de março de 2011.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

Nas definições de preço e de percentual de retribuição, o ECAD não considera a questão jurídica como preponderante, mas sim as questões mercadológicas nacionais e suas pesquisas internacionais⁸. A base desse estudo também será a pesquisa no mercado internacional, conforme analisaremos mais adiante.

Considerando que o ECAD possui como principal referência na definição de seus preços a pesquisa internacional, a proposta que será apresentada neste trabalho procurou seguir a experiência internacional, em especial a norte-americana, que possui semelhanças comerciais com o mercado brasileiro de TV por Assinatura.

Além da definição de preços e de retribuição pela execução pública de música, há outras questões importantes para esse estudo. Entre elas, a análise de uma proposta de fiscalização estatal para as atividades do ECAD. A entidade é atualmente gerida por suas 9 associações de autores e intérpretes e alegações de falta de fiscalização e de transparência são questionamentos usualmente feitos contra a atuação do ECAD.

⁸ Idem.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

A definição do ECAD, após a edição da lei 9.610/98 como escritório central de arrecadação de direitos autorais ligados a execução de obras musicais não obteve o voto unânime das nove associações de titulares de direitos de autor. O documento constitutivo do referido escritório, levado a registro no RCPJ - Registro Civil das Pessoas Jurídicas - do Rio de Janeiro, teve apenas as assinaturas dos representantes das Associações ABRAMUS, AMAR, SOCIMPRO e UBC. As associações SICAM e SBACEM se omitiram inicialmente.

As demais associações (ANACIM, ASSIM, SABEM e SADEMBRA) pretenderam organizar outro escritório de arrecadação, denominado Central Nacional de Direitos de Execução (CNDE). Sem sucesso, as Associações ASSIM, SABEM e SADEMBRA foram reintegradas ao ECAD, mas na condição de Associações Administradas, sem direito a voto.⁹

No que se refere a existência de estruturas administrativas para supervisionar gestão coletiva, no mercado da América Latina e no grupo de

⁹ Fonte: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3848

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

países com os 20 maiores mercados de música do mundo, o Brasil é o único país que não possui tais estruturas administrativas.¹⁰

A referida supervisão estatal, ao atestar a idoneidade do gestor coletivo, se torna um grande inibidor da inadimplência e de eventual falta de transparência em suas ações.

Nesse sentido, vale também ressaltar que Tratados e Convenções Internacionais, como a Convenção de Berna, atribuem aos seus signatários a responsabilidade pela garantia do cumprimento das normas relativas aos direitos dos autores.

O anteprojeto da lei de direitos autorais, que em 2010 foi objeto de uma consulta pública e que foi entregue a Casa Civil em 23 de dezembro de 2010¹¹, além da supervisão estatal sobre as entidades de gestão coletiva, prevê outras competências ao Estado, como o oferecimento de serviços de mediação e arbitragem e o registro das obras autorais. A fiscalização sobre

¹⁰ Fonte: <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautorais/2010/06/21/brasil-e-caso-raro-no-mundo/>

¹¹ Em declaração publicada 08 de março de 2011, disponível em www.oglobo.com.br, a Ministra da Cultura, Ana de Holanda, informou que encaminhará nova proposta de regulamentação dos Direitos Autorais ao Congresso Nacional. A Ministra, empossada em janeiro de 2011 e que, portanto, não foi a responsável pela Consulta Pública realizada no ano de 2010, disse que “não endossará um Projeto de Lei que não possui um mínimo de consenso”. Apesar do exposto, este trabalho se baseia na atual lei de direitos autorais, bem como na atual proposta de nova regulamentação do setor.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

a gestão coletiva, mesmo após o término da Consulta Pública, ainda é um dos pontos centrais do anteprojeto.

Sobre esse tema, em 2011, mesmo após a Consulta Pública realizada em 2010, a Ministra Ana de Holanda pretende ainda consultar juristas, revisando discussão democrática que foi realizada em 2010.

Passaremos agora a analisar o atual gestor coletivo de direitos autorais no Brasil, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, sua importância econômica, social e jurídica.

IV - O ECAD – ESTRUTURAÇÃO E OBJETIVOS

O ECAD entrou em funcionamento em 1º de janeiro de 1977, desde então é o órgão centralizador das arrecadações e distribuições dos direitos autorais de execução pública musical.

O Escritório Central não possui finalidade de lucro e é dirigido e administrado pelas nove associações que o integram, sendo que somente seis são associações efetivas, conforme já destacado. São estas seis associações que, em assembléia geral, decidem as atividades e os rumos adotados pela instituição. Vale ressaltar que destas seis associações, duas

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

delas: ABRAMUS - Associação Brasileira de Música e Arte e UBC - União Brasileira de Compositores possuem cerca de 80% (oitenta por cento) do poder de voto¹² nas decisões do ECAD.

A proposta de nova lei de Direitos Autorais teve forte participação e discussão de todos os setores interessados na indústria criativa: artistas, empresas, ECAD¹³, pesquisadores, todos democraticamente puderam se manifestar no Fórum Nacional de Direitos Autorais, bem como na Consulta Pública entregue a casa civil em 23 de dezembro de 2010. Entre os pontos mais impactantes do novo projeto, certamente a gestão coletiva desempenha um papel principal.

A nova proposta de lei tem por objetivo harmonizar os setores envolvidos e tende a proporcionar maior transparência e maior fiscalização às atividades do ECAD. Se é certo que cabe ao autor utilizar e usufruir economicamente de sua obra, por outro lado também a supervisão de um órgão federal poderá trazer não somente a adequação aos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, mas também transparência na arrecadação e distribuição de tais valores.

¹² Fonte: http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_noticia=36795&id_secao=11.

¹³ O ECAD redigiu publicou no Estadão documento contra o Projeto de Lei entregue a Casa Civil em 23 de dezembro de 2010. O artigo foi publica 30 de julho de 2010 e está disponível em http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100730/not_imp587909,0.php.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

As questões atuais e práticas acerca da revisão da lei de direitos autorais, bem como a sugestão de proposta para arrecadação de direito autoral por execução pública de música serão ponderadas e estudadas ao longo do terceiro capítulo.

V – DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL

Importante para esse estudo também é apresentar o conceito de função social do direito autoral.

A função social do direito autoral é o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão aos autores de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais, durante prazo pré-determinado, após o qual a obra cai em domínio público e passa a ser livremente utilizada livremente na sociedade¹⁴. A Gestão Coletiva do Direito do Autor cumpre parte da função social descrita acima, garantindo a arrecadação de direito exclusivo dos autores, bem como a exploração econômica deste direito.

¹⁴ CARBONI, Guilherme. *A Função Social do Direito de Autor*. Juruá Editora. São Paulo - 2006.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Vale ressaltar, no entanto, que o desenvolvimento econômico e cultural da sociedade também perfazem os objetivos do direito autoral. Sendo assim, importante estabelecer que o Direito Autoral não possui fim em si mesmo, precisando ser ponderado com os demais direitos, tais como o direito a informação e educação. Ou seja, há limitações ao direito autoral.

As referidas limitações ao direito de autor são estabelecidas pelos tratados internacionais e pela legislação nacional, atualmente a Lei 9.610/98. No entanto, tais limitações usualmente não são suficientes para resolver os conflitos entre o interesse individual do autor e o interesse público pela livre utilização de obras intelectuais e pelo acesso ao conhecimento, à informação e à cultura.

Ao tratamos a regulamentação da função social do Direito Autoral, conforme definido por Guilherme Carboni¹⁵, esta deve ter como base uma forma de interpretação e regulamentação que permita aplicar ao direito de autor restrições relativas à extensão da proteção autoral (“restrições intrínsecas”) – notadamente no que diz respeito ao objeto e à duração da proteção autoral, bem como, às limitações estabelecidas em lei – além de restrições quanto ao seu exercício (“restrições extrínsecas”) – como a função

¹⁵ CARBONI, Guilherme. *A Função Social do Direito de Autor*. Juruá Editora. São Paulo - 2006.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

social da propriedade e dos contratos, a teoria do abuso de direito e as regras sobre desapropriação para divulgação ou reedição de obras intelectuais protegidas.

A teoria do abuso de direito pode ser definida como a regra jurídica que objetiva coibir o uso de um direito que não é exercido de acordo com a finalidade para a qual foi conferido, sem obedecer, portanto, à seu fim econômico ou social, boa fé ou bons costumes¹⁶.

A função social do direito de autor deve ser entendida como importante contribuição aos direitos de propriedade intelectual, objetivando que esses direitos sejam constantemente aprimorados e que tais direitos tenham seu uso abusivo coibido.

Na doutrina jurídica, o direito de propriedade (entre eles, o direito autoral patrimonial) não é absoluto. Ao contrário, de acordo com a melhor doutrina constitucional, o direito de propriedade intelectual (como o direito autoral patrimonial) deve ser interpretado de forma integrada com os outros direitos assegurados, como o direito à educação e à informação, sendo esta a forma mais adequada de garantir-lhes o exercício pleno.

¹⁶ Sobre o abuso de direito, importante transcrever o artigo 187 do código civil brasileiro: Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

Dessa forma, o direito de propriedade do autor deve cumprir sua função social e, entre outras regras, deve ter seu abuso de direito coibido pelas partes interessadas.

Neste estudo, pretendemos apresentar sugestões para que o direito de execução pública de música seja exercido de forma plena, alcançando seu objetivo legal, social e econômico.

No segundo capítulo, estudaremos o mercado de TV por Assinatura, suas bases históricas e suas estratégias de negócios.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

CAPÍTULO SEGUNDO – O MERCADO BRASILEIRO DE TV POR

ASSINATURA

I – BREVE HISTÓRICO DA TV NO BRASIL

Considerando que o objetivo de estudo desse trabalho é analisar a execução e arrecadação pública de música no mercado de TV por Assinatura, este capítulo será dedicado a estudar suas bases históricas, sua estratégia de negócios, bem como as semelhanças e diferenças para a TV aberta.

Hoje onipresente, a televisão era uma incógnita quando de sua primeira transmissão no Brasil, em 1950. No entanto, ao longo dos mais de 60 (sessenta) anos de existência, foi se firmando como a mídia de maior impacto na sociedade brasileira. A TV é a principal, muitas vezes a única opção de entretenimento e informação em muitos lares no Brasil. Dessa forma, a TV faz parte da vida nacional, estando presente na estruturação da política, da economia e da cultura brasileiras.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

De modo retrospectivo, entende-se como fases da Televisão Brasileira: a elitista, de 1950 a 1964, a populista, de 1964 a 1975; a do desenvolvimento tecnológico, de 1975 a 1984, a da transição internacional, 1985 a 1990, a da globalização e da TV por assinatura, de 1990 aos dias de hoje¹⁷. Essa última fase, que atualmente coincide com a fase da qualidade digital e do lançamento comercial da TV por assinatura, será o objeto deste estudo.

II – BREVE HISTÓRICO DA TV POR ASSINATURA

Em pequenas comunidades no interior dos Estados Unidos surgiram as primeiras manifestações de TV por assinatura no mundo. Esse início remonta aos anos 40 e teve objetivo inicial de corrigir as dificuldades de recepção do sinal de TV aberta. Tais comunidades se uniram e instalaram antenas de alta sensibilidade, nos pontos mais elevados. Dessa forma, os sinais de TV aberta eram distribuídos até as residências por meio de cabos condutores usados para transmitir sinais, chamados cabos coaxiais.

¹⁷ Mattos, Sergio. O Contexto midiático, Instituto Geográfico e Histórico da Bahia, 2009.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Essa forma de transmissão ficou conhecida como CATV, sigla da expressão, em inglês, *Community Antenna Television* (TV via antena comunitária), termo que até hoje identifica as operações de TV a cabo¹⁸.

A História da TV por assinatura brasileira teve início semelhante no Brasil: a necessidade de se resolver problemas de recepção. Na década de 60, na região serrana carioca, o sinal das emissoras de televisão localizadas na cidade do Rio de Janeiro era deficiente. Instaladas no alto da serra, antenas captavam os sinais e os retransmitiam por uma rede de cabos coaxiais até as residências. As cidades de Petrópolis, Teresópolis e Friburgo passaram, então, a ser cobertas por este serviço e os usuários que o desejassem pagavam um valor mensal, a exemplo do que ocorre hoje com o moderno serviço de TV por assinatura.

Nos anos 80, surgiram no Brasil as primeiras transmissões efetivas de TV por assinatura, com as transmissões da CNN, com notícias 24 horas por dia, e da MTV, com videocliques musicais. Funcionavam num processo normal de radiodifusão, transmitindo em UHF, com canal fechado e codificado.

¹⁸ Fonte ABTA – www.abta.com.br. Disponível em http://tvporassinatura.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=17&Itemid=34, acesso em 23 de fevereiro de 2011.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Tais serviços foram o embrião para a implantação do serviço de TV por assinatura, que foi inicialmente regulado no Brasil pelo Decreto nº 95.744/88, o serviço de TV por assinatura foi iniciado, de fato, sob o nome de Serviço de Distribuição de Sinais de TV por Meios Físicos (DISTV), com o amparo da Portaria nº 250, de 13 de dezembro de 1989, do Ministério das Comunicações. Essa portaria permitiu, em 1990, a emissão de 96 autorizações para instalação de redes de cabos em 62 cidades do País e hoje possui regramento complexo, envolvendo normas, decretos e leis federais¹⁹.

III – O MERCADO DE TV POR ASSINATURA NO BRASIL

Conforme apresentado no item anterior, a TV por assinatura no Brasil teve seu início comercial na década de 1990. Nessa década, a sociedade brasileira passou por profundas transformações. A transição dos anos 80 para os anos 90 foi um momento histórico em que se passou de uma economia abalada, vindo de uma seqüência de planos em que a moeda se desvalorizava rapidamente e com uma inflação gigante, para um momento de maior equilíbrio. No período de 8 anos, o Brasil conviveu com o Cruzado

¹⁹ Disponível em: http://revistahometheater.uol.com.br/hotsites/tvpaga/?page_id=12, acesso em 19 de fevereiro de 2011.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

(1986), Cruzado Novo (1989), Cruzeiro Real (1993) e com o Real (1994) o Brasil reencontrou o período de estabilidade.

O efeito de estabilização da moeda e da economia gerou uma onda de otimismo no Brasil. O aquecimento do mercado foi uma consequência econômica lógica e gerou uma ampliação dos interessados na ampliação de suas marcas, tanto na comunicação de massa (TV Aberta), como em nichos segmentados (como a TV por assinatura). O Brasil, que vivia uma euforia de consumo nessa época, teve – no período de 1994 a 1997, inseridos no mercado televisivo, via publicidade, R\$ 2 bilhões.²⁰

Em 1997 e em 1998, o otimismo do Plano Real deu lugar a diversas preocupações. Com a queda brusca da demanda, o mercado teve uma estagnação que foi rapidamente sentida nas mídias. Com a queda do faturamento das empresas, igualmente diminuíram os investimentos em comunicação.

O período de retração de 1997 teve como suas principais razões a Crise financeira asiática, que foi um período de grave crise financeira e que atingiu grande parte da Ásia. O que parecia ser uma crise regional com o

²⁰ Ribeiro, Ana Paula Goulart, Igor Sacramento, Marcos Roxo. História da Televisão no Brasil. São Paulo. Editora Contexto, 2010.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

tempo se converteu no que se denominou "a primeira grande crise dos mercados globalizados"

Com a primeira grande crise dos mercados globalizados, o mercado de TV também precisava buscar novos focos. No Brasil, na TV Aberta, a regionalização dos investimentos foi uma das tendências do final dos anos 90 e as TVs por assinatura aumentaram seu enfoque em públicos segmentados, criando programações distintas por canal, de forma fragmentada.

A segmentação atingiu diretamente o consumo das mídias e se, por um lado seguiu-se o foco no público de massa (TV Aberta), do outro evidenciou-se os enfoques em grupos fragmentados e gostos distintos. As TV's abertas continuam tentando atingir a todos os públicos, mas é cada vez menos provável que atinjam a todos os integrantes de uma família com uma programação que engloba vários públicos. Se isso já foi possível no passado, quando não havia os canais segmentados pagos, hoje trata-se de uma tarefa cada vez mais difícil de ser executada.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Assim, a alternativa da TV Aberta foi popularizar a programação como contraponto a diferenciação e segmentação, com o objetivo de atingir – de forma mais contundente – o maior público com menos condições econômicas de consumir outros meios. Com isso, a TV Aberta consegue largas audiências e maiores valores gastos pelas empresas em Publicidade.

A segmentação criou uma desvinculação a publicidade nacional e uma desterritorialização dos produtos de TV por assinatura, que muitas vezes transmitem seus programas mundialmente (ou são replicados mundialmente).

O serviço de TV por assinatura busca atender nichos desassistidos pela TV aberta e gerando, por conseqüência, novos hábitos de consumo. As programações, das mais diversas, incluem opções para quem gosta de: a) Filmes – HBO, Telecine, Cinemax; b) Séries – Warner, Sony, Fox; c) Desenhos – Cartoon, Fox, Kids; d) Esporte – Sportv e ESPN; e) Documentário – Discovery, GNT, f) Viagem – Travel and Living; g) Música – MTV, VH1; h) Jornalismo – CNN, Globonews, Band News, Record News, i) Variedades – TLC, Discovery Home and Health, entre muitas outras possibilidades.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Nesse momento, novamente refletimos sobre o conceito de cobranças diferenciadas por tipo de programação de canal. Como já apresentado, apesar do Brasil se filiar ao sistema francês de Direito do Autor, a americana ASCAP (Sociedade Americana de Autores, Compositores e Editores), filiada ao Direito Anglo-Americano, encontrou uma forma clara de cobrança para a execução pública de música para as TV's por assinatura: segmentação por canais e com percentual incidindo somente sobre o custo de programação. O conceito é que o pagamento de direito autoral por execução pública de música seja baseado na musicalidade de cada canal, sendo que o canal de música deve aglomerar o maior percentual de pagamento, convergindo para o menor pagamento em canais de jornalismo. Essa proposta e suas conclusões, no entanto, serão apresentados, de forma conclusiva, somente no próximo Capítulo deste estudo.

IV – TV POR ASSINATURA E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Neste capítulo segundo, no qual contextualizamos a TV por Assinatura no Brasil, sua história perspectivas de futuro, será importante contextualizar o conceito de Sociedade do Conhecimento.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Os conhecimentos produzidos pela sociedade são considerados como um “bem comum”, algo a que todos podem e devem ter acesso a fim de que cada indivíduo possa atingir seu pleno desenvolvimento pessoal e a humanidade, como um todo, possa atingir padrões aceitáveis de convivência e solidariedade, fortalecendo o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais.

Apesar disso, o conhecimento como “bem comum” foi, durante muito tempo, apenas uma concepção teórica, ideológica, sem resvalar de fato na prática cotidiana. Uma dinâmica que se viu, no entanto, alterada pelo surgimento de novas tecnologias voltadas para a informação e para a comunicação.

A televisão, em razão de seu baixo custo das informações, da linguagem atrativa e de fácil acesso, tornou-se no Brasil a principal – e muitas vezes única – fonte de informação das famílias. A TV por Assinatura, após o crescimento dos últimos anos, entrada de novos players, também teve seu custo reduzido e aumenta sistematicamente sua importância para o conhecimento e disseminação de informação na sociedade brasileira.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Valendo-nos da expectativa positiva que existe em relação à televisão – e, por extensão, a TV por assinatura – podemos utilizá-la para uma variedade de propósitos: a) para introduzir um assunto novo; b) como disseminação de conhecimento; c) entretenimento; etc²¹.

No início da história da televisão, esta carregou consigo três funções básicas: informar, entreter e educar. Até o presente momento, apenas a função de educar fracassou.

Quando se pensou que a televisão poderia exercer a atividade/função de educação, pensou-se na própria capacidade técnica do meio, mas o uso social a levou para o entretenimento, quase com exclusividade, mas a informação também é largamente difundida pela televisão.

Entre os educadores, um dos principais motivos para que a função educar não tenha se firmado para a televisão foi que o sujeito/telespectador que se firmou/sentou em frente à tela foi desde sempre apenas um espectador, não tendo a interação tão necessária a educação.

²¹ Schiavoni, Jaqueline Esther. O papel das novas tecnologias na sociedade do conhecimento. Disponível em <http://www.bocc.uff.br/pag/schiavoni-jaqueline-midia-papel-das-novas-tecnologias.pdf>. Acesso em 05 de março de 2011.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Apesar da criação da Internet, que pode eliminar o problema da falta de intervenção, mesmo para a televisão, a preocupação relativa ao desenvolvimento comercial do meio se mantém. Como manter uma televisão educativa, sem os ímpetos publicitários torna-se cada vez uma tarefa mais árdua.

Apesar do exposto, desde 2004, a TV por assinatura – com sua função de informar e entreter – cresce bastante no Brasil, o que será demonstrado a partir do próximo item.

V – O CRESCIMENTO DA TV POR ASSINATURA NO BRASIL

O crescimento da TV por assinatura ocorreu de forma mais acelerada a partir de 1993, quando o número de assinantes passou de 250 mil, para 2.586.983 em 1997, com 7% de “penetração”²². Na linguagem técnica de TV por assinatura, percentual de “penetração” significa a quantidade de lares com a assinatura de uma TV paga.

Após a crise de 1997 até 2004, o mercado manteve-se relativamente desacelerado, coincidindo a crise do período pós-real, segundo governo de

²² Fonte: www.abta.com.br

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Fernando Henrique Cardoso e início do primeiro Governo Lula. A partir de 2004, esse número aumentou de modo vertiginoso, tendo a TV por assinatura alcançado a quantidade de 6,3 milhões de residências em 2008 e em 2010 este número alcançou 9,8 milhões de domicílios, uma crescimento de 30,7% em 2010²³. Em termos de “penetração”, a TV por Assinatura no Brasil atinge cerca de 17% dos domicílios com televisão no país²⁴, enquanto nos Estados Unidos, por exemplo, a TV por assinatura está presente em 97 % dos domicílios²⁵. O Brasil está abaixo da média da América Latina, que - em média - dispõe de TV por assinatura em 25% por cento de seus domicílios²⁶.

Com o crescimento da TV por assinatura do Brasil, identificamos uma profusão de canais e de programadoras de conteúdo nacionais. O Brasil, assim como no cinema, entra cada vez mais no mercado de Programação e Operação de TV por assinatura, fazendo desse um mercado cada vez mais atraente para todas as partes envolvidas.

²³Disponível em <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2011/01/26/tv-por-assinatura-teve-crescimento-de-30-7-em-2010-923611597.asp>. Acesso em 25 de fevereiro de 2011.

²⁴ Fonte: www.teletime.com.br. Disponível em <http://www.teletime.com.br/09/03/2011/directv-espera-que-setor-na-america-latina-tenha-60-milhoes-de-assinantes-em-2014/tt/216857/news.aspx>

²⁵Disponível em <http://www.supercanalv.xpg.com.br/historia-da-tvpaga-eua.htm>. Fonte: www.cablecenter.org. Acesso em 21 de fevereiro de 2011.

²⁶Fonte: www.teletime.com.br. Disponível em <http://www.teletime.com.br/09/03/2011/directv-espera-que-setor-na-america-latina-tenha-60-milhoes-de-assinantes-em-2014/tt/216857/news.aspx>

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Esse crescimento vertiginoso dos últimos anos faz o objeto desse estudo cada vez mais importante. Com programações segmentadas, estratégia de negócio e com musicalidade tão distinta em cada canal, comparando com as TV's abertas, uma forma diferenciada de arrecadação de direito autoral por execução pública de música parece ser a proposta mais adequada e razoável, tanto por questões mercadológicas como por uma estrutura de mercado tão distinta.

Após os dois primeiros capítulos, nos quais foram apresentados a Execução Pública da Música e TV por assinatura no Brasil, no próximo Capítulo esses dois temas serão apresentados em conjunto, sugerindo um novo formato de cobrança de direito autoral por execução pública de música.

Neste Terceiro Capítulo, através de entrevistas com interlocutores das instituições acima apontadas (ECAD e de Operadora de TV por Assinatura) e de estudo doutrinário e jurisprudencial, objetivamos trazer as questões atuais relevantes, sugerir uma proposta de pagamento de direito autoral por execução pública de música, bem como sugerir o papel de tais instituições, evitando desgastes e eventuais disputas e batalhas judiciais.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL
ACADEMIA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

CAPÍTULO TERCEIRO - COBRANÇA PELA EXECUÇÃO PÚBLICA DE MÚSICA NA TV POR ASSINATURA

I - PROPOSTA PARA O SETOR

Neste capítulo, o objetivo será apresentar questões práticas relacionadas ao pagamento de direitos autorais por execução pública de música, apresentando proposta capaz de permitir o desempenho Direito Autoral no mercado de TV's por assinatura.

Como já foi abordado neste estudo, a atuação do ECAD está inserida na legislação pátria e no anteprojeto de lei, tendo por objetivo primordial garantir aos titulares de direitos autorais e conexos a justa retribuição por seu trabalho.

No entanto, o atual formato de cobrança, imposta unilateralmente e sem conciliar interesses das demais partes envolvidas, gera forte contencioso e pode acarretar entraves à difusão da cultura e ao contínuo crescimento da TV por assinatura no Brasil.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

O interesse social (difusão da cultura) deve ser sempre harmonizado com os direitos dos integrantes da indústria criativa. A promoção e acesso à cultura, a transparência na arrecadação, na distribuição e na cobrança dos valores devem coexistir.

Para garantir tais objetivos, o anteprojeto de revisão da atual lei de direitos autorais sugere uma fiscalização de órgão federal. Apesar de controversa, tal medida pode trazer benefícios e coibir eventuais abusos no direito de cobrança de execução pública de música.

Independentemente de fiscalização estatal e sobre esse tema, Marcos Alberto Santanna Bitelli, advogado especialista em Direitos Autorais, entende que o sistema imposto pelo ECAD traz um descontentamento tanto para o lado dos que tem a receber – os titulares e os que têm a pagar – os usuários. Seu entendimento é que uma arrecadação que “levasse em conta critérios de maior razoabilidade, proporcionalidade e ponderação evitaria o surgimento de um enorme contencioso nacional”²⁷.

²⁷ Bitelli, Marcos Alberto Sant Anna. Palestra intitulada a “GESTÃO COLETIVA E CRITÉRIOS DE ARRECADAÇÃO: O PONTO DE VISTA DOS USUÁRIOS” proferida no Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura. “A Defesa do Direito Autoral: Gestão Coletiva e Papel do Estado”. Julho de 2008.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Nesse sentido, apesar de ser essencial assegurar a justa retribuição dos detentores de direitos autorais, faz-se necessário destacar também o ponto de vista dos usuários e dos comunicadores de obras audiovisuais, não plenamente atendidos pelo atual sistema de arrecadação e distribuição.

No que se refere ao mercado de TV por assinatura, o principal questionamento não é o “dever de pagar”, mas sim os critérios de cobrança e arrecadação. Se não há dúvidas sobre o “dever de pagar”, fica o questionamento sobre qual o percentual aplicável, se os mesmos devem ser aplicados de forma distinta em cada canal, em razão de sua especificidade, bem como sobre qual valor o critério deve ser estabelecido.

O conceito exposto acima tem por princípio diferenciar o **nível de musicalidade de cada canal programado**. Há fácil percepção de que canais jornalísticos pouco utilizam de obras lítero-musicais, ao passo que canais de música possuem foco quase exclusivo na difusão de tais obras. Novamente, por oportuno, apresentamos trecho da entrevista realizada com o Gerente Executivo do ECAD: “...Quanto maior a importância da música para o mercado, maior deve o retorno para o autor. Nesse sentido, quanto

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

mais essencial a música para o setor, para o seu desenvolvimento, maior deve ser o valor de restituição e do percentual cobrado pelo ECAD.”

Pelo exposto, entende-se que a essência do formato de cobrança do ECAD deve ser segmentado, baseado principalmente na importância da música para o desenvolvimento do setor. Ou seja, é factível compreender que para o desenvolvimento de um canal de música, a obra musical é essencial. Por outro lado, para o desenvolvimento e operação de um canal jornalístico, a importância é inversamente proporcional.

Dessa forma, diferenciar a cobrança por tipo de programação, com percentuais diferenciados parece representar uma aproximação ao princípio da razoabilidade²⁸. Da mesma forma, a segunda proposta é que o valor, baseado em percentuais distintos seja baseado somente nos custos de programação, conforme será sugerido ainda nesse capítulo, excluindo as despesas operacionais.

²⁸ Segundo Antonio Bandeira de Mello, o princípio da razoabilidade é um norte para o exercício não excessivo da lei e de atos e assim expressa: “*ora, um ato que excede ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável.*” Fonte: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2428

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

II – DA COBRANÇA BASEADA NA MUSICALIDADE DE CADA CANAL E NOS CUSTOS DE EXCLUSIVOS DE PROGRAMAÇÃO

Como já apresentado anteriormente, o Brasil se filia ao sistema francês de direito autoral. No entanto, a sociedade americana ASCAP (Sociedade Americana de Autores, Compositores e Editores – equivalente ao ECAD no Brasil), filiada ao direito anglo-americano de direito autoral encontrou uma forma razoável e clara de cobrança para a execução pública de música para as TV's por assinatura: segmentação por canais e percentual de cobrança incidindo somente sobre o custo de programação.

Os atuais percentuais de cobrança da ASCAP são apresentados na tabela abaixo²⁹:

Gênero	% praticado
Esportes/Jornalismo	0,1375%
Esportes	0,1500%
PPV Filmes/Entretenimento	0,2400%
Filmes/Entretenimento	0,3750%
Music Video	0,8500%

²⁹ Tabela criada a partir de apresentação disponível em http://www.senado.gov.br/sf/comissoes/ce/ap/AP20080520_DIREITOAUTORAL_MarcosAlberto.pdf

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

Audio	1,7500%

Ao analisar a tabela, percebe-se prontamente que o valor é excessivamente menor que o cobrado no mercado brasileiro (2,55% do faturamento bruto das operadoras). Nesse sentido, a primeira sugestão é aproximar os valores cobrados aos descritos na tabela acima.

A segunda linha argumentativa da proposta foca exclusivamente sobre qual base de cálculo deve incidir o percentual cobrado pelo ECAD como contraprestação pela utilização do direito de execução pública das obras musicais (seja qual for o percentual).

Nesse sentido, a sugestão deste estudo é que tal percentual incida exclusivamente nos custos de programação³⁰.

Em entrevista realizada com Iuri Mendonça em julho de 2009, na época Gerente Executivo da Oi TV, o mesmo detalhou que o custo de

³⁰ No mercado de TV por assinatura, as operadoras são as empresas responsáveis pela comercialização do Produto ao Consumidor, ao passo que as Programadoras produzem e comercializam para as operadoras a programação. À título exemplificativo, são Operadoras de TV por assinatura: Oi TV, NET, SKY, etc. A GLOBOSAT, por outro lado, responsável pela criação e programação dos canais SPORTV, GNT, Multishow, entre outros, é a maior Programadora brasileira.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

programação para as operadoras no Brasil, em nenhuma hipótese, ultrapassa 33% (trinta e três por cento) do faturamento bruto das empresas. Esse valor refere-se ao pagamento do licenciamento de programação às empresas chamadas de programadoras de conteúdo. Os demais custos são diversos, mas principalmente são custos com tecnologia – (satélite, cabeamento de fibra ótica, etc.), pagamento de impostos e despesas operacionais das companhias.

Nesse momento, oportuno apresentar as definições de operadoras e programadoras. São operadoras de TV por Assinatura as empresas habilitadas a comercializar este serviço aos consumidores finais. No Brasil, as principais operadoras são as empresas SKY e NET, mas há novos *players*, tais como: Oi TV, Via Embratel e Telefônica TV Digital. Nesse cenário, o pagamento de direito autoral por execução pública de música é realizado pelas operadoras e não pelas programadoras.

Por outro lado, as programadoras são empresas criadoras de conteúdo. No mercado brasileiro, a Globosat é a maior empresa programadora de conteúdo e no mercado internacional há diversas

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

companhias mundialmente conhecidas, tais como: Warner, Sony, Discovery, etc.

Em entrevista realizada com Marcio Fernandes do ECAD, o mesmo informou que a proposta apresentada neste Capítulo já foi apresentada ao ECAD, mas foi declinada porque na visão do ECAD faticamente era inviável. Dessa forma, resta a dúvida: Como garantir que os valores serão pagos corretamente ao ECAD, principalmente considerando que o ECAD não tem acesso aos valores pagos pelas operadoras às programadoras de TV por assinatura?

Para garantir o fortalecimento da proposta/sugestão apresentada neste trabalho, há duas considerações complementares: 1 – Que as operadoras firmem convênio com o ECAD, através de sua Associação, a Associação Brasileira de TV por Assinatura. O convênio deverá, na forma, ser semelhante ao firmado pela ABERT (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão). 2 – Através do Convênio, as operadoras deverão indicar os valores pagos às programadoras, por tipo de canal e os valores lançados devem permanecer disponíveis, durante o prazo do convênio, para análise e auditoria do ECAD.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

A falta de acordo do ECAD com as operadoras de TV's por assinatura, historicamente, ocasiona uma disputa judicial. Sobre esse ponto, é forçoso inferir que nas disputas envolvendo tais instituições, o argumento principal nas demandas são que este órgão, que possui um direito exclusivo que lhe é assegurado em lei se mantém isolado para impor suas regras, sem oportunidade de negociação com qualquer das partes envolvidas.

A falta de clareza nas negociações pode gerar disputas judiciais, muitas vezes longas e custosas. Neste sentido, para ilustrar tais questionamentos, merece análise o acórdão proferido no julgamento da apelação cível nº 2006.001.69991 pela 11ª Câmara Cível do TJ-RJ (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

Neste acórdão, o Tribunal, apesar de reconhecer a legitimidade do ECAD como órgão de cobrança, discordou de seus critérios sugeridos de arrecadação: ***"[...] o referido critério de fixação do preço, em percentual sobre a receita bruta da contratante, extrapolou o direito do ECAD, [...] estando em total infringência aos princípios da isonomia, da boa-fé e***

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

do equilíbrio econômico do contrato [...] o Judiciário declara abusiva tal previsão constante do Estatuto do ECAD."

Tal decisão foi recorrida pelo ECAD e atualmente encontra-se no STJ, através do Recurso Especial nº1019110, mas ainda não foi julgada.

De forma ainda inicial e preliminar, esta proposta de cobrança da ASCAP foi perpassada em recente decisão do TJ/MG em uma ação do ECAD em face da WAY TV Belo Horizonte S/A, atualmente conhecida como "Oi TV Cabo". Tal decisão, apesar de proveniente de uma sentença isolada e ainda não ratificada pelo Tribunal Regional, é importante para analisar a hipótese da cobrança de direito autoral segmentada por canal de programação:

"Resta evidente, todavia, como bem acentuado pela defesa, que, na hipótese em exame, uma TV por assinatura, nem todos os canais trabalham com programação que contenha trilha sonora, como é o caso dos noticiários e programas esportivos. Este fato, por si só, já se faz suficiente para configurar a irregularidade da cobrança efetuada pela autora. Com efeito, é esta cobrança alicerçada em uma tabela unilateral, genérica e aleatória, na qual se atribui às televisões a cabo, a

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

título de pagamento de direitos autorais na forma supra mencionada, o percentual de 2,55% sobre a receita de assinaturas e de inserção de publicidade.(...)

Forçoso, pois, concluir que o autor impõe à ré condições contratuais abusivas e desproporcionais (...). Não cabe ao Judiciário interferir na autonomia do autor para arbitrar parâmetros substitutivos de cobrança. Deve, assim, o julgador se limitar a coibir abusos e arbitrariedades que se fizerem presentes na aplicação da tabela, como ora detectado. O autor, assim, deverá, ele própria, modificar o critério atual atinente à TV por assinatura para que sejam levadas em conta as peculiaridades retro mencionadas (...)”

Pelo exposto, parece razoável inferir que o conceito de pagamento segmentado de direito autoral, em razão da musicalidade existente em cada canal, foi bem compreendido em sua primeira análise judicial.

Ainda sobre o conceito de fiscalização do gestor coletivo, descrita no anteprojeto da nova lei de direitos autorais e conforme também apresentado

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

pelo professor Marcos Bitelli, um agente estatal pode aumentar a transparência da ação, além de cumprir com Tratados Internacionais³¹.

Reforçando a importância desse estudo, a gestão coletiva de direito autoral ganhou, em 16 de julho de 2010, contornos concorrenciais quando a Secretaria de Direito Econômico (SDE)³² do Ministério da Justiça instaurou, Processo Administrativo por formação de cartel contra o ECAD. O referido processo ainda não foi a julgamento.

Como já apresentado, a Lei 9.610/98 - LDA confere ao ECAD o direito - que possui as principais características de monopólio - para arrecadação e distribuição dos valores relativos à execução pública dos direitos autorais.

³¹ Bitelli, Marcos Alberto Sant Anna. Palestra intitulada a “GESTÃO COLETIVA E CRITÉRIOS DE ARRECADAÇÃO: O PONTO DE VISTA DOS USUÁRIOS” proferida no Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura. “A Defesa do Direito Autoral: Gestão Coletiva e Papel do Estado”. Julho de 2008.

³² A SDE é o órgão responsável por instruir a análise concorrencial dos atos de concentração econômica (fusões, aquisições, etc.), bem como investigar infrações à ordem econômica. o Cade é responsável pela decisão final, na esfera administrativa, dos processos iniciados pela SDE ou Seae. Assim, após receber os pareceres da SDE e Seae, que não são vinculativos, o CADE tem a tarefa de julgar tanto os processos administrativos que tratam de condutas anticoncorrenciais quanto as análises de atos de concentração econômica.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

No modelo atual, as associações fixam os valores dos direitos em conjunto,
e não de forma individual.

Na visão da SDE, o que complementa o presente estudo, o modelo de gestão coletiva dos direitos autorais conferiu ao ECAD a Gestão exclusiva da cobrança do Direito de Execução Pública de Música, **mas não sobre a atividade de fixação desses valores.** Ao traçarmos um paralelo com o mercado de TV por Assinatura, o valor de 2,55% poderia ser diferenciado entre as diversas Associações integrantes do ECAD.

Nesse sentido, a opinião de Mariana Tavares, Secretária de Direito Econômico, é que “[d]eve haver livre concorrência na formação desses preços. A sociedade brasileira está pagando muito caro pela execução de músicas e isso prejudica a difusão da cultura”³³.

³³Fonte: http://www.mercadocomum.com/index.php?option=com_flexicontent&view=items&cid=123:padrao&id=538:sde-processa-ecad-pela-definicao-conjunta-dos-valores-de-direitos-autorais.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

O referido Processo Administrativo foi instaurado a partir de denúncia da Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA) contra o ECAD. Segundo a denúncia, a fixação conjunta de tais valores tem como resultado a “cobrança de valores indiscriminados e abusivos, o que deixa os devedores desses direitos, sem opção.”

Nesse sentido, ainda de acordo com a SDE, a atividade de fixação dos valores dos direitos autorais é potencialmente competitiva e a concorrência entre as associações para a definição de preços diferenciados deve ser estimulada.

Por fim, acerca desse tema, o Ministério da Cultura, em 09 de dezembro de 2010, ressaltou que a lei estabelece gestão única e exclusiva do ECAD, mas não determina que os valores cobrados por repertório sejam os mesmos. Ou seja, na hipótese de uma associação desejar cobrar valores

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

diferenciados por seu repertório, essa atividade e iniciativa devem ser estimuladas, pois estaríamos estimulando a competição por preços³⁴.

No mercado de TV por Assinatura, especificamente, os valores cobrados, como já destacados neste Capítulo, são unificados entre as Associações integrantes do ECAD a 2,55% do faturamento das Operadoras de TV por Assinatura.

Em 2009, o setor de TV por Assinatura faturou R\$ 7 bilhões e tomando por base tal valor, a quantia arrecadada pelo ECAD foi de cerca de R\$ 180 milhões somente nesse setor, quase 50% de todo o valor arrecada pelo ECAD no ano.

O objetivo desse estudo e das propostas apresentadas é harmonizar a cobrança dos direitos autorais com os demais direitos e princípios, nesse caso e, em especial, o direito de acesso à cultura e o princípio da razoabilidade.

³⁴Fonte:http://www.mercadocomum.com/index.php?option=com_flexicontent&view=items&cid=123:padrao&id=538:sde-processa-ecad-pela-definicao-conjunta-dos-valores-de-direitos-autorais

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

Através da assinatura de Convênios entre as Partes (ECAD e operadoras de TV por Assinatura), respeitando os princípios já propostos neste capítulo, existe uma real possibilidade de acordo entre as partes, garantindo maior acessibilidade a cultura, segurança jurídica, bem como a garantia da justa restituição aos autores de música por suas criações.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

CONCLUSÕES

A apresentação de música – ao vivo ou através de instrumentos tecnológicos diversos, é uma das formas mais usadas para atrair e manter clientes e consumidores. Se por um lado é inviável pensar em bares noturnos sem música, também é inconcebível operar uma TV por Assinatura sem executar músicas publicamente.

O mercado de TV por Assinatura no Brasil, comercialmente, teve seu início na década de 90. Trata-se de curto período, principalmente considerando que somente a partir de 2004 a TV por Assinatura cresce no Brasil em números relevantes para o setor. Desde 2004, com o crescimento da arrecadação e do faturamento das Operadoras de TV por Assinatura, as pendências e demandas judiciais entre essas empresas e o ECAD se intensificaram.

O ECAD, desde que foi criado há 38 anos, é alvo de polêmicas e de disputas judiciais. No entanto, desde o último mês de julho, após a denúncia ocorrida pelo SDE, tal disputa ganhou contorno e status de debate concorrencial.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

No Brasil, a gestão exclusiva do Direito de Execução Pública tem as principais características de um monopólio, que já foi julgado e autorizado, mas por outro lado não há nada do ponto de vista legal que impeça as associações que integram o ECAD de cobrar valores diferenciados, em nome de uma maior e concorrência e de vinculação ao princípio da razoabilidade na cobrança.

No que se refere ao anteprojeto de reforma da atual Lei de Direitos Autorais, cada vez mais esse debate tem sido polarizado por aqueles que defendem a manutenção do atual “*status quo*” e daqueles que buscam flexibilizar e/ou ponderar as atuais regras do mercado. Uma proposta conciliadora, principalmente no atual momento, deve preservar valores, conceito e fundamentos conquistados pelas partes envolvidas na discussão de alteração da atual LDA.

Para a alteração da atual LDA, a grande questão envolvida, como propôs o Diretor Geral da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), Francis Gurry é “como a sociedade pode tornar obras culturais

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

para o maior público possível, a preços acessíveis e, ao mesmo tempo, assegurar uma existência digna aos autores e intérpretes de músicas”³⁵.

Por todo o exposto, este trabalho visa, principalmente, sugerir uma cobrança segmentada de direito autoral para o mercado de TV por Assinatura, baseado no nível de musicalidade de cada canal. Complementando a proposta, neste trabalho é sugerido que tais valores sejam pagos pelas operadoras de TV’s por assinatura, como de praxe, mas tendo por base, exclusivamente, os valores pagos por estas empresas às programadoras de conteúdo.

Por fim, a solução que buscamos apresentar no presente estudo somente será viável se através de mudança cultural, colaboração institucional e melhores modelos de negócio, que virá de um pacto mútuo com as partes envolvidas, em favor da economia e do acesso democrático à cultura.

³⁵ Fonte: <http://reformadireitoautoral.org.br/lda/?p=509>

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

BIBLIOGRAFIA

- 1) CARBONI, Guilherme. *A Função Social do Direito de Autor*. Juruá Editora. São Paulo - 2006.
- 2) MATTOS, Sergio. *O Contexto midiático*, Instituto Geográfico e Histórico da Bahia, 2009.
- 3) PARANAGUA, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos Autorais*. Editora FGV. Rio de Janeiro, 2009.
- 4) ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª. Ed. Ref. e ampl. Editora Renovar, 2007.
- 5) RIBEIRO, Ana Paula Goulart, Igor Sacramento, Marcos Roxo. *História da Televisão no Brasil*. São Paulo. Editora Contexto, 2010.
- 6) BERNO, Giovanni. *Televisão, Educação e Sociedade. Uma visão Crítica*. Disponível em <http://www.bocc.uff.br/pag/berno-geovani-televisao-sociedade.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2011.
- 7) BITELLI, Marcos Alberto Sant Anna. Palestra intitulada a “GESTÃO COLETIVA E CRITÉRIOS DE ARRECADAÇÃO: O PONTO DE VISTA DOS USUÁRIOS” proferida no Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura. “A Defesa do Direito Autoral: Gestão Coletiva e Papel do Estado”. Julho de 2008.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

- 8) BITELLI, Marcos Alberto Sant Anna. Palestra intitulada a “GESTÃO COLETIVA E CRITÉRIOS DE ARRECADAÇÃO: O PONTO DE VISTA DOS USUÁRIOS” proferida no Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura. “A Defesa do Direito Autoral: Gestão Coletiva e Papel do Estado”. Julho de 2008.
- 9) Revista Home Theater - on line - Disponível em: http://revistahometheater.uol.com.br/hotsites/typaga/?page_id=12, acesso em 19 de fevereiro de 2011.
- 10) SCHIAVONI, Jaqueline Esther. O papel das novas tecnologias na sociedade do conhecimento. Disponível em <http://www.bocc.uff.br/pag/schiavoni-jaqueline-midia-papel-das-novas-tecnologias.pdf>. Acesso em 05 de março de 2011.
- 11) DF Criativa - on line - Disponível em <http://www.dfcriativa.com.br/>. Acesso em 15 de janeiro de 2011.
- 12) Jornal “O globo” - on line - disponível em <http://www.oglobo.com.br> – edição de 08 de março de 2011.
- 13) Jornal “O Globo” - on line - disponível em <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2011/01/26/tv-por-assinatura-teve-crescimento-de-30-7-em-2010-923611597.asp>. Acesso em 25 de fevereiro de 2011.

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação

Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO

Matrícula: 200.821

14) História da TV Paga - on line - Disponível em

<http://www.supercanaltv.xpg.com.br/historia-da-tpaga-eua.htm>.

Fonte: www.cablecenter.org. Acesso em 21 de fevereiro de 2011.

15) ABTA - on line - Disponível em

http://tvporassinatura.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=17&Itemid=34, acesso em 23 de fevereiro de 2011.

16) Senado Federal - on line - disponível em

http://www.senado.gov.br/sf/comissoes/ce/ap/AP20080520_DIREITOAUTORAL_MarcosAlberto.pdf. Acesso em Fevereiro de 2011.

17) T

eletime. Versão Online. Fonte: www.teletime.com.br. Disponível

em <http://www.teletime.com.br/09/03/2011/directv-espera-que-setor-na-america-latina-tenha-60-milhoes-de-assinantes-em-2014/tt/216857/news.aspx>

18) ECAD - <http://www.ecad.org.br>

19) MINISTÉRIO DE CULTURA – <http://www.cultura.gov.br>

20) ABTA - <http://www.abta.com.br>

Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação
Aluno: RENATO CIRNE OLIVEIRA NASCIMENTO
Matrícula: 200.821

LEGISLAÇÃO RELACIONADA

- 1) Lei 9.610/98 – Lei de Direitos Autorais
- 2) Constituição da República Federativa do Brasil – 1988.
- 3) Consulta Pública para a modernização da Lei de Direito Autorais
- 4) Lei 8.977 – Lei da TV a Cabo
- 5) Decreto 2206/1997 – Regulamento do Serviço de TV a Cabo