

Parecer nº 107/86

Aprovado em 20/11/86 – Processo nº 23003.000387/85-32

Interessado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD

Assunto: Consulta sobre obras executadas como fundo musical.

Relator: Conselheiro Marco Venício Mororó de Andrade

Ementa

É de se homologar critérios de distribuição que contemplem as diferentes características de utilização de obras musicais.

A distribuição direta é preferível à indireta, sempre que for possível sua utilização.

I – Relatório

A 15.08.85, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, formulou consulta a este CNDA, a respeito do tratamento que deveria conceder, para fins de distribuição, às obras executadas como abertura, fundo musical ou encerramento de programas, indagando se as mesmas deveriam ser consideradas na amostragem realizada por aquele Escritório (fl. 2).

Através do Parecer nº 49/85 (fl. 13), a CJU deste CNDA manifestou-se com relação à consulta formulada, opinando, inclusive, pela alteração do Parecer nº 28/85, de autoria do então Conselheiro Manuel Joaquim Pereira dos Santos.

Em sua 136ª Reunião Ordinária, de 18.12.85, o Colegiado deste CNDA, apreciando o processo em pauta, aprovou, por unanimidade, o Parecer nº 80, do Conselheiro Pedrylvio F. Guimarães Ferreira (fls. 28, 29 e 30), cuja ementa foi publicada no D.O.U de 09.01.86 (fl. 31). O processo foi arquivado a 21.03.86, por determinação da Diretora Executiva do CNDA (fl. 32).

Por solicitação do Conselheiro Fernando Brant, (fl. 34), o processo foi desarquivado e o Colegiado, na sua 139ª Reunião Ordinária, de 14.05.86, decidiu suspender os efeitos do Parecer nº 80. Ainda por sugestão daquele Conselheiro (fl. 38), foi solicitado, do ECAD, pronunciamento quanto a critérios aplicáveis à distribuição dos direitos das obras executadas como abertura/fundo/encerramento de programas, de forma a contemplar seus titulares, sem, entretanto, distorcer a amostragem do ECAD, supervalorizando tais obras, cuja execução, específica e restrita a cada

emissora, não tem o caráter genérico e abrangente que o das outras obras incluídas na amostragem.

Em cumprimento à diligência, o ECAD remeteu um esboço de regulamentação (fls. 41, 42 e 43), estranhamente firmado pela Chefe dos Serviços de Distribuição, ao invés de sê-lo pelo Secretário-Geral, representante legal do órgão (Art. 26, Resolução CNDA nº 32) ou pelos membros do Conselho de Representantes, na condição de delegados oficiais das entidades de titulares.

Referido esboço de regulamentação foi analisado pela CJU, que, pelo Parecer Técnico nº 124/86 (fls. 45 a 48), houve por bem submetê-lo a consideração superior. Em despacho de 25.09.86, o DD. Vice-Presidente deste CNDA encaminha o processo em pauta à apreciação do Colegiado, determinando sua distribuição a este Conselheiro Relator (fl. 48, verso).

É o Relatório.

II – Análise

Em primeiro lugar, cumpre registrar que entrecruzam-se, neste processo, questões de diversos níveis desde as de caráter particular (como a referente aos direitos gerados pela obra “AT DAWN (AMANHECER)”, de Romeo Nunes), até as de caráter genérico (quais os critérios que o ECAD deve adotar na definição do universo de sua amostragem), as quais são permeadas por questões de caráter doutrinário (como as levantadas no competentíssimo Parecer da Dra. Mirian Rapelo Xavier, com relação a responsabilidade do ECAD quanto a inserção/execução de obras com fins publicitários ou promocionais, face a independência das formas de utilização da obra intelectual, prevista no Art. 35 da Lei de Regência). Impõe-se, daí, que o processo seja analisado em diversos níveis, a fim de que os distintos níveis de grandeza das questões não se confundam, dificultando sua correta abordagem.

Entendemos que a consulta formulada pelo ECAD revela um ponto crucial, sobre o qual deve recair nossa análise: até hoje, há quase dez anos de sua implantação, o ECAD não dispõe de uma regulamentação que defina operacionalmente o que é uma execução musical, para fins de amostragem e distribuição de direitos.

A inexistência desse conceito operacional permitiu o surgimento de dúvidas sobre distribuição, como as suscitadas através do presente processo. Julgamos ser chegada a hora da eliminação de tais dúvidas, através da homologação, por este Conselho, dos critérios operacionais definidores da execução musical, para fins de amostragem e distribuição, finalmente apresentados pelo ECAD.

A consulta que originou o processo em pauta, decorre das contradições que envolvem, teórica e praticamente, as distribuições direta e indireta. Lamentavelmente, as diferenças entre uma e outra ainda não foram corretamente assimiladas por muitos,

razão pela qual exige-se da distribuição **indireta**, por sua própria natureza forfetária e relativa, um grau de exatidão absoluta, exigível apenas da distribuição direta.

Na realidade, a distribuição direta – na qual os direitos das obras intelectuais são pagos na exata proporção da sua utilização por cada usuário – seria o pressuposto ideal para o pagamento de direitos autorais musicais pelo ECAD. Entretanto, como seria possível distribuir-se diretamente os direitos referentes a cem milhões de execuções musicais ao mês (números do ECAD), considerados todos os tipos de usuários, espalhados num país de dimensões continentais, como o Brasil? Mesmo que possível, os custos operacionais seriam tão altos que inviabilizariam a própria distribuição. Assim, a distribuição indireta, baseada na coleta de amostras em um universo delimitado, mas cuja projeção espelha, com aproximação, o quadro de execuções do universo maior, torna-se a alternativa viável. A legitimidade metodológica da distribuição indireta é inquestionável, tanto que a mesma já é prática consolidada nos sistemas autorais mais eficazes do mundo, tais como os de alguns países da Europa e o dos Estados Unidos.

Projeção, portanto, é a palavra-chave do sistema indireto de distribuição. O sistema só é confiável na medida em que cada amostra coletada no universo restrito, possa efetivamente projetar um quantitativo presumido de execuções no universo maior – o que corresponde dizer que cada amostra possui um grau de representatividade que lhe confere um poder **multiplicador**.

No Brasil, segundo o ECAD, este multiplicador fixa-se na proporção de 1/500, ou seja, cada execução captada na amostragem representa, presumivelmente, outras 499 execuções da mesma obra, no País.

Feitas tais conjecturas sobre a legitimidade operacional da distribuição indireta e sua fundamentação básica, cabe abordar a questão das obras musicais executadas como abertura/fundo musical/encerramento de programas. Será que tais obras têm realmente a representatividade multiplicadora, capaz de projetar um grande número de execuções presumidas no universo da distribuição? Ou não serão, tais obras, fenômenos localizados, de caráter limitado e pouca abrangência naquele universo? Será que uma obra executada como prefixo de um programa da Rádio Mundial, do Rio de Janeiro, “p. ex.”, deve ter cada execução multiplicada por 500, como se fosse um fenômeno de caráter nacional? É possível crer que todas as emissoras concorrentes, em todo o País, estarão tocando o prefixo do programa da Rádio Mundial, justificando as 500 execuções projetadas, para cada execução efetivamente realizada? E, no caso do programa ser diário, justifica-se a obra utilizada como prefixo de programa numa única emissora, chegar ao fim do mês com um total de 15.000 execuções (30 execuções/mês X 500), que supera, em muito, a marca dos maiores fenômenos de execução pública?

Desde que constituem fenômenos isolados, que não refletem uma tendência de caráter genérico em termos de execução, não podendo, pois, ser projetadas no univer-

so maior da distribuição, as execuções de obras utilizadas como prefixos, fundo musical, abertura e encerramento de programas **NÃO DEVEM SER CONSIDERADAS** na amostragem, para fins da distribuição indireta – caso contrário distorcerão a amostragem, sendo favorecidas por uma representatividade estatística de que efetivamente não dispõem. É correta, pois, a prática adotada pelo ECAD, desconsiderando tais amostras em seu sistema.

Cabe lembrar que a adoção desta sistemática nada tem a ver com uma possível “desproteção” das obras em questão. Mas não deve confundir-se a proteção legal, que é abrangente, com os **critérios operacionais** que regem, a prática do direito autoral, em qualquer lugar do mundo. Aquela é quase sempre genérica, estes são específicos e limitados por diversas contingências, inclusive financeiras. Por outro lado, também cumpre lembrar que os critérios vigentes na distribuição indireta do ECAD são frutos de usos e costumes consolidados há quase 10 anos, com a concordância de todas as Associações que integram aquele Escritório. A insurgência de alguns titulares contra tais critérios explica-se por quererem, os mesmos, a aplicação de critérios absolutos numa distribuição (indireta) que tem caráter relativo, forfetário – e que é uma regra consensualmente estabelecida e aceita pelo coletivo de titulares e suas Associações.

Com relação às obras com caráter publicitário ou promocional, criadas originalmente com esta finalidade ou não, somos de acordo com que seja mantido o Parecer nº 25/85, aprovado por unanimidade pelo Plenário deste CNDA, pelo que devem, aquelas obras, ser excluídas do sistema de distribuição indireta do ECAD. Embora aceitemos como conceitualmente correto o argumento oferecido pela Dra. Mirian Rapelo Xavier, pelo qual a autorização para inserção ou veiculação para execução pública (da competência do ECAD), lembramos que, na prática, tais conceitos são inseparáveis: ao autorizar a inserção/veiculação de sua obra, para fins publicitários, todo titular está autorizando direta e expressamente a sua execução pública. Pelo menos tem sido esta a regra, da qual não conhecemos exceção, até o presente momento. Por essa razão, e de acordo com os pareceres exarados pelo Conselheiro João Carlos Müller Chaves e pelo ex-Conselheiro Manoel Joaquim Pereira dos Santos, julgamos que as obras com caráter promocional ou publicitário devam ser excluídas do sistema de distribuição indireta do ECAD, uma vez que:

1. os direitos destas obras são objeto da distribuição mais eficiente que existe, ou seja, a “distribuição direta”, desde que são ajustados diretamente entre Titulares e Usuários (geralmente entre Produtoras e Agências de Publicidade), pagos antes da primeira veiculação e autorizados unicamente por prazo determinado (em geral 180 dias). Dispensável, por inferior, qualquer distribuição indireta, por critérios forfetários ou estimativos e, ainda mais, com intermediações;
2. tal como os prefixos e fundos musicais de programas, as obras de caráter publicitário ou promocional, se consideradas, distorcerão a amostragem e a

distribuição, uma vez que a projeção estatística de sua execução será super-valorizada, com prejuízo das demais obras;

3. os horários das inserções publicitárias não pertencem às emissoras, e sim aos anunciantes que os compram; seria injusto (inclusive aos titulares de obras não-publicitárias) subtrair-se da remuneração feita pelas emissoras ao ECAD, os direitos autorais das obras executadas em horário pertencente aos anunciantes.

Julgamos, portanto, que acerta o ECAD quando propõe, tal como já vem fazendo, a exclusão das obras publicitárias, promocionais, ou veiculadas compulsoriamente (programas eleitorais, PROJETO MINERVA, A VOZ DO BRASIL, etc.) de seu sistema de distribuição indireta. As execuções musicais com tais peculiaridades, justamente por terem uma destinação não convencional, fogem da competência do ECAD, cujo mandato, embora tácito, é limitado, pois voltado unicamente para a cobrança e distribuição dos direitos gerados pela utilização normal de obras musicais – como acertadamente notou o Conselheiro Pedrylvio F. Guimarães Ferreira (Parecer nº 80/850), para quem a utilização excepcional da obra musical é motivo de cobrança a ser ajustada entre o titular da obra e o usuário da mesma.

Finalmente, há que considerar a questão das obras equivocadamente rotuladas como execuções de “fundo” em emissões de televisão. Uma vez que a televisão é um veículo de transmissão bidimensional (som e imagem, áudio-visual) não há sentido em falar-se de “fundo”, vez que o som não é simples complemento da imagem, mas sim um dos pólos estruturais da mensagem televisiva. Nesse sentido, julgamos imprescindível que o ECAD altere o tratamento que dedica à televisão em seu sistema de distribuição.

Entendemos que deva ser proposto o sistema da distribuição DIRETA de direitos autorais, para obras veiculadas pela televisão. Se o ECAD processa, mensalmente, a distribuição direta de quase 4.000 shows e espetáculos musicais (dos quais mais de 60% são operacionalmente deficitários para o ECAD), não vemos porque seria inviável a distribuição direta em televisão, principalmente se levar-se em consideração: a) o número de emissoras relativamente baixo (aproximadamente 150); b) a existência de um sistema de planilhas adequado às necessidades do ECAD; c) a contribuição das emissoras para a arrecadação geral do Escritório, que garantiria uma distribuição não-deficitária em termos operacionais.

O ECAD, ao examinar a propositura da implantação da distribuição direta em televisão, examinaria também a possibilidade de remunerar-se as obras de “fundo”, vinhetas, prefixos, temas de abertura e encerramento, com uma remuneração fracionária (50% ou 60%) da destinada às execuções musicais principais da programação, segundo sugestão do Conselheiro João Carlos Müller Chaves.

III – Voto

Face ao exposto, voto no sentido de que este Conselho:

1. homologue os critérios propostos pelo ECAD (fl. 43), para a regulamentação do conceito de “Execução Musical”, para fins de distribuição indireta, à exceção do seu Art. 4º e da exigência de duração mínima de 45 segundos prevista em seu Art. 1º, vez que podem existir – e existem – obras plenamente realizadas com duração inferior aquela, além de que as obras não podem ser desconsideradas em função de critérios quantitativos;
2. solicite, do ECAD, plano para implantação da distribuição direta dos direitos de obras musicais executadas através da televisão, junto com nova proposta de redação do Art. 4º da regulamentação ora em análise, a qual deverá prever quantitativos diferenciados para as execuções musicais “de fundo” e/ou complementares e aquelas de caráter principal na programação levantada;
3. em consonância com o Parecer nº 28/85, aprovado pelo Plenário do CNDA, reitere a exclusão das obras com caráter publicitário e/ou promocional do sistema de distribuição indireta do ECAD, por distorcerem a amostragem e, conseqüentemente, a distribuição, como já demonstrado.

Brasília, outubro de 1986.

Marco Venício Mororó de Andrade
Conselheiro Relator

IV – Decisão do Colegiado

O Colegiado, à unanimidade, acompanhou o voto do Conselheiro Relator.

Brasília, 20 de novembro de 1986.

Hildebrando Pontes Neto
Vice-Presidente

D.O.U 12.12.86 – Seção I, pág. 18711