

	Nota Técnica	Origem: SEF
		N.º: 2-E/2020
		N.º SEI: 1640483
		Processo NUP: 01416.002670/2020-01

1. INTERESSADO:

ANCINE e Agentes de Mercado.

2. ASSUNTO

Estudo Técnico do instituto do “Poder Dirigente”, para avaliação de resultados regulatórios de sua aplicação, bem como da Deliberação ANCINE n° 95, de 2010, com vistas à proposição de melhorias, em resposta à Deliberação de Diretoria Colegiada n.º 187-E, DE 2020 (1614851).

3. REFERÊNCIAS

CRFB/1988

Decreto n° 6.304/2007

Lei n° 8.685/1993

Lei n° 9.610/1998

Lei n° 11.437/2006

Lei n° 12.485/2011

Lei n° 13.848/2019

Lei n° 13.874/2019

MP n° 2228-1/2001

Notícia Regulatória de 23 de outubro de 2017 - Revisão da regulamentação relativa à gestão de direitos de exploração econômica de projetos audiovisuais fomentados com recursos públicos federais e aos critérios para fins de classificação de obras aptas a atender às obrigações de veiculação de conteúdo brasileiro estabelecidos na Lei n°. 12.485, de 12 de setembro de 2011.

4. DOS FATOS

4.1. O instituto do Poder Dirigente está relacionado à regulamentação das relações patrimoniais entre agentes econômicos em função dos direitos decorrentes das obras audiovisuais. Esse instituto é relevante na utilização dos recursos públicos federais vinculados aos mecanismos de incentivo fiscal e, para a qualificação das obras audiovisuais, no que tange ao cumprimento das obrigações de cotas estabelecidas na forma da lei.

4.2. Nesse sentido, parte das origens do conceito do Poder Dirigente está atrelada à Deliberação ANCINE n° 95, de 2010, que regulamenta limites à composição do controle do patrimônio da obra e dos direitos de exploração comercial, limitando a transferência de direitos sobre as obras de produção independente realizadas com o uso de incentivos fiscais federais.

4.3. Posteriormente, buscou-se regulamentar as relações de controle do patrimônio com a criação do conceito do Poder Dirigente, como pode ser observado nas diversas normas (INs 100/2012 e 104/2012) da ANCINE. Neste contexto, o objetivo era tanto a regulamentação para o usufruto dos mecanismos de incentivos federais, quanto à qualificação das obras para fins de cumprimento das obrigações de comunicação pública. Posteriormente, o instituto foi estabelecido como parâmetro para o Fundo Setorial do Audiovisual - FSA, com a edição do Regulamento Geral do Programa de Desenvolvimento do Audiovisual - PRODAV. Um dos objetivos era resguardar patrimônio das obras aos produtores independentes, preservado a estes propriedade de parte dos fluxos de receitas futuros.

4.4. A Proposta de Ação - PA N° 2-E/2020/SFO (1614503) destaca que existiram esforços para disciplinar as condições a partir das quais se dá a negociação e a transferência de direitos de propriedade intelectual sobre as obras, formatos e projetos audiovisuais financiados com recursos públicos federais em Agendas Regulatórias da ANCINE desde 2010.

4.5. Se ao longo dos anos a ANCINE envidou esforços para regular a matéria de controle patrimonial das obras realizadas com recursos públicos, a Lei 12.485, de 2011, veio a agregar a questão da qualificação das obras – no que tange ao controle do patrimônio e dos tipos de obras de espaço qualificado – para fins de cumprimento das obrigações de veiculação de conteúdo brasileiro independente no segmento de mercado de TV Paga (SeaC).

4.6. A Deliberação de Diretoria Colegiada n.º 187-E, DE 2020 (1614851) determinou à Secretaria de Políticas de Financiamento “a realização de análise técnica para avaliação dos resultados regulatórios do instituto do "Poder Dirigente", bem como da Deliberação ANCINE n° 95, de 2010, com vistas à proposição de melhorias, no sentido da promoção da qualidade regulatória e da livre iniciativa, da redução dos custos de transação, inclusive administrativos, assim como da melhoria do desempenho e efetividade da política pública de financiamento da atividade audiovisual”.

4.7. A partir desta solicitação, a Secretaria de Política de Financiamento iniciou os trabalhos com pesquisas sobre o tema, identificando as normas que trazem o conceito de Poder Dirigente, assim como, os estudos preliminares que instruem o Processo n° 01416.019617/2017-36. Observamos neste processo a tentativa de elaboração da Análise de Impacto Regulatório sobre direitos, iniciada em 2017, e cujo término foi determinado pela mencionada Deliberação de Diretoria Colegiada n.º 187-E, DE 2020 (1614851) em função da Proposta de Ação - PA N.º 2-E/2020/SFO (Processo SEI 01416.019617/2017-36 – 1614503).

4.8. Por fim, para balizar o estudo solicitado com uma visão prática da aplicação do “Poder Dirigente”, foram realizadas uma série de entrevistas com servidores da Agência que atuam ou que já atuaram diretamente com o assunto em análise.

4.9. As entrevistas, abordadas especialmente no capítulo 5.2 (Da Análise do Mérito), tiveram como objetivo coletar informações e opiniões que serviram de insumo na formulação desta nota técnica. Antes de materializar o debate, buscaremos revisar de forma sucinta os comandos legais que deram base para formulação do conceito do Instituto do Poder Dirigente e demonstrar a competência da ANCINE para regular a matéria.

5. ANÁLISE

5.1. Da Análise Preliminar

5.1.1. É importante apontar a competência da ANCINE para regular as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional nos termos da Medida Provisória n°. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.

5.1.2. A referida Medida Provisória n°. 2.228-1 de 2001, estabelece que a Agência apresenta as seguintes competências regulatórias e de fomento à produção audiovisual:

“Art. 7º A ANCINE terá as seguintes competências:

V – regular, na forma da lei, as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, resguardando a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação;

(...)

VIII – gerir programas e mecanismos de fomento à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional;

IX – estabelecer critérios para a aplicação de recursos de fomento e financiamento à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional;

(...)

XVIII – regular e fiscalizar o cumprimento dos princípios da comunicação audiovisual de acesso condicionado, das obrigações de programação, empacotamento e publicidade e das restrições ao capital total e votante das produtoras e programadoras fixados pela lei que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado;

5.1.3. As competências da ANCINE estão em consonância com o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, no que concerne às normas estabelecidas sobre a cultura na acepção de *bem* a ser protegido e alcançado. É nesse contexto que a Carta Magna determina:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

5.1.4. A Constituição também estabelece em seu art. 221 acerca da comunicação social, *in verbis*:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

5.1.5. Portanto, de acordo com os referidos dispositivos constitucionais e supralegais, incontestemente a competência da ANCINE para regular as questões atinentes ao audiovisual brasileiro, na forma da lei. Isto posto, passa-se ao estudo dos dispositivos legais que foram a base para a formação do Instituto do Poder Dirigente.

5.1.6. O fomento ao audiovisual brasileiro estabelecido nos mecanismos federais de incentivo fiscal - arts. 1º, 1º-A, 3º, 3º-A da Lei 8.685/93, o inciso X, art. 39, e FUNCINES (art. 41) da MP 2228-1/01, assim como os recursos do FSA, Lei 11.437/06, apresentam em comum a restrição à fruição do benefício para a realização de obras brasileiras de produção independente. O conceito de obra brasileira de produção independente precisa ser analisado com base na articulação de comandos legais previstos em diversas leis.

5.1.7. O conceito de obra brasileira é estabelecido na MP 2228-1/01 e, pode assumir três formas de configuração nos termos do inciso V, art. 1 MP 2228-1/01 (transcrito a seguir). Observamos que a obra brasileira é caracterizada pela sua formação estrutural, ou seja, conforme sua base produtiva. Sendo assim, a obra para ser brasileira deve ser produzida por empresa produtora brasileira, com critérios referente tanto a composição da equipe (técnicos e artistas) como, quanto a composição do direito patrimonial da obra de titularidade de brasileiros. Observe que não existe qualquer comando legal referente ao conteúdo *per se* da obra, no que se refere à sua caracterização enquanto brasileira.

MP 2228-1/01

Art. 1

V - obra cinematográfica brasileira ou obra videofonográfica brasileira: aquela que atende a um dos seguintes requisitos:

a) ser produzida por empresa produtora brasileira, observado o disposto no § 1o, registrada na ANCINE, ser dirigida por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no País há mais de 3 (três) anos, e utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 5 (cinco) anos;

b) ser realizada por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil mantenha acordo de co-produção cinematográfica e em consonância com os mesmos.

c) ser realizada, em regime de co-produção, por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de co-produção, assegurada a titularidade de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) dos direitos patrimoniais da obra à empresa produtora brasileira e utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 3 (três) anos.

5.1.8. No que tange ao conceito de independência, o critério está estabelecido no inciso IV da MP 2228-1/01, que define a *produção independente* com base em dois eixos: (i) postula-se que a empresa produtora seja a detentora majoritária dos direitos patrimoniais sobre a obra, e (ii) que a empresa produtora seja independente das empresas do setor que atuam no segmento de oferta do conteúdo, isto é, a produção independente se caracteriza quando a obra é realizada por empresa produtora brasileira que não tem associação ou vínculo com as empresas operadoras de comunicação eletrônica de massa por assinatura ou empresas de serviços de radiodifusão.

MP 2228-1/01

Art. 1

Inciso IV – obra cinematográfica e videofonográfica de produção independente: aquela cuja empresa produtora, detentora majoritária dos direitos patrimoniais sobre a obra, não tenha qualquer associação ou vínculo, direto ou indireto, com empresas de serviços de radiodifusão de sons e imagens ou operadoras de comunicação eletrônica de massa por assinatura;

5.1.9. Nesse sentido, o legislador qualifica a empresa produtora quando estabelece que, além de sede e administração no Brasil, o controle do capital total e votante, deve ser majoritariamente de titularidade, direta ou indiretamente, de brasileiros.

MP 2228-1/01

Art. 1...

§ 1o Para os fins do inciso V deste artigo, entende-se por empresa brasileira aquela constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, cuja maioria do capital total e votante seja de titularidade direta ou indireta, de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos, os quais devem exercer de fato e de direito o poder decisório da empresa.

5.1.10. Posteriormente, com a edição da Lei 12.485/2011, são introduzidos os conceitos de produtora brasileira e independente, mas não são estabelecidos conceitos que reformulem expressamente o que é uma obra brasileira de produção independente.

Lei 12485/2011

Art. 2º ...

XVIII - Produtora Brasileira: empresa que produza conteúdo audiovisual que atenda as seguintes condições, cumulativamente:

a) ser constituída sob as leis brasileiras;

b) ter sede e administração no País;

c) 70% (setenta por cento) do capital total e votante devem ser de titularidade, direta ou indireta, de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos;

d) a gestão das atividades da empresa e a responsabilidade editorial sobre os conteúdos produzidos devem ser privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos;

XIX - Produtora Brasileira Independente: produtora brasileira que atenda os seguintes requisitos, cumulativamente:

a) não ser controladora, controlada ou coligada a programadoras, empacotadoras, distribuidoras ou concessionárias de serviço de radiodifusão de sons e imagens;

b) não estar vinculada a instrumento que, direta ou indiretamente, confira ou objetive conferir a sócios minoritários, quando estes forem programadoras, empacotadoras, distribuidoras ou concessionárias de serviços de radiodifusão de sons e imagens, direito de veto comercial ou qualquer tipo de interferência comercial sobre os conteúdos produzidos;

c) não manter vínculo de exclusividade que a impeça de produzir ou comercializar para terceiros os conteúdos audiovisuais por ela produzidos;

5.1.11. Cumpre destacar que as obrigações e qualificações do conteúdo (espaço qualificado) previstos na Lei 12.485/11 (em especial, Capítulo V) também estão relacionadas ao conceito de produtoras brasileiras independentes. Tais obrigações e qualificações vieram a contribuir posteriormente para formulação do instituto do Poder Dirigente.

5.1.12. Em conformidade às suas competências legais e ao arcabouço regulatório vigente, a ANCINE estabeleceu a definição de Poder Dirigente, cuja versão atual foi estabelecida com a publicação da Instrução Normativa ANCINE nº 121/2015, harmonizando o conceito que estava disperso nas normas IN 91/2010, IN 100/2012, IN 104/2012, IN 105/2012 e da IN 106/2012, de modo que a definição do Poder Dirigente sobre o patrimônio da obra audiovisual convergissem entre elas.

Instrução Normativa n.º 121, de 22 de junho de 2015

Art. 1º ...

Poder Dirigente sobre o Patrimônio da Obra Audiovisual: poder de controle sobre o patrimônio da obra audiovisual, condição que permite ao detentor ou detentores utilizar, fruir e dispor da obra, bem como explorar diretamente ou outorgar direitos para as diversas modalidades de exploração econômica da obra ou de seus elementos derivados, condicionado a que a outorga, limitada no tempo, não descaracterize a titularidade e a detenção deste poder;”

5.1.13. Depreendemos da análise do conceito que o titular desse *Poder*, além de controlar o patrimônio da obra, detém também os direitos de utilizar, fruir e dispor da obra e, ainda, de determinar sobre a exploração desse patrimônio nas diversas formas, inclusive dos seus elementos derivados. Verifica-se, também, a vedação expressa à alienação total dos direitos de exploração econômica no tempo, visto que poderia ser outorgado apenas por um período determinado, sem que se descaracterize a titularidade do poder ao titular original. Parece que o referido poder dirigente seria uma espécie de direito inalienável, quase como um direito moral, previsto na lei de direito do autor (Lei nº. 9.610/98), ainda que os fundamentos que motivam as normas da ANCINE, não façam remissão expressa a esta Lei.

5.1.14. O Poder Dirigente está previsto também no Regulamento Geral do PRODAV (RG PRODAV), desde sua primeira edição em 2013, delimitando a relação do controle patrimonial das obras investidas pelo Fundo Setorial do Audiovisual (FSA) à luz desse Instituto. O RG PRODAV é resultado de uma combinação dos comandos legais, em especial os previstos no art. 5 da Lei 11.437/06 e no Parágrafo Segundo do art. 47 da MP 2228-101 que define que o Comitê Gestor do Fundo Setorial do Audiovisual e sua secretaria executiva, ANCINE, estabelecerão os critérios e diretrizes gerais para a aplicação e a fiscalização dos recursos do Fundo Setorial do Audiovisual por meio dos Programas Setoriais (I - Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Brasileiro – PRODECINE, II - Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Audiovisual Brasileiro – PRODAV, e III - Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Infraestrutura do Cinema e do Audiovisual - PRÓ-INFRA). Atualmente apenas o PRODAV foi regulamentado, e neste retratamos a seguir os extratos que versam diretamente sobre o Poder Dirigente.

PRODAV – Regulamento Geral

126.2. Excluem-se do âmbito de aplicação deste capítulo, submetendo-se à livre pactuação entre os agentes: a) quaisquer direitos sobre a obra audiovisual 15 (quinze) anos após sua primeira exibição comercial;

SEÇÃO II PODER DIRIGENTE E DIREITOS PATRIMONIAIS

128. PODER DIRIGENTE

128.1. O exercício do poder dirigente por autores brasileiros e produtoras brasileiras independentes é o elemento que define a obra audiovisual como conteúdo brasileiro independente.

128.3. O domínio de direitos patrimoniais majoritários sobre a obra audiovisual pelo condomínio dos produtores brasileiros independentes é característica necessária ao exercício do poder dirigente por esses agentes.

128.4. No âmbito deste Regulamento, presume-se que o poder dirigente sobre a obra audiovisual não é exercido pelos produtores, quando:

- a) sofrem constrangimento financeiro ou faculdade de veto de terceiro sobre aspectos comerciais inerentes aos direitos patrimoniais;
- b) licenciam, gratuitamente ou a preço vil, os direitos de comunicação pública ou exploração comercial, relativos ao segmento de destinação inicial da obra audiovisual; ou
- c) licenciam todos os direitos de comunicação pública e exploração comercial da obra audiovisual, em território brasileiro, para o mesmo grupo econômico, por período superior a sete anos a contar da conclusão da obra, entendida como a data da liberação do Certificado de Produto Brasileiro (CPB).

129. DIVISÃO DOS DIREITOS PATRIMONIAIS

129.1. Os direitos patrimoniais sobre os conteúdos audiovisuais produzidos, comercializados ou distribuídos com investimento do FSA deverão pertencer aos seus autores e/ou a produtoras brasileiras independentes.

129.2. As empresas não classificadas como produtoras brasileiras independentes poderão deter direitos patrimoniais sobre as obras em proporção máxima correspondente à sua participação no valor total do investimento reunido para a produção da obra audiovisual.

129.3. Até a data indicada no item 126.2.a), os direitos patrimoniais sobre a obra audiovisual poderão ser transferidos ou comercializados, desde que:

- a) seja mantida a condição de obra audiovisual brasileira independente; e
- b) a transferência das cotas do produtor responsável seja feita de forma onerosa.

129.4. No caso de investimento do FSA exclusivamente no desenvolvimento de projeto de obra audiovisual, os direitos patrimoniais sobre marca, formato e todos os elementos do projeto desenvolvido deverão pertencer a agentes econômicos brasileiros independentes e/ou seus autores, desde que brasileiros. A obra audiovisual resultante do projeto deverá atender às condições de obra brasileira de produção independente, conforme disposições deste Regulamento Geral.

129.5. Os direitos patrimoniais sobre o desenvolvimento do projeto de obra audiovisual poderão ser transferidos ou comercializados, desde que:

- a) ocorra 5 anos após a conclusão do desenvolvimento; ou
- b) observada a hipótese prevista no item 81.6;

5.1.15. O conceito do Poder Dirigente no RG PRODAV é mais amplo e detalhado do que o texto expresso nas Instruções Normativas da ANCINE já citadas. Essas diferenças, e as possíveis dificuldades que isso gera internamente, e no setor serão discutidas na seção “5.2. Da Análise do Mérito”. Antes de avançarmos nessas análises qualitativas, é importante destacar os motivos e objetivos apurados nas entrevistas e em documentos oficiais internos que, ao longo do tempo, culminaram na introdução do conceito do Poder Dirigente.

5.1.16. A Deliberação ANCINE nº 95, de 2010, foi o primeiro ato normativo da ANCINE a versar sobre a disponibilidade dos direitos patrimoniais e de exploração econômica da obra audiovisual independente realizada com recursos federais de renúncia fiscal. O ato tem como base o Decreto 6.304/2007, que regulamenta a Lei 8.685/1993, o qual estabelece em seu art. 16 que “para fins de fruição dos recursos incentivados pela empresa produtora de obra cinematográfica e videofonográfica de produção independente, a ANCINE poderá estabelecer limitações e critérios à transferência de direitos das obras realizadas com estes recursos”.

5.1.17. Os primeiros objetivos identificados naquela regulação residiram na necessidade de tornar o produtor independente o mandatário e efetivo titular dos direitos sobre obra realizada com recursos públicos, de modo que este mantivesse a capacidade de gerar receitas com suas criações audiovisuais.

5.1.18. Almejava-se, com isso, a promoção da sustentabilidade da produção independente no mercado – ou seja, que a utilização de recursos públicos para a produção fosse sendo reduzida ao longo dos anos. Para tanto, a regulamentação visava gerar equilíbrio nas relações negociais entre produtores independentes e beneficiários diretos dos incentivos fiscais, especialmente quando estes agentes de mercado tinha maior poder de barganha, pois controlavam o elo (*upstream*) da exploração comercial da obra – como nos casos das programadoras e empresas de radiodifusão que fazem uso dos mecanismos de incentivo descritos no inciso X, art. 39 da MP 2228-1/01 e do arts. 3 e 3º-A da Lei 8.685/93.

5.1.19. Neste contexto, a regulamentação visava coibir que os direitos patrimoniais da obra fossem totalmente

alienados em transações posteriores à realização da obra – o que poderia tornar a produtora independente uma espécie de subcontratada. O objetivo, portanto, era de preservar sob a titularidade do produtor independente o controle majoritário das receitas derivadas da exploração das obras incentivadas, evitando que os potenciais rendimentos da obra fossem cedidos integralmente para os grandes *players* do mercado – muitos dos quais estrangeiros.

5.1.20. Em um cenário no qual o Fundo Setorial do Audiovisual (criado em 2006) não contava com recursos significativos e não existiam cotas na TV Paga (criadas em 2011), ao objetivo de maior assimetria negocial das produtoras brasileiras independentes frente às programadoras e emissoras de televisão, adicionava-se o intuito de se promover a maior circulação das obras independentes no mercado audiovisual. O efeito esperado, para além do desenvolvimento desse mercado (nos moldes do *syndication* norte-americano), seria tornar a política pública mais efetiva, na medida em que os produtores independentes pudessem licenciar livremente suas obras para diferentes segmentos de mercado (incluindo re-exibições no mesmo segmento) e, deste modo, fizessem com que mais brasileiros tivessem acesso às obras realizadas com recursos públicos.

5.1.21. Vale citar ainda que, segundo as entrevistas realizadas, as primeiras regras sobre a disponibilidade dos direitos patrimoniais das obras realizadas com recursos incentivados, consubstanciadas na Deliberação ANCINE nº 95, de 2010, emergiram em caráter provisório, num contexto no qual se esperava a posterior regulamentação da extensão e dos limites para a definição da relação de coprodução entre produtoras independentes, por um lado, e distribuidoras, programadoras e empresas de televisão aberta, por outro lado, quando intermediadas por recursos públicos. A extensão do instituto da coprodução, nestes casos, e os direitos que caberiam aos beneficiários diretos da renúncia fiscal, quando estes são grandes *players* brasileiros e estrangeiros atuantes do mercado audiovisual nacional, foram objeto de discussão de vários grupos de trabalho da ANCINE nos últimos anos, parecendo que o estabelecimento de critérios objetivos no âmbito das coproduções nacionais pode ser um caminho para regulamentar as relações produtivas entre os agentes de mercado e o usufruto dos benefícios fiscais de incentivo ao mercado brasileiro.

5.2. Da Análise do Mérito

5.2.1. Como indicado na seção “Da Análise Preliminar”, observamos que a instituição do Poder Dirigente teve como motivo estimular o equilíbrio entre as partes do mercado audiovisual, protegendo o produtor brasileiro independente. Isso ocorre a partir do momento em que as normas reforçam sua posição de titular dos direitos patrimoniais da obra audiovisual, mas restringem a outorga ilimitada desses direitos, criando condicionantes, para que essa posição não seja descaracterizada. Tal regramento é para o produtor independente um limite normativo que deveria permitir melhor negociar sua obra no mercado audiovisual.

5.2.2. As entrevistas com os especialistas e os estudos dos processos na ANCINE permitiram descrever um panorama dos problemas e virtudes do instituto do Poder Dirigente, bem como formular um diagnóstico qualitativo dos resultados que a criação do conceito gerou.

5.2.3. Revisitamos a mencionada Notícia Regulatória de 2017, e reanalisamos o que foi apurado na época no processo de Análise de Impacto Regulatório, que embora não tenha sido finalizada, conseguiu avançar em discussões que serviram de insumo técnico. Nesse sentido, seguiremos com a construção do debate visando ponderar as impressões colhidas nas entrevistas e as análises que foram discutidas enquanto formulamos esta Nota Técnica.

5.2.4. **A indeterminação do conceito:** O conceito de Poder Dirigente é um tipo de norma principiológica, uma cláusula aberta. Das entrevistas com os especialistas, verificou-se que a maioria entende que esse conceito aberto traz certa insegurança jurídica para os agentes envolvidos, pois diante da amplitude de possibilidades, muitas vezes há que se pedir a chancela da ANCINE para verificar o cumprimento da norma em questão. Tal situação abre espaço para a subjetividade nas decisões, tanto na análise de contratos na área técnica quanto nas decisões na Diretoria. O caso a caso, gera, por vezes, um retrabalho por parte dos proponentes e também pela ANCINE, aumentando os custos de transação na gestão dos contratos de direitos sobre a obra. Isso sem considerar o aumento no tempo para aprovação do projeto, em virtude dos aditamentos contratuais realizados para adequação ao preceito, e por conseguinte aumento de custos tanto na produção quanto na administração.

5.2.5. Por outro lado, foi pontuado pelos entrevistados que não seria válido avocar a suposta afronta ao Poder Dirigente para situações que extrapolassem os limites patrimoniais, como na interferência na relação dos critérios artísticos do projeto, por exemplo. Nestes casos, se fosse verificado que um conteúdo não atendesse o que estava estabelecido no projeto, deveria ser criticado como possível descumprimento de objeto.

5.2.6. Os artigos que tratam do Poder Dirigente, apenas apontam que a outorga de direitos não poderá “descaracterizar a titularidade e detenção” desse Poder, não estabelecendo prazos para todos os casos, o que pode gerar certa insegurança jurídica. Essa questão já foi trazida pelos produtores em resposta à Consulta Pública feita pela ANCINE no ano de 2018, por ocasião do estudo da aludida AIR de Direitos.

5.2.7. Por outro lado, observando as manifestações das empresas e associações à época, pode-se inferir que o conceito de Poder Dirigente é motivo de muitas críticas no mercado audiovisual, principalmente pelos titulares dos créditos tributários das leis de incentivo e o canal de comunicação com o público, uma vez que é relevante para estes, a detenção do controle sobre a obra e sua veiculação.

5.2.8. Portanto, o caráter relativamente aberto da norma permitiria que o conceito de poder dirigente pudesse ser explorado de forma subjetiva, conforme interesse da administração, num eventual cenário de direcionamento de políticas públicas e dirigismo do conteúdo.

5.2.9. Paradoxalmente, a possibilidade de permanecer com o instituto como um conceito aberto é vista com bons olhos por parte dos especialistas entrevistados, pois entendem que “fechar” o conceito significa interferir em demasia no mercado e consequentemente afetar sua livre iniciativa. Ressalta-se que há muita especificidade em cada obra para poder incluir todas as possibilidades com parâmetros de tempo e de transações.

5.2.10. Uma melhoria sugerida foi a manutenção do conceito aberto, porém, com os prazos de cessão de direitos de exploração especificados em editais, em suas linhas específicas. Tal alteração manteria o conceito de Poder Dirigente como princípio norteador e alocaria as regras mais específicas em editais, conforme o caso. O problema pode surgir nesses casos quando da combinação de fontes de financiamentos com regras diferentes que poderiam culminar em problemas na harmonização dos contratos.

5.2.11. Outra alternativa para esta questão, conforme observado nas entrevistas, seria a regulamentação das coproduções entre programadoras, radiodifusoras e distribuidoras, por um lado, e as produtoras independentes, por outro lado, com critérios objetivos no que tange aos limites da titularidade do poder do controle patrimonial. Neste contexto, é importante destacar a ponderação de alguns especialistas sobre a necessidade de regulamentação dessas coproduções nacionais (em especial as derivadas dos mecanismos dos Arts. 3 e 3 A da Lei 8685/93, assim como do Inciso X, art. 39 da MP 2228-1/01), afastando a possibilidade de os titulares desses créditos tributários avançarem além dos limites legais, em especial a aquisição de direitos, inclusive patrimoniais, com os recursos públicos que por lei, são restritos a produtoras brasileiras independentes.

5.2.12. Adicionalmente, parece guardar igual pertinência a possibilidade de a ANCINE passar a registrar os contratos de coprodução, observando o inciso XIII do art. 7º da MP 2.228-1/2001. A competência da ANCINE em registrar contratos poderia ser um importante e estratégico instrumento de obter conhecimento sobre as relações econômicas no mercado e melhorias nas atividades de fomento e regulação.

5.2.13. Pelo exposto, pode-se concluir que o comando normativo principiológico e não objetivo, pode dificultar a aplicação harmônica do instituto pelas diferentes áreas competentes, podendo ter sua aplicação extrapolada, e ainda, gerar elevados custos de transação nas relações econômicas.

5.2.14. **Da legalidade da norma:** outro ponto questionável do conceito de Poder Dirigente estabelecido nas instruções normativas da ANCINE é a suposta falta de amparo legal. Colhemos impressões de que o normativo define condições que aparentemente parecem restringir a autonomia de utilizar, fruir e dispor da obra audiovisual.

5.2.15. Para os críticos, o conceito não estaria em consonância com o art. 28 da Lei de Direitos Autorais - LDA (Lei 9.610/98) que estabelece apenas que: “*Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica*”. Portanto, a LDA não estabelece qualquer limite temporal ou condição para essa utilização. Nessa linha, existe também o limite legal previsto no art. 6º da LDA, que postula que “não serão de domínio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por eles simplesmente subvencionadas”.

5.2.16. Ademais, o direito de uso da obra pelo autor é direito constitucionalmente garantido, conforme previsão do art. 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

5.2.17. Entretanto, o contra-argumento seria que tal garantia não é maculada pelo Poder Dirigente, que apenas estabelece condições abertas para utilização dos direitos patrimoniais, nos casos em que se utilizaram de recursos públicos – a exemplo do que dispõe o art. 16 do Decreto 6.304/2007, que regulamenta a Lei 8.685/1993 – ou nos casos em que se pretende obter a classificação como obra brasileira independente.

5.2.18. Portanto, a mencionada crítica não parece apropriada, pois o conceito não altera o disposto no art. 28 da LDA, ao revés, apenas o regulamenta. Em nenhum momento se retira do produtor audiovisual a propriedade dos direitos patrimoniais de sua obra, apenas impõem-se limites para que, em querendo se beneficiar do incentivo público, ele negocie posteriormente a obra incentivada dentro de certos parâmetros, ou ainda, nos casos em que não se utilizou de recursos públicos mas pretende ter a obra classificada como brasileira independente.

5.2.19. Nos casos em que não se tratar de obra incentivada, o conceito do Poder Dirigente também auxilia o

produtor a continuar de fato com seu poder sobre a obra, e não apenas para obter a classificação como independente com o intuito de cumprir as cotas previstas na Lei 12.485/2011.

5.2.20. Na prática, buscava-se evitar que a captação de recursos públicos fosse parte de um processo de subcontratação de produtoras independentes, que atuariam como prestadoras de serviços de empresas maiores que não possuem os requisitos para participar dos mecanismos de incentivo ou que não poderiam sozinhas obter a classificação da obra como brasileira independente, a fim do cumprimento das obrigações de veiculação e exibição de conteúdo audiovisual previstas na legislação vigente.

5.2.21. **O conceito da livre iniciativa:** convém trazer outro problema: as condicionantes inerentes ao conceito de Poder Dirigente poderiam ser interpretadas como desrespeito ao princípio da livre iniciativa, bem como da autonomia das partes contratantes. O princípio da livre iniciativa é trazido no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal. É considerado um princípio fundamental, lado a lado com os valores sociais do trabalho. Por este princípio é atribuída à iniciativa privada o papel primordial na produção ou circulação de bens ou serviços, constituindo a base na qual se constrói a ordem econômica. Em suma, é a defesa da liberdade do indivíduo em suas iniciativas econômicas.

5.2.22. Além disso, ressalte-se que a perspectiva da ANCINE deve ser orientada em particular pelas diretrizes relativas aos princípios da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado estabelecidos no art. 3º da Lei 12.485/11, que também enaltecem a livre iniciativa:

“Art. 3º A comunicação audiovisual de acesso condicionado, em todas as suas atividades, será guiada pelos seguintes princípios:

I – liberdade de expressão e de acesso à informação;

III – promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira;

IV – estímulo à produção independente e regional;

(...)

VI – liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública e defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio nas atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado.

Parágrafo único. Adicionam-se aos princípios previstos nos incisos deste artigo aqueles estabelecidos na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, aprovada pelo Decreto Legislativo no 485, de 20 de dezembro de 2006”.

5.2.23. É importante destacar a edição da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 2019) que trouxe novas diretrizes nesse campo, criando garantias ao livre mercado e atribuindo à Administração Pública o dever de evitar o abuso de poder regulatório sobre o exercício de atividades econômicas.

5.2.24. Além disso, não se pode deixar de contextualizar o momento atual em que esta análise é feita (maio de 2020), quando uma pandemia em curso vem afetando as relações negociais em todo o mundo. A situação da indústria do audiovisual é ainda mais delicada considerando o fechamento dos locais de exibição por tempo indeterminado, sem perspectivas de que na sua reabertura haverá uma retomada aos níveis anteriores.

5.2.25. As produções nacionais também foram abaladas, ainda que de forma diferente e, nesse aspecto, é interessante refletir se em virtude dessa situação externa sem precedentes, novos caminhos serão adotados para fomentar o mercado audiovisual nacional. Há dúvidas se a manutenção de estratégias já em vigor seria suficiente para atacar os problemas que o setor enfrentará no futuro, incluindo aí conceitos já criticados pelo mercado, como o do “Poder Dirigente”.

5.2.26. **A questão do Poder Dirigente na classificação da obra quanto à independência:** passa-se, então, a outro ponto questionável de aplicação do Poder Dirigente, apontado por algum dos especialistas entrevistado que é a observância do Poder Dirigente na classificação da obra audiovisual.

5.2.27. Inicialmente, é válido tecer alguns comentários sobre o procedimento da classificação da obra quando da emissão do CPB - Certificado de Produto Brasileiro, na Superintendência de Registro – SRE. Para obter essa classificação, vários critérios têm que ser atendidos, não apenas a observância do Poder Dirigente pela produtora independente.

5.2.28. Cabe ressaltar que a SRE tem como atribuições, dentre outras, classificar as obras audiovisuais, para fins de cumprimento das obrigações de veiculação e exibição de conteúdo audiovisual previstas na legislação vigente, bem como para efeito de pagamento da CONDECINE; emitir o CPB; e classificar os agentes econômicos e seus atributos, inclusive para fins de utilização de recursos públicos federais.

5.2.29. A classificação da obra para fins de emissão de CPB perpassa todas essas atribuições, uma vez que se

inicia com o enquadramento da empresa produtora como Agente Econômico Independente e termina com a avaliação da partilha de direitos patrimoniais e dos contratos que disciplinem a utilização da obra para determinar tanto a nacionalidade como a independência da obra.

5.2.30. Para a classificação da produtora como Agente Econômico Independente há que se observar as condições estabelecidas no artigo 8º-A, §3º, da Instrução Normativa nº 91/2010. Nesse momento é verificado se a produtora é controladora, controlada ou coligada a programadoras, empacotadoras, distribuidoras ou concessionárias de serviço de radiodifusão de sons e imagens; se não está vinculada a instrumento que, direta ou indiretamente, confira ou objetive conferir a sócios minoritários, quando estes forem programadoras, empacotadoras, distribuidoras ou concessionárias de serviços de radiodifusão de sons e imagens, direito de veto comercial ou qualquer tipo de interferência comercial sobre os conteúdos produzidos e se não mantém vínculo de exclusividade que a impeça de produzir ou comercializar para terceiros os conteúdos audiovisuais por ela produzidos.

5.2.31. Após a etapa de classificação da empresa produtora, passa-se à classificação da obra para fins de emissão do CPB, na CRO/SRE, na qual será tratada especificamente a questão do Poder Dirigente. A primeira fase da análise do registro da obra trata de definir a nacionalidade do conteúdo produzido, sendo observado nesse momento se o “Poder Dirigente sobre o Patrimônio da Obra Audiovisual” é detido pela parte brasileira nos percentuais exigidos nas alíneas “a”, “b” ou “c” do inciso XVII, artigo 1º, da IN 104/12.

5.2.32. Neste ponto, a maior questão recai no esvaziamento do direito patrimonial com a cessão dos direitos de receita, sendo comum verificar o descasamento entre os percentuais de direito patrimonial e o direito de receita detidos pela produtora brasileira. Fatos que têm que ser observados pelo analista, que impactarão no deferimento do CPB da obra.

5.2.33. A definição de Direito sobre Renda Patrimonial como uma espécie de direito patrimonial que permitiria a seu detentor auferir “sem transferência de domínio” gera o descasamento acima mencionado, já que a transferência de forma parcial ou total, das receitas derivadas da exploração econômica da obra, além do percentual detido de direitos patrimoniais, seria permitida pela norma, sem ferir o atual conceito de Poder Dirigente.

5.2.34. Outra controvérsia enfrentada pela CRO/SRE no que se refere à detenção de direitos patrimoniais é o conceito de produtor estabelecido pela IN 104/12 que exige a detenção de direitos patrimoniais para que o agente seja considerado produtor da obra.

5.2.35. Observamos de outros estudo, relatos de duas formas de prestação de serviços: a) aquela em que o idealizador contrata terceiro para realizar sua obra, não sendo considerado como produtor o agente econômico cuja relação com a obra audiovisual seja exclusivamente a prestação de serviços de organização da produção da obra audiovisual, sem deter o poder dirigente sobre o seu patrimônio; e b) aquela em que o idealizador toma a iniciativa da obra e ao buscar investimentos para sua realização dispõe dos direitos patrimoniais para o terceiro investidor. Nessa segunda situação, alega-se que o conceito de produtor é afastado, pois se considera como responsável econômico pela primeira fixação da obra audiovisual o agente econômico que detém poder dirigente sobre o patrimônio da obra ao final de sua produção. Neste contexto, é importante destacar que as conjecturas aí descritas não parecem observar os comandos da própria Lei do Direto Autoral, apontado a necessidade de harmonização entre as regulamentações de competência da ANCINE referente a sua área de atuação.

5.2.36. Após a análise da nacionalidade do conteúdo, passa-se a enfrentar as questões relativas à sua independência. Nessa etapa verificam-se os prazos das licenças de direitos de exploração comercial e de receita da obra, a marca e demais elementos pré-existentes, tais como formatos, personagens e enredo, e a produção de novas temporadas com alteração de produtoras e manutenção do mesmo coprodutor radiodifusor ou programador.

5.2.37. Com relação à temporalidade das licenças de direitos de exploração comercial e de receita da obra, cabe registrar que só há critérios temporais estabelecidos pela Diretoria Colegiada nas obras destinadas à TV Aberta e TV Paga, nos termos da Deliberação ANCINE nº 95, de 2010, e nas obras financiadas pelo Fundo Setorial do Audiovisual, nos termos do Regulamento Geral do PRODAV.

5.2.38. Para as demais obras fomentadas e a totalidade das obras não fomentadas, não há regra estabelecida pela ANCINE quanto ao prazo máximo das licenças de direitos de exploração comercial e de receita da obra que deve ser observada pelo analista na avaliação de independência da obra, utilizando-se a SRE, para as obras não fomentadas, dos prazos estabelecidos no Memorando nº 08/2013/SRE/ANCINE, a fim de parametrizar o posicionamento de seus analistas. Esse ponto foi bastante criticado nas entrevistas realizadas, pois não há respaldo normativo firme que fundamente a análise no dia a dia.

5.2.39. No tocante aos elementos derivados ou preexistentes da obra, tem que se observar o art. 5º e o § 3º, do art. 13, da Instrução Normativa Nº 104/2012. Destaque-se que dos elementos pré-existentes, o título de uma obra audiovisual

é, muitas vezes, uma criação protegida através do registro prévio como marca no INPI. Caso tal registro seja feito por parte de uma programadora ou de uma concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens o CPB da obra é liberado sem a independência, por ferir o poder dirigente da produtora. A classificação somente é alterada quando da apresentação da desistência de pedido de registro de marca no INPI, ou a Anotação de Transferência de Titularidade Decorrente de Cessão, ressaltando que a decisão final do INPI será soberana para definição da classificação da obra.

5.2.40. Ao longo do tempo, verificou-se que em alguns casos são encaminhados contratos que afastam o caráter de independência das obras. Criam-se situações em que a obra inicialmente era classificada como independente (quando da emissão do CPB) e posteriormente deixar de ser, em virtude de alterações contratuais que dizem respeito aos direitos patrimoniais da obra que possam ferir o Poder Dirigente da produtora.

5.2.41. Há problema quando verificado que o Poder Dirigente não está mais sob titularidade do produtor, pois as sanções usualmente aplicáveis são a anulação do CPB anteriormente emitido, com efeitos retroativos e, no caso de obra incentivada, o requerimento da devolução de todos os recursos incentivados investidos na obra, gerando insegurança jurídica. Caso as obras sejam desclassificadas como independentes, não estarão mais aptas a cumprir as cotas de programação exigidas pela Lei 12.485/2011, regulamentada pela IN 100/2012, além disso, qualquer cota eventualmente já cumprida deveria ser desconsiderada.

5.2.42. Além disso, a partir da edição Lei 12.485/2011, muitas obras que antes seriam realizadas como produção própria dos canais de TV aberta e Paga passaram a ser realizadas em regime de coprodução, por produtoras independentes e antigas prestadoras de serviço, que passaram a dispor da titularidade de 51% dos direitos. Tal situação provocou o panorama no qual uma produção própria de canal tornou-se coprodução independente para, posteriormente, ser fomentada nas linhas do FSA.

5.2.43. Uma sugestão de melhoria da aplicação do conceito de Poder Dirigente no âmbito de classificação das obras audiovisuais seria a de que os requisitos já existentes fossem averiguados apenas no momento de emissão do CPB – momento no qual a obra já teria sido realizada e o mercado audiovisual brasileiro já teria sido fomentado, não sendo mais necessário haver limitações posteriores que viessem a obrigar a produtora a resguardar o caráter de obra brasileira de produção independente. Se por um lado, existem economias nas atividades de análise apenas no final do processo, poderiam ocorrer casos de necessidade de devolução integral de recursos públicos caso a obra resultante não atendesse aos comandos normativos da ANCINE.

5.2.44. Por fim, vistas as regras para emissão do CPB de obra brasileira independente e a interferência que a análise do “Poder Dirigente” pode causar, cabe salientar que alguns entrevistados expressaram o sentimento de que muitos produtores apenas cumprem tais normas no papel. Tal conjectura é de que os contratos demoram a ser ajustados, as alterações são feitas, mas “na prática” poderiam não estar sendo cumpridas.

5.2.45. Alguns especialistas foram além, mencionando que não enxergaram tantos benefícios para os produtores independentes, pois a motivação da norma, como já explicitado, seria de que o produtor independente viesse a dispor da obra, de modo a poder explorá-la, aumentar sua circulação - mas relataram que não viram isso acontecer na prática. Segundo alguns relatos, hoje não se verifica um mercado secundário robusto para a obra, portanto, alguns servidores entrevistados concluíram que não houve efetividade da política pública no sentido de possibilitar o aumento da exploração econômica da obra.

5.2.46. Por outro lado, foi apontado, também, que a norma de limitação da cessão dos direitos patrimoniais ou dos direitos de exploração econômica da obra, consubstanciada no instituto do Poder Dirigente, não poderia, por si só, atingir os objetivos propostos de maior poder negocial para os produtores independentes e maior circulação da obra no mercado. A maior dinâmica concorrencial do mercado audiovisual brasileiro, assim como a maior demanda por comunicação pública de obras nacionais (seja por decorrência de maior concorrência ou pela instituição de cotas) desempenhariam também funções importantes para a consecução dos referidos objetivos.

5.2.47. Adicionalmente, foi relatado que a averiguação do resultado da aplicação do Poder Dirigente dentro da ANCINE necessitaria de um melhor acompanhamento de resultados relativos ao público, audiência e retorno financeiro, para verificar se tal política surtiu efeito no mercado em relação à circulação da obra.

5.2.48. Neste sentido, a análise das receitas da obra nos outros segmentos seria uma alternativa para que a agência pudesse ter indicativos. A averiguação dos licenciamentos através das emissões dos CRTs (Certificado de Registro de Título) ou mesmo a verificação da circulação e exclusividade das obras, também seriam maneiras de se verificar a performance das obras no mercado.

5.2.49. Pelo exposto, os objetivos originais que motivaram o surgimento do instituto do Poder Dirigente não puderam ser verificados quantitativamente como retorno da obra (RLPs e participação do FSA) e circulação em diversos canais (CPBs x CRTs). Mas a percepção geral foi que parte dos estímulos a aumento da capacidade de geração de renda

ao produtor independente não obteve o êxito esperado.

5.2.50. **Da aplicação do conceito do Poder Dirigente em diferentes áreas da ANCINE:** o conceito de Poder Dirigente está presente, explícita ou implicitamente, em várias instruções normativas da ANCINE e alguma das vezes a aplicação do termo ganha parâmetros diferenciados. O tema é abordado nas seguintes normas da ANCINE:

Deliberação ANCINE nº 95, de 2010

A Deliberação ANCINE nº 95 de 2010 é aplicável aos projetos de produção de obra audiovisual financiadas pelos mecanismos de incentivo dos Art. 3º-A da Lei 8.685/93 e do Art. 39, X da MP 2.2228-1/01, para os segmentos TV Aberta e TV Paga. Esse normativo traz prazos específicos para negociações dos direitos de comunicação pública e exploração comercial da obra incentivada e é aplicado prioritariamente nas áreas que tratam do fomento indireto.

Art. 2º Ficam limitados a 5 (cinco) anos, a contar da data de emissão do Certificado de Produto Brasileiro da obra audiovisual realizada: (Alterado pela Deliberação nº 103, de 20 de junho de 2011)

I. os direitos de comunicação pública da obra, cedidos pela empresa produtora à empresa emissora/programadora beneficiária da isenção tributária, para exibição em seus próprios canais de programação em todos os territórios;

II. os direitos de exploração comercial da obra, cedidos pela empresa produtora à empresa emissora/programadora beneficiária da isenção tributária.

§ 1º. Os direitos de comunicação pública ou de exploração comercial previstos nos incisos I e II do caput poderão ser estendidos em períodos de até 1 (um) ano quando houver investimento, por parte da empresa emissora/programadora, em nova temporada da obra audiovisual seriada ou de uma obra audiovisual derivada.

§ 2º. A extensão dos direitos de comunicação pública ou de exploração comercial fica limitada aos territórios e segmentos de mercado contratados pela empresa emissora/programadora no contrato original.

Art. 3º. Os direitos patrimoniais relativos a elementos derivados da obra audiovisual, incluindo marcas, personagens, enredo, trilha sonora, entre outros, e as receitas decorrentes da exploração comercial dos mesmos, devem conferir à empresa produtora proponente, no mínimo, o percentual correspondente a partição de direitos patrimoniais sobre a obra.

Art. 4º. Os direitos dirigentes sobre o patrimônio da obra audiovisual e seus elementos derivados, incluindo aí o direito de decisão sobre realização de novas temporadas da obra seriada ou nova produção da obra, devem ser preservados em poder da empresa produtora proponente.

Parágrafo único. É resguardado o direito à empresa emissora/programadora de, enquanto perdurar o direito contratual de exploração comercial e de comunicação pública, exercer o direito de primeira escolha e última recusa.

Art. 5º. Quaisquer contratos firmados entre uma emissora/programadora beneficiária da isenção tributária e uma empresa produtora proponente para a realização de obra audiovisual que utilize recursos incentivados deverão observar a repartição de direitos patrimoniais, inclusive os relativos a direitos sobre renda patrimonial e exploração comercial, conforme os termos previstos nesta Deliberação e demais legislação e normas vigentes.

Art. 6º. A empresa produtora proponente e a empresa emissora/programadora beneficiária da isenção tributária deverão enviar à ANCINE quaisquer contratos que versem sobre a repartição de direitos patrimoniais, inclusive os relativos a direitos sobre renda patrimonial e exploração comercial de qualquer obra audiovisual realizada com recursos incentivados.

Art. 7º Para obras audiovisuais destinadas inicialmente ao mercado televisivo, realizadas com recursos incentivados oriundos do mecanismo disposto no artigo 1º-A da Lei nº 8.685/93, enquanto único mecanismo de renúncia fiscal federal, não haverá transferência de direitos patrimoniais da produtora proponente à emissora/programadora que licencie a primeira exibição da obra e/ou firme contrato de distribuição.

IN 100 (TV Paga)

Esta Instrução Normativa dispõe sobre a regulação das atividades de programação e empacotamento, previstas na Lei nº 12.485/2011. Trata em seus artigos, dentre outras questões relativas ao empacotamento, da definição de Poder Dirigente e dos requisitos para o conteúdo audiovisual brasileiro constituir espaço qualificado, mencionando explicitamente nesse ponto a necessidade de se observar Poder Dirigente, com o domínio dos direitos patrimoniais majoritários.

Art. 10. Compreende-se por conteúdo audiovisual brasileiro que constitui espaço qualificado produzido por produtora brasileira independente aquele que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

(...)

II - seja produzido por empresa produtora brasileira independente, nos termos do inciso LII do art. 7º desta IN.

§ 1º. Para fins do disposto no inciso II deste artigo, o poder dirigente e o domínio dos direitos patrimoniais majoritários sobre a obra audiovisual deverão ser detidos por uma ou mais produtoras brasileiras independentes. (Alterado pelo art. 2º da Instrução Normativa nº 121)

(...)

§4º Para os fins do disposto no caput, a pessoa natural brasileira nata ou naturalizada há mais de 10 (dez) anos será

equiparado à empresa produtora brasileira independente desde que não mantenha vínculo de exclusividade que o impeça de produzir ou comercializar para terceiros os conteúdos por ela produzidos

§ 5º Para fins de cumprimento do inciso II deste artigo, em caso de obra realizada em regime de coprodução internacional, nos termos das alíneas "b" e "c" do inciso V do art. 1º da Medida Provisória n.º 2.228-1/01, o poder dirigente e o domínio dos direitos patrimoniais majoritários poderão ser detidos por empresas produtoras independentes, de qualquer nacionalidade, respeitados os limites mínimos de participação do produtor brasileiro independente estabelecidos nos acordos internacionais ou na alínea "c". (Incluído pela Instrução Normativa n.º 121, de 22 de junho de 2015)

§ 6º Ainda para fins de atendimento ao disposto no inciso II do caput, é vedado a radiodifusoras, programadoras e empacotadoras, individualmente ou em conjunto, o domínio dos direitos patrimoniais majoritários sobre os elementos derivados e de criações intelectuais pré-existentes inseridas na obra. (Incluído pela Instrução Normativa n.º 121, de 22 de junho de 2015)

IN 104 (CPB)

Dispõe sobre o Registro de Obra Audiovisual Não Publicitária Brasileira, a emissão de Certificado de Produto Brasileiro e dá outras providências. Aplicável prioritariamente na CRO – SRE. Replica a definição de Poder Dirigente exposta na IN 100.

Art. 1º, XXXII (definição de obra audiovisual brasileira)

§4º Nos casos especificados nas alíneas "b" e "c" do inciso XXXII será considerado o somatório dos direitos patrimoniais sobre a obra detidos pelos produtores brasileiros. (...)

§6º Para os fins do inciso XXXII não será considerado como produtor o agente econômico cuja relação com a obra audiovisual seja exclusivamente a sua contratação para prestação de serviços de organização da produção da obra audiovisual, sem deter, parcial ou integralmente, poder dirigente sobre o seu patrimônio.

Art. 13. § 1º. (vide IN 100, Artº 10, §1º)

IN 106 (coprodução internacional)

Dispõe sobre o reconhecimento do regime de coprodução internacional de obras audiovisuais não publicitárias brasileiras para fins de posterior emissão de Certificado de Produto Brasileiro – CPB; disciplina o regime de coprodução internacional no tocante à utilização de recursos públicos federais em projetos de produção de obra audiovisual brasileira não publicitária; e dá outras providências.

Art. 1º, VII. (definição de obra audiovisual brasileira realizada em regime de coprodução internacional)

§ 3º O disposto nesta Instrução Normativa não se aplica as coproduções realizadas com agentes econômicos estrangeiros cuja participação na obra audiovisual brasileira ocorra somente por meio de investimentos decorrentes dos mecanismos de incentivos fiscais previstos nos arts. 3º e 3º-A da Lei n.º 8.685/93 e no art. 39, X, da Medida Provisória n.º 2.228-1/2001.

Art. 9º Quaisquer alterações no projeto, nos contratos e termos aditivos que disponham sobre as participações dos coprodutores nos direitos patrimoniais relativos à obra, realizadas após a emissão do reconhecimento provisório de coprodução internacional, incluindo contratos com agentes econômicos cuja participação na obra ocorra por meio de investimentos decorrentes dos mecanismos de incentivos fiscais previstos nos arts. 3º e 3º-A da Lei n.º 8.685/93 e no art. 39, X, da Medida Provisória n.º 2.228-1/2001, deverão ser comunicadas à ANCINE em até 10 (dez) dias da ocorrência, as quais serão analisadas de acordo com os critérios estabelecidos no art. 6º desta Instrução Normativa e autorizadas em até 30 (trinta) dias do recebimento.

IN 125 (Acompanhamento de Projetos)

Esta Instrução Normativa regulamenta a elaboração, apresentação, análise, aprovação e acompanhamento da execução de projetos audiovisuais de competência da ANCINE realizados por meio de ações de fomento indireto e de fomento direto. Traz questões genéricas sobre a necessidade de manutenção do caráter independente da obra audiovisual fomentada.

Art. 10 (...)

g) contrato(s) de investimento por meio dos art. 3º e 3º-A da Lei n.º 8.685/93, os quais não poderão prever participação patrimonial do investidor no roteiro resultante do projeto, sendo admitida somente a previsão de primeira opção, para o investidor beneficiário de incentivo fiscal, de coproduzir a obra audiovisual;

idem ao Art. 39 (...)

§ 4º. Os contratos mencionados no inciso X do caput não poderão prever participação patrimonial do investidor por meio do art. 3º ou 3º-A da Lei n.º 8.685/93 no roteiro resultante do projeto, sendo admitida somente a previsão de primeira opção, para o investidor beneficiário de incentivo fiscal, de coproduzir a obra audiovisual.

Art. 76. Os contratos celebrados entre as proponentes e os coexecutores apenas para execução de despesas não serão aceitos como contratos de coprodução da obra, não gerando, portanto, transferência de direitos patrimoniais previamente

existentes, o que deverá ser regulamentado por contrato específico.

Art. 128. A ANCINE autorizará a transferência dos recursos depositados em conta de recolhimento para a conta de captação vinculada ao projeto aprovado, quando da apresentação da seguinte documentação:

Art. 137. A proponente deverá resguardar o caráter de obra brasileira de produção independente, condição essencial ao recebimento de recursos públicos federais, nos produtos resultantes dos projetos audiovisuais aprovados na ANCINE.

Art. 138. A proponente deverá enviar à ANCINE quaisquer contratos que versem sobre a repartição de direitos patrimoniais, inclusive os relativos a direitos sobre renda patrimonial e exploração comercial de qualquer obra audiovisual realizada com recursos de fomento indireto, seu formato e elementos derivados.

Art. 139. Serão aferidas pela ANCINE desde a aprovação até a prestação de contas, durante todo o acompanhamento do projeto, as condições de realização de obras brasileiras de produção independente.

PRODAV – Regulamento Geral

Este Regulamento, parte já transcrito no item 5.1.18 acima, estabelece diretrizes e condições para a aplicação dos recursos do Fundo Setorial do Audiovisual nas ações do Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Indústria Audiovisual – PRODAV. A Coordenação de Análise de Direitos aplica o Capítulo VI – Direitos sobre Conteúdos Audiovisuais, sendo a aprovação da análise requisito para a contratação com o FSA.

5.2.51. Além desses diferentes normativos, há diversos momentos e locais de análise de direitos dentro da própria Agência. Verifica-se que na CDI-SFO observam-se majoritariamente os normativos da Deliberação ANCINE nº 95, de 2010, e as INs 100 e 125; já na CGN-SDE são utilizados prioritariamente o Regulamento Geral do PRODAV e Despachos Decisórios da SDE; e na CRO-SRE observam as INs 100, 104 e o mencionado Memorando nº 8.

5.2.52. Pode-se constatar que vistos em conjunto, os aludidos regramentos, no entanto, são esparsos, fragmentados, carecem de organicidade e contém lacunas regulatórias. Portanto, ter diversas áreas fazendo análises, em especial no fomento (SDE e SFO) geram custos de transação elevados relativos aos trâmites de contratos e termos aditivos.

5.2.53. **Da análise dos contratos em diferentes áreas da ANCINE:** as competências detalhadas das unidades organizacionais da ANCINE podem ser encontradas no Regimento Interno aprovado pela Resolução de Diretoria Colegiada nº 59, de 2 de abril de 2014 e na sua Norma Complementar, revisada e aprovada em sua última atualização, através Resolução de Diretoria Colegiada nº 94, de 19 de fevereiro de 2020.

5.2.54. Pelas normas desses regramentos a ANCINE terá a seguinte estrutura organizacional, disposta no art. 4º de seu Regimento Interno:

Resolução de Diretoria Colegiada nº 59, de 2 de abril de 2014

I. Diretoria:

a) Gabinete do Diretor-Presidente – GDP;

b) Diretorias – DIR;

c) Secretaria da Diretoria Colegiada – SDC.

II. Secretaria Executiva – SEC

III. Secretaria de Políticas de Financiamento – SEF

IV. Secretaria de Gestão Interna – SGI

V. Procuradoria Federal – PFE;

VI. Auditoria Interna – AUD;

VII. Ouvidoria-Geral – OUV;

VIII. Assessorias:

a) Assessoria de Comunicação – ACO;

b) Assessoria Internacional – AIN;

c) Assessoria Parlamentar – APA.

IX. Superintendências:

a) Superintendência de Registro – SRE;

b) Superintendência de Análise de Mercado – SAM

c) Superintendência de Fiscalização – SFI;

d) Superintendência de Fomento – SFO; e

e) Superintendência de Desenvolvimento Econômico – SDE.

d) *Superintendência de Fomento - SFO; (Redação dada pela RDC n.º 94, de 2020)*

e) *Superintendência de Desenvolvimento Econômico - SDE; e*

f) *Superintendência de Prestação de Contas - SPR.*

Parágrafo único. A ANCINE poderá editar normas complementares relativas à sua estrutura organizacional e ao seu funcionamento.

5.2.55. Dentro dessa estrutura, as Superintendências de Registro – SRE, de Fomento – SFO e de Desenvolvimento Econômico – SDE, especificamente nas Coordenações de Análise de Direitos (CDI-SFO), de Gestão Integrada e Análise de Negócios (CGN-SDE) e de Registro e Classificação de Obra Audiovisual (CRO-SRE) são as responsáveis por tratar das análises dos contratos de produção e coprodução das obras audiovisuais, produzidas ou não com o auxílio de incentivos públicos e seus registros nesta Agência.

5.2.56. Nessas áreas, nas diversas etapas do processo que culmina na realização da obra audiovisual, são verificadas as questões envolvendo os direitos patrimoniais das obras, enfrentando na prática a temática do Poder Dirigente.

5.2.57. Abaixo destacamos as competências das Superintendências e Coordenações mencionadas, elencadas no Regimento Interno da ANCINE e em sua Norma Complementar:

Art. 29 Constituem atribuições das Superintendências:

I. são atribuições da Superintendência de Registro:

a) classificar as obras audiovisuais, para fins de cumprimento das obrigações de veiculação e exibição de conteúdo audiovisual previstas na legislação vigente, bem como para efeito de pagamento da CONDECINE, verificando casos de não incidência, redução e isenção do tributo;

b) registrar as obras audiovisuais, os contratos pertinentes à indústria audiovisual brasileira, os agentes econômicos e seus atributos;

c) atestar a nacionalidade das obras audiovisuais brasileiras em consonância com a legislação vigente, inclusive acordos internacionais de coprodução;

d) emitir o Certificado de Produto Brasileiro e demais Certificados de Registro;

e) processar o recolhimento da CONDECINE prevista no art. 32, incisos I e III da Medida Provisória nº 2.228-1/2001, bem como analisar e processar pedido de repetição de indébito, de complementação, de restituição e de compensação de valor pago, referentes à CONDECINE relativa a estes casos;

f) autorizar os requerimentos de importação de matrizes e cópias de obras cinematográficas; e

g) classificar os agentes econômicos e seus atributos, para os fins previstos na legislação vigente, inclusive para fins de utilização de recursos públicos federais.

7.2.12 São atribuições da Coordenação de Registro e Classificação de Obra Audiovisual: CRO

I. efetuar a classificação e o registro das obras audiovisuais brasileiras e estrangeiras;

II. emitir Certificado de Produto Brasileiro – CPB e Certificado Mercosul;

III. proceder a classificação dos agentes econômicos proponentes de projetos audiovisuais, para fins de utilização de recursos públicos federais incentivados, conforme as regras de pontuação normatizadas; e

IV. atestar a nacionalidade das obras audiovisuais brasileiras em consonância com acordos internacionais de coprodução e demais normas sobre regime de coprodução.

IV. são atribuições da Superintendência de Fomento:

a) analisar os projetos audiovisuais submetidos à aprovação da ANCINE para utilização de recursos públicos federais, ressalvadas as competências específicas de outras Superintendências;

b) contribuir para o planejamento e a avaliação de resultados, bem como gerir as ações do PRODECINE, do PRODAV e de outras ações que utilizem recursos do FSA, que lhe forem delegadas;

c) prestar apoio técnico e administrativo aos Comitês de Investimento do FSA, ressalvadas as competências específicas das demais unidades;

d) analisar as propostas de política de investimento e de habilitação de projetos para investimento dos Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica – FUNCINES;

e) emitir o reconhecimento provisório de atribuição de origem para projeto de produção audiovisual a ser realizado em regime de coprodução internacional;

f) acompanhar física e financeiramente a execução dos projetos aprovados pela ANCINE que utilizem recursos públicos federais, ressalvadas as competências das demais unidades;

- g) controlar o recolhimento, movimentação, liberação e aplicação de recursos públicos federais aplicados em projetos audiovisuais aprovados pela ANCINE, ressalvadas as competências das demais unidades;
- h) analisar as solicitações de liberação de recursos oriundos de incentivo fiscal federal em projetos aprovados pela ANCINE;
- i) aprovar as solicitações de coexecução em projetos realizados com recursos oriundos de incentivo fiscal federal;
- j) (Revogado pela RDC n.º 94, de 2020)
- k) contribuir para o planejamento e a elaboração de diagnósticos relativos à aplicação de recursos públicos federais.

7.2.22 São atribuições da Coordenação de Análise de Direitos: CDI

- I. analisar e emitir parecer sobre a disciplina de direitos para fins de captação e utilização de recursos públicos federais, ressalvadas as atribuições de outras unidades;
- II. analisar a estimativa de custos de projetos de obras audiovisuais submetidos à aprovação pela ANCINE para fins de captação e utilização de recursos oriundos de incentivo fiscal federal;
- III. analisar e emitir parecer sobre os requerimentos de reconhecimento provisório de obras audiovisuais produzidas em regime de coprodução internacional;
- IV. analisar e emitir parecer sobre troca de titularidade de projetos audiovisuais sob competência da Superintendência de Fomento;
- IV. analisar e emitir parecer sobre troca de titularidade de projetos audiovisuais autorizados a captar recursos oriundos de incentivo fiscal; (Alterado pelo art. 2º Resolução de Diretoria Colegiada nº 77/17)
- V. analisar e emitir parecer sobre os contratos de coexecução; e
- VI. elaborar relatórios gerenciais e subsidiar estudos sobre os negócios envolvendo direitos sobre obras audiovisuais brasileiras de produção independente realizadas com recursos públicos federais;
- VII. analisar e emitir parecer sobre as propostas de política de investimento dos Funcines. (Incluído pelo art. 3º Resolução de Diretoria Colegiada nº 77/17).

V. são atribuições da Superintendência de Desenvolvimento Econômico:

- a) contribuir para o planejamento e a avaliação dos resultados, bem como gerir as ações do PRODECINE, do PRODAV, do PROINFRA, e de outras ações que utilizem recursos do Fundo Setorial do Audiovisual ou recursos orçamentários da ANCINE, ressalvadas as competências de demais unidades;
- b) prestar apoio técnico e administrativo aos Comitês de Investimento do FSA;
- c) supervisionar a seleção dos beneficiários, acompanhar a execução, o retorno financeiro e a prestação de contas dos projetos contemplados com recursos do FSA e do orçamento da ANCINE, bem como o cumprimento das demais obrigações assumidas pelos agentes econômicos junto aos agentes financeiros credenciados;
- d) subsidiar a contratação dos agentes financeiros, para os programas geridos no âmbito de sua competência;
- e) contribuir para o planejamento e a avaliação dos resultados, bem como gerir as ações do Programa Cinema Perto de Você e do Regime Especial de Tributação para Desenvolvimento da Atividade de Exibição Cinematográfica; e
- f) contribuir para o planejamento e a elaboração de diagnósticos relativos à aplicação de recursos públicos federais no desenvolvimento do mercado audiovisual

7.2.26 São atribuições da Coordenação de Gestão Integrada e Análise de Negócios: CGN

- I. articular fluxos de processos e informações das coordenações da Superintendência de Desenvolvimento Econômico, compilando e processando dados gerenciais;
- II. coordenar o suporte ao planejamento e avaliação dos resultados dos programas e ações de competência da Superintendência, compilando e processando dados gerenciais;
- III. subsidiar tecnicamente a gestão e o acompanhamento dos contratos firmados com os agentes financeiros, para os programas geridos no âmbito de competência da Superintendência;
- IV. prestar apoio técnico e administrativo aos Comitês de Investimentos do FSA, inclusive auxiliando-os no planejamento das atividades;
- V. acompanhar a performance mercadológica dos agentes econômicos apoiados com recursos do FSA, de forma a subsidiar a elaboração de cenários e perspectivas de desenvolvimento do mercado audiovisual que possam impactar as ações do Fundo; e (Alterado pelo art. 1º da Resolução de Diretoria Colegiada nº 74/17)
- VI. supervisionar e controlar, junto aos agentes financeiros credenciados, os processos relativos à contratação de projetos audiovisuais concorrentes a recursos do FSA, no âmbito de competência da coordenação. (Incluído pelo art. 1º da Resolução de Diretoria Colegiada nº 74/17).

5.2.58. Após a leitura das competências de cada área, é possível identificar certa sobreposição de atribuições,

passando a análise dos contratos de produção das obras por diferentes etapas em vários setores dentro da Agência o que, junto com a complexidade da regulamentação em vigor e variedade de normas, gera custos de transação elevados. Há um aumento dos trâmites para a contratação, com a possível realização de mais termos aditivos, pois em cada área podem surgir demandas diferentes, o que não demonstra eficiência regulatória.

5.2.59. **Da possível revogação do Poder Dirigente:** o conceito de poder dirigente pode não ter alcançado os seus objetivos finais, mas sua simples revogação não parece o melhor caminho, conforme apurado nas entrevistas qualitativas. Após a análise das questões mais relevantes que envolvem o tema, passamos a trazer considerações sobre a sua hipotética supressão. Tal possibilidade foi abordada nas entrevistas realizadas e, por unanimidade, considerada negativa.

5.2.60. Todos os entrevistados concluíram que o conceito de poder dirigente não é perfeito. Entretanto, foram unânimes em considerar que não sabem se a revogação do instituto, sem qualquer substituição, seria o melhor caminho a ser trilhado pela ANCINE.

5.2.61. Inclusive, alguns entrevistados pontuaram que o próprio mercado hoje em dia está adaptado às regras do Poder Dirigente, já sabendo operar melhor com esse modelo. Na prática, o que se observa é que os agentes conseguiram criar suas cláusulas padrão, ainda que as decisões da Diretoria da ANCINE ao longo do tempo pudessem alterar algum entendimento sobre os contratos, deixando de aprovar o que fora aprovado em casos anteriores e vice versa.

5.2.62. Portanto, há um certo receio na revogação do conceito de Poder Dirigente, porque ele parece cumprir o papel de trazer certo equilíbrio ao mercado, sendo um mecanismo de proteção aos produtores independentes. No mínimo, suas condicionantes foram utilizadas como apoio e valorização de seus projetos, servindo para tentar equilibrar as forças entre os agentes econômicos. Trata-se de uma das poucas ações regulatórias diretamente executadas pela ANCINE que não envolvem apenas o dinheiro público.

5.2.63. Todavia, alguns entrevistados também alertaram que, como existem questionamentos do uso do instituto e como ele é falho em determinados pontos, caso fosse suprimido o mercado trataria logo de se reorganizar, e contratos poderiam ser alterados. Porém, não é possível averiguar qual seria o real impacto na produção audiovisual independente, até porque a ANCINE não possuiu registro e arquivo de todos esses contratos.

5.2.64. Pelo exposto, pode-se concluir que a supressão do Poder Dirigente poderia retirar do produtor independente parte de seu poder de barganha. Nesse mercado assimétrico, portanto, o agente econômico independente em tese sairia perdendo com a possibilidade da revogação, conforme explicaram os entrevistados.

5.2.65. No entanto, é importante ressaltar que todos os entrevistados entendem que o instituto do Poder Dirigente merece aperfeiçoamento. Sugerem, por conseguinte, a criação de balizadores, bem como focar na política de fomento, delimitando os prazos de cessão de direitos de comunicação pública e de exploração comercial em editais, em linhas específicas. A opinião da maioria dos entrevistados não é favorável à mera revogação do instituto, recomendando uma versão do conceito de forma principiológica de modo a ser complementado nos editais ou outros normativos pontuais.

5.2.66. Cumpre destacar que a regulamentação definida pela ANCINE deve estar em harmonia com a Lei do Direito Autoral uma vez que esta última já versa sobre as regras de negociação do direito patrimonial, e estabelece demais limites legais ao direito do autor.

5.2.67. Por todo o exposto, parece haver um consenso tácito na indústria e na ANCINE, sobre a necessidade de haver critérios e parâmetros para equilibrar as forças do mercado e os direitos patrimoniais dos produtores independentes, no objetivo de melhor usufruir da exploração econômica da obra que se utilizou de recursos públicos. É necessário, todavia, averiguar qual o objetivo a ser perseguido na formulação da norma que substituirá o conceito atual do Poder Dirigente. Quais os objetivos da ANCINE e qual a visão para atuar no mercado do audiovisual? Qual a orientação, os objetivos e metas devem ser perseguidos para que a norma esteja alinhada aos seus propósitos originais?

6. CONCLUSÃO

6.1. Relatamos nesse estudo os objetivos e motivos originalmente constituídos que fundamentaram o surgimento do instituto do Poder Dirigente e seus impactos tanto na ANCINE, como no mercado regulado.

6.2. Embora sem tempo hábil, nem viabilidade técnica de avaliar quantitativamente os resultados dos impactos no mercado audiovisual brasileiro, foi possível analisar os impactos qualitativos do Instituto, estudando o conteúdo normativo, apurando o histórico de regulação dentro da Agência e colhendo a a opinião dos especialistas.

6.3. Parece que temos insumos suficientes para inferir que o conceito de Poder Dirigente não teria alcançado plenamente seus dois principais objetivos. O primeiro, de (i) aumentar a capacidade dos produtores independentes brasileiros em reter direitos patrimoniais de forma a alavancar renda com a exploração comercial das suas obras, abrindo caminho para a autossustentabilidade da produção independente. E o segundo, (ii) aumentar a capacidade de circulação das obras em diversos segmentos de mercado, conferindo maior acesso às mesmas por parte da população, e gerando

receitas ao produtor independente ao longo do ciclo de valor das suas obras.

6.4. Os efeitos do instituto do poder dirigente parecem que não foram efetivos na consecução dos objetivos originais, uma vez que a organização dos agentes de mercado distinguiu do direito patrimonial da obra, o direito de auferir renda, e por conseguinte, o que restou ao menos a uma parte relevante dos produtores independentes – aqueles com menor poder de negociação – foram os custos de transação de “carregar” a obra ao longo do tempo, ou seja, gerando mais custo num ciclo de dependência de recursos públicos.

6.5. Por outro lado, a normatização do conceito, não estimulou a livre iniciativa e a capacidade de negociação entre os agentes, na medida em que parece não ter provocado a inovação e nem o desenvolvimento de arranjos produtivos que garantissem a convergência de objetivos dos agentes econômicos envolvidos e a alocação de recursos privados no financiamento das obras brasileiras.

6.6. No que tange a aplicação interna à agência do conceito do poder dirigente, observamos a necessidade de aprimoramento na estrutura dos procedimentos de análise, de modo a evitar que o mesmo conceito seja aplicado a partir de entendimentos diversos, o que acaba por gerar insegurança quando da avaliação dos contratos dos agentes econômicos. Portanto, apesar de o mercado audiovisual estar aparentemente adaptado a estes regramentos e contar com esse mecanismo de “equilíbrio”, parece ser necessário buscar novas formas de regulação na forma da lei, buscando critérios mais objetivos que promovam a convergência de interesse nas atividades produtivas de forma a alcançar os resultados inicialmente pretendidos.

6.7. Recomenda-se, nesse sentido, que melhorias sejam feitas, visando promover a coerência regulatória no intuito de aumentar a competitividade das empresas brasileiras. Há espaço para melhorar as abordagens regulatórias, evitando a duplicação ou conflito de normas.

6.8. É importante observar o princípio da livre iniciativa e a diminuição dos custos de transação, conforme determinação da DDC, assim como regulamentar a matéria observando a legislação vigente, em especial as que tratam do direito patrimonial (Lei Direito do Autor) sob pena de, ao não o fazermos, gerarmos inconsistências e incompatibilidade entre a formação do patrimônio da obra, por um lado, e as fontes de recursos que financiam a sua realização, por outro lado, com destaque ao aporte de recursos privados. Diante do exposto, ponderamos alguns cenários visando apresentar possíveis caminhos para a reforma do instituto do Poder Dirigente.

6.9. **Cenário 01:** revogar expressamente o conceito do poder dirigente do arcabouço normativo de competência da ANCINE, aplicando os comandos legais sobre a titularidade dos direitos patrimoniais previsto na legislação vigente, inclusive na Lei do Direito Autoral. Neste contexto, se observaria a evolução das relações contratuais dos agentes econômicos quando da fruição dos mecanismos de incentivos fiscal federal e se atuaria em momentos oportunos visando novas ações nesse sentido.

6.10. **Cenário 02:** necessidade de aprimorar o conceito, na medida em que existem comandos legais dispersos na legislação que precisam ser organizados, de forma simples e objetiva, visando prestar um melhor serviço de fomento ao mercado. Portanto, sugerimos:

6.10.1. Organizar uma proposta regulatória (IN) que venha a resolver a dispersão de entendimentos acerca do instituto do Poder Dirigente presente em várias normas e resoluções na ANCINE. Essa norma consolidaria os comandos legais que versam sobre o direito patrimonial e a produção independente de modo a harmonizar a utilização dos diversos mecanismos de fomento federal, incluindo os recursos do FSA e teria como objetivo a consolidação de um ambiente propício ao ingresso de recursos privados na equação do financiamento das obras brasileiras por meio da instituição de critérios e parâmetros para o estímulo do setor; e

6.10.2. Revisar o regimento interno referente às áreas que atuam na aplicação do conceito do poder dirigente, de modo a consolidar e concentrar em uma área da ANCINE todas as análises referentes à estrutura de direito das obras, com vistas à promoção da harmonia na aplicação dos conceitos e minimização de custos de transação;

6.11. **Cenário 03:** substituir ou diminuir a relevância do instituto do Poder Dirigente, tal como hoje especificado. Ponderamos, com base nos depoimentos colhidos e nos documentos analisados, que seja necessária a proposição de alternativas que estimulem a simetria negocial entre produtores independentes, por um lado, e programadoras e radiodifusoras (e eventualmente distribuidoras), por outro lado. Nesse sentido, recomendamos:

6.11.1. Avaliar a pertinência de se regulamentar a extensão do instituto da coprodução entre produtoras independentes, por um lado, e radiodifusoras e programadoras (e eventualmente distribuidoras), por outro lado, quando envolverem a utilização de recursos públicos, no que tange à cessão de direitos patrimoniais e de exploração econômica das obras audiovisuais (incluindo a comunicação pública) e, ao mesmo tempo;

6.11.2. Especificar e conceituar, em substituição ao conceito de Poder Dirigente, os diversos direitos de exploração econômica a partir dos quais se desdobra o direito patrimonial relativo à obra audiovisual (direito de comunicação pública, de distribuição, sobre obras derivadas, novas temporadas, etc.), dispendo sobre a transferência dos mesmos quando se tratar de obras realizadas com recursos públicos ou para efeitos de qualificação das obras para cumprimento das cotas estipuladas pela Lei 12.485/2011.

6.12. Adicionalmente, sugerimos ações que possibilitem à agência o melhor acompanhamento da política pública no que tange à transferência dos direitos patrimoniais e de exploração econômica das obras audiovisuais fomentadas com recursos públicos e o acompanhamento do desempenho econômico dessas obras no mercado:

6.12.1. Analisar a pertinência de regulamentar a emissão de registro de contratos previsto no inciso XIII, do art. 7º da MP 2.228-1/2001; e

6.12.2. Empreender esforços no sentido de capacitar à Agência com instrumentos capazes de verificação do desempenho de mercado das obras audiovisuais fomentadas nos diversos segmentos do mercado audiovisual brasileiro, em consonância com o dispõe o inciso XIV, do art. 7º da MP 2.228-1/2001.

7. DOCUMENTOS RELACIONADOS

Memorando nº 08/2013/SRE (1664748)

Despacho Decisório nº 01/2015/SDE (1664768)

Exemplos de Despachos internos e Deliberações da Diretoria Colegiada que permeiam o tema do Poder Dirigente: 1650249, 1640980, 0664971, 1565682, 1508376 e 0894343.

8. DESPACHO

8.1. Diante do exposto, submetemos a referida Nota Técnica à consideração superior.

Alexander Patêz Galvão Especialista em Regulação SEF/CPF	Gustavo Ferreira Rolla Especialista em Regulação Assessor SEF	Maria Paula Sa Freire S. P. Diniz Técnico em Regulação Assessora SEF
--	---	--

8.2. De acordo, encaminha-se a Secretaria da Diretoria Colegiada para providências cabíveis.

Felipe Rodrigues Dias Vogas

Secretário de Políticas de Financiamento Interino

SEF



Documento assinado eletronicamente por **Gustavo Ferreira Rolla, Assessor(a)**, em 05/06/2020, às 09:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 11 da RDC/ANCINE nº 66 de 1º de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Maria Paula Sá Freire Seabra Pereira Diniz, Assessor(a)**, em 05/06/2020, às 09:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 11 da RDC/ANCINE nº 66 de 1º de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Felipe Rodrigues Dias Vogas, Secretário de Políticas de Financiamento, Substituto**, em 05/06/2020, às 13:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 11 da RDC/ANCINE nº 66 de 1º de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Alexander Patêz Galvão, Especialista em Regulação da Atividade Cinematográfica e Audiovisual**, em 05/06/2020, às 13:18, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 11 da RDC/ANCINE nº 66 de 1º de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ancine.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1640483** e o código CRC **353C25DA**.
