



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade
Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade
Subsecretaria de Advocacia da Concorrência
Coordenação-Geral de Inovação, Indústria de Rede e Saúde

PARECER SEI N° 22/2021/ME

Assunto: contribuição à Consulta Pública sobre Notícia Regulatória n° 10-E/2020 para coletar avaliações sobre o resultado regulatório do instituto do “Poder Dirigente”.

1 INTRODUÇÃO

1. Trata-se de contribuição à Consulta Pública sobre Notícia Regulatória n° 10-E/2020 para coletar avaliações sobre o resultado regulatório do instituto do “Poder Dirigente”.
2. Inicialmente cumpre ressaltar que esta Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) apresentará suas contribuições estritamente no âmbito de suas competências, entre as quais a de promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, nos termos de suas atribuições legais, definidas nas Leis n° 12.529 de 30 de novembro de 2011, e n° 13.848, de 25 de junho de 2019, e no Decreto n° 9.745, de 08 de abril de 2019.
3. A referida Consulta Pública foi publicada no Diário Oficial da União publicado em 26 de outubro de 2020, tendo prazo de contribuição inicialmente aberto até o dia 10 de dezembro de 2020 e, posteriormente, prorrogado até o dia 11 de janeiro de 2021.

2 ANÁLISE

2.1 JUSTIFICATIVA

4. A Agência Nacional de Cinema (ANCINE) colocou em Consulta Pública, por meio da notícia regulatória, o conceito de “Poder Dirigente” para avaliação de resultados regulatórios de sua aplicação. Para tanto, além da referida notícia, traz a Nota Técnica n° 2-E/2020 (Processo NUP 01416.002670/2020-01), a qual esclarece que o instituto do Poder Dirigente está relacionado à regulamentação das relações patrimoniais entre agentes econômicos em função dos direitos decorrentes das obras audiovisuais. Nesse sentido, o instituto é relevante na utilização dos recursos públicos federais vinculados aos mecanismos de incentivo fiscal e na qualificação das obras audiovisuais no que tange ao cumprimento das obrigações de cotas estabelecidas na forma da lei.
5. Parte das origens do conceito do Poder Dirigente está atrelada à Deliberação ANCINE n° 95/2010, 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. Além disso, a ANCINE definiu o “Poder Dirigente”, cuja definição atual foi estabelecida com a publicação da Instrução Normativa (IN) ANCINE n° 121/2015, harmonizando o conceito que estava disperso nas INs n° 91/2010, n° 100/2012, n° 104/2012, n° 105/2012 e n° 106/2012.

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;

6. De acordo com a Nota Técnica nº 2-E/2020, a instituição do Poder Dirigente, por meio das diversas INs citadas, teve como motivo estimular o equilíbrio entre as partes do mercado audiovisual, protegendo, por um lado, o produtor brasileiro independente ao reforçar sua posição de titular dos direitos patrimoniais da obra audiovisual e, por outro lado, restringindo a outorga ilimitada desses direitos ao criar condicionantes para que essa posição não seja descaracterizada.
7. A Nota ainda elenca uma série de problemas ocasionados pela ausência de padronização do conceito, que abre espaço para a subjetividade nas decisões, tanto na análise de contratos na área técnica quanto nas decisões na Diretoria. A análise "caso a caso" gera, por vezes, um retrabalho por parte dos proponentes e pela ANCINE, aumentando os custos de transação na gestão dos contratos de direitos sobre a obra.
8. Além disso, também segundo a ANCINE, as condicionantes inerentes ao conceito de Poder Dirigente podem ser interpretadas como desrespeito ao princípio da livre iniciativa e da autonomia das partes contratantes. Nos termos do art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, a livre iniciativa é princípio fundamental que atribui 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.
9. Outro problema aventado é a ausência, na normatização vigente, de benefícios para os produtores independentes, pois a motivação da norma seria de que o produtor independente viesse a dispor da obra, de modo a poder explorá-la e aumentar sua circulação - o que, segundo a ANCINE, não ocorreu na prática.
10. Assim, diante dos problemas expostos, a ANCINE apresentou três possíveis cenários para a reforma do instituto do Poder Dirigente. O primeiro cenário constitui-se na revogação expressa do 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.
11. O segundo cenário visa a aprimorar o conceito, na medida em que existem comandos legais dispersos na legislação que precisam ser organizados, de forma simples e objetiva. Portanto, sugeriu-se: (i) organizar uma proposta regulatória que venha a resolver a dispersão de entendimentos acerca do instituto presente em várias normas e resoluções na ANCINE, consolidando os comandos legais que versam sobre o direito patrimonial e a produção independente e harmonizando os mecanismos de fomento federal; e (ii) 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.
12. Por fim, o terceiro cenário substitui ou diminui a relevância do instituto do Poder Dirigente, tal como hoje especificado. Nesse sentido, recomendou-se: (i) 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 (ii) 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.), dispondo sobre a transferência desses quando se tratar de obras realizadas com recursos públicos ou para efeitos de qualificação das obras para cumprimento das cotas estipuladas pela Lei nº 12.485/2011.

13. Segundo a Notícia Regulatória nº 10-E/2020, em cumprimento à deliberação de Diretoria Colegiada nº 495-E/2020, decidiu-se pela implementação do terceiro cenário. Cabe ressaltar, contudo, que a ANCINE não apresentou qual seria o impacto quantitativo para os cenários propostos nem quais seriam os agentes atingidos por esses.

2.2 ANÁLISE CONCORRENCIAL

14. Em regra, esta SEAE avalia os impactos à concorrência a partir da metodologia desenvolvida pela OCDE[1], que consiste em um conjunto de questões a serem verificadas na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência:

1º efeito - limitação no número ou variedade de fornecedores, provável no caso de a política proposta:

Conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços;

Estabelecer regimes de licenças, permissões ou autorizações como requisitos de funcionamento;

Limitar a alguns tipos de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços;

Aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado; e,

Criar uma barreira geográfica à aptidão das empresas para fornecerem bens ou serviços, mão-de-obra ou realizarem investimentos.

2º efeito - limitação da concorrência entre empresas, provável no caso de a política proposta:

Limitar a capacidade dos vendedores de fixar os preços de bens ou serviços;

Limitar a liberdade dos fornecedores de fazerem publicidade ou marketing dos seus bens ou serviços;

Fixar padrões de qualidade do produto que beneficiem apenas alguns fornecedores ou que excedam o nível escolhido por determinados consumidores bem informados; e,

Aumentar significativamente o custo de produção para apenas alguns fornecedores (especialmente dando tratamento diferente aos operadores históricos e aos concorrentes novos).

3º efeito - diminuição do incentivo para as empresas competirem, prováveis no caso de a política proposta:

Estabelecer um regime de autorregulamentação ou de correção;

Exigir ou estimular a publicação de dados sobre níveis de produção, preços, vendas ou custos das empresas; e,

Isentar um determinado setor industrial ou grupo de fornecedores da aplicação da legislação geral da concorrência;

4º efeito - limitação das opções dos clientes e da informação disponível, provável no caso de a política proposta:

Limitar a capacidade dos consumidores para escolherem o fornecedor;

Reduzir a mobilidade dos clientes entre fornecedores de bens ou serviços por meio do aumento dos custos, explícitos ou implícitos, da mudança de fornecedores; e,

Alterar substancialmente a informação necessária aos consumidores para poderem comprar com eficiência.

15. Considerando as informações constantes na Consulta, esta SEAE entende que a norma vigente não especifica nem conceitua claramente os diversos direitos de exploração econômica a partir dos quais se desdobra o direito patrimonial relativo à obra audiovisual. No modelo atual, o conceito de Poder Dirigente em vigor cria ilhas de discricionariedade em sua aplicação dentro da ANCINE, com uma amplitude interpretativa pelo agente administrativo tanto na análise de contratos na área técnica quanto nas decisões na Diretoria da ANCINE.

16. Entretanto, vale destacar que, apesar de apresentar problemas, a revogação do conceito do Poder Dirigente não parece ser a melhor solução a ser aplicada. Simplesmente suprimir um instituto que vigora há 10 anos, em um modelo já operado pelos agentes do setor, pode resultar em aumento ainda maior dos custos de transação na gestão dos contratos de direitos sobre a obra em vigor, bem como insegurança jurídica e desincentivo à produção audiovisual no Brasil. Tal posicionamento é corroborado por informação que consta na Nota Técnica nº 2-E/2020, a qual afirma que os atores envolvidos entrevistados foram unânimes em considerar negativa a possibilidade de revogação do instituto.

17. Assim, dado que é necessário desdobrar a proteção à produção independente estabelecida pelo texto constitucional e pela legislação pertinente em mandamentos de aplicação efetiva, esta SEAE recomenda que a norma proposta, ao invés de suprimir o conceito de Poder Dirigente, o padronize com base em critérios claros e objetivos, de modo que não se abra espaço para subjetividade nas decisões.

18. Importante ressaltar que as análises "caso a caso", além de gerarem retrabalho por parte da própria ANCINE (como mencionado pela Agência na Nota Técnica nº 2-E/2020), promovem insegurança entre os detentores do poder de controle sobre o patrimônio da obra, o que, por sua vez, pode desincentivar a produção audiovisual - criando, assim, o 1º efeito da lista acima mencionada de acordo com a metodologia desenvolvida pela OCDE, qual seja limitar o número ou a variedade fornecedores ao limitar a alguns tipos de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços.

19. Ademais, esta SEAE entende que, antes de submeter nova norma, sejam realizados estudos mais aprofundados sobre os impactos gerados por tal ação e os custos e benefícios para os atores envolvidos, de forma a ser possível avaliar qualitativa e quantitativamente os resultados do instituto do Poder Dirigente no mercado audiovisual brasileiro, de acordo com as diretrizes do Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) da Casa Civil[2].

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

20. Ante o exposto, esta SEAE entende ser, de fato, necessário adequar a regulamentação vigente para que o conceito de Poder Dirigente seja padronizado e interpretado com base em critérios claros e objetivos, que não permitam discricionariedade na sua aplicação.

21. Além disso, sugere-se que a nova norma proposta seja devidamente submetida a uma AIR, conforme diretrizes presentes no Guia da Casa Civil, com estudos que avaliem qualitativa e quantitativamente os resultados do instituto do Poder Dirigente no mercado audiovisual brasileiro.

Documento assinado eletronicamente

MARIANA PICCOLI LINS CAVALCANTI

Coordenadora-Geral de Inovação, Indústria de Rede e Saúde

De acordo.

Documento assinado eletronicamente
ANDREY VILAS BOAS DE FREITAS
Subsecretário de Advocacia da Concorrência

De acordo.

Documento assinado eletronicamente
GEANLUCA LORENZON
Secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade

[1] OCDE (2017). Guia para Avaliação da Concorrência. Volume 1 - Princípios. Versão 3.0. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/46969642.pdf>>.

[2] Disponível em <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view>.



Documento assinado eletronicamente por **Geanluca Lorenzon**, **Secretário(a) de Advocacia da Concorrência e Competitividade**, em 08/01/2021, às 16:09, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Andrey Vilas Boas de Freitas**, **Subsecretário de Advocacia da Concorrência**, em 08/01/2021, às 17:39, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Mariana Piccoli Lins Cavalcanti**, **Coordenador(a)-Geral de Inovação, Indústria de Rede e Saúde**, em 08/01/2021, às 19:39, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **12820463** e o código CRC **3E3561DE**.

ANCINE - Ouvidoria Responde

De: Marcos Bitelli [REDACTED]
Enviado em: terça-feira, 26 de janeiro de 2021 20:22
Para: ANCINE - Protocolo; ANCINE - Ouvidoria Responde
Cc: [REDACTED]
Assunto: CONSULTA PÚBLICA | Contribuição da TAP BRASIL e da MPA-AL à Consulta Pública desta NR | Nº 10-E/2020 | PODER DIRIGENTE
Anexos: TAP e MPA_AL Contribuicao Conjunta_Poder Dirigente _20210126_protocolo.pdf

Consulta Pública:

NOTÍCIA REGULATÓRIA Nº 10-E/2020

Processo n.º: 01416.005791/2020-05

Contribuição da TAP BRASIL e da MPA-AL à Consulta Pública desta NR.

Assunto: ESTUDO TÉCNICO SOBRE A AVALIAÇÃO DOS RESULTADOS REGULATÓRIOS DO INSTITUTO DO “PODER DIRIGENTE”, COM VISTA À PROPOSIÇÃO DE MELHORIAS

Prezados Senhores,

TAP BRASIL – ASSOCIAÇÃO DOS PROGRAMADORES DE TELEVISÃO (atual denominação da Associação Brasileira dos Programadores de TV por Assinatura), associação civil com sede em São Paulo, Capital, inscrita no CNPJ/MF sob o número 04.566.585/0001-62, (“TAP BRASIL”), e **MOTION PICTURE ASSOCIATION AMÉRICA LATINA**, associação civil, sem fins lucrativos, com sede em São Paulo, Capital, na Rua Sergipe, nº 475, 10º andar, inscrita no CNPJ/MF sob o número 01.769.253/0001-97, (“MPA-AL”), vêm, nos autos do procedimento administrativo em referência, apresentar suas contribuições na Consulta Pública, conforme documento anexo.

Agradecemos a oportunidade de contribuir e de acusarem o recebimento da presente.
Cordialmente,

Marcos Alberto Sant’Anna Bitelli



Rua São Tomé, 86, Vila Olimpia - 13.º andar/floor
04551-080, São Paulo, SP - Brasil
Phone: +55 (11) 3897-3710

[REDACTED]
www.bitelli.com.br



Alerta:

As informações contidas neste e-mail e nos arquivos anexados são confidenciais para uso exclusivo do destinatário aqui indicado e podem conter segredos comerciais, de propriedade intelectual ou outras informações protegidas pelas leis aplicáveis. Caso não seja o destinatário correto, esteja notificado, pelo presente, que qualquer revisão, leitura, cópia e/ou divulgação do conteúdo deste e-mail são estritamente proibidas e não autorizadas. Por favor, notifique o remetente imediatamente e apague o conteúdo deste e-mail.

Notice:

This email may contain confidential and/or privileged information and intended for the addressee only. If you are not the intended recipient (or have received this email by mistake), please delete this e-mail and notify the sender immediately. The sender does not accept liability for any errors or omissions in the contents of this message which may arise as a result of email transmission. The contents are not to be used copied or disclosed to anyone other than the addressee.

Rechtlicher Hinweis:

Diese Mail und Anlagen sind vertraulich und nur an den Empfänger gerichtet. Sollte diese nicht an Sie gerichtet sein, bitten wir darum den Absender zu benachrichtigen und diese Mail sofort zu löschen.



ILUSTRÍSSIMO SENHOR DIRETOR PRESIDENTE DA AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA - ANCINE

REF.: Consulta Pública:

NOTÍCIA REGULATÓRIA Nº 10-E/2020

Processo n.º: 01416.005791/2020-05

Contribuição da TAP BRASIL e da MPA-AL à Consulta Pública desta NR.

Assunto: ESTUDO TÉCNICO SOBRE A AVALIAÇÃO DOS RESULTADOS REGULATÓRIOS DO INSTITUTO DO “PODER DIRIGENTE”, COM VISTA À PROPOSIÇÃO DE MELHORIAS

TAP BRASIL – ASSOCIAÇÃO DOS PROGRAMADORES DE TELEVISÃO (atual denominação da Associação Brasileira dos Programadores de TV por Assinatura), associação civil com sede em São Paulo, Capital, inscrita no CNPJ/MF sob o número 04.566.585/0001-62, (“TAP BRASIL”), e **MOTION PICTURE ASSOCIATION AMÉRICA LATINA**, associação civil, sem fins lucrativos, com sede em São Paulo, Capital, na Rua Sergipe, nº 475, 10º andar, inscrita no CNPJ/MF sob o número 01.769.253/0001-97, (“MPA-AL”), vêm, nos autos do procedimento administrativo em referência, apresentar suas contribuições na Consulta Pública.



Associação dos
Programadores de
Televisão
BRASIL



Sumário

1. SOBRE A TAP BRASIL	3
1.1. SOBRE A MPA-AL	4
2. A CONSULTA PÚBLICA PARA AVALIAÇÃO DOS RESULTADOS REGULATÓRIOS DO INSTITUTO DO “PODER DIRIGENTE”, COM VISTA À PROPOSIÇÃO DE MELHORIAS	5
2.1. DIRETRIZ DA DIRETORIA COLEGIADA DA ANCINE	8
3. CONTRIBUIÇÃO DA TAP BRASIL E DA MPA-AL.....	9
3.2. PODER DIRIGENTE INTRODUIZIDO POR REGULAMENTO COMO RESTRIÇÃO AOS DIREITOS PATRIMONIAIS	11
3.3. PODER DIRIGENTE INTRODUIZIDO POR REGULAMENTO COMO CONDIÇÃO ADICIONAL PARA A OBRA CUMPRIR COTA	15
3.3. DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR E PODER DIRIGENTE, RESTRIÇÃO REGULAMENTAR.....	18
4. CONCEITO CONTRADITÓRIO, EXTRAVAGANTE E INDETERMINADO.	22
5. PODER DIRIGENTE LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA. LIVRE INICIATIVA E SEGURANÇA JURÍDICA.	26
6. LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO COMO ELEMENTO DE ESTÍMULO AO DESENVOLVIMENTO DO MERCADO E DA INDÚSTRIA NACIONAIS	29
7. PODER DIRIGENTE E FOMENTO DIRETO	31
8. ATUAÇÃO EM RELAÇÃO AO PODER DE DIRIGENTE EM CONSONÂNCIA COM AS MELHORES PRÁTICAS REGULATÓRIAS.	31
9. DIRECIONAMENTOS EM RELAÇÃO AO CONCEITO DE PODER DIRIGENTE	32



1. SOBRE A TAP BRASIL

A **TAP BRASIL** é uma associação civil sem fins lucrativos, constituída há vários anos, congregando como membros associados as empresas brasileiras com sede no Brasil, representantes registrados perante a ANCINE – AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA¹ das empresas programadoras estrangeiras que fornecem programação internacional do exterior para o Brasil, empresas de telecomunicações distribuidoras prestadoras de serviço de acesso condicionado (SeAC)², bem como a associação estrangeira **TAP LATIN AMERICA**, associação civil sem fins lucrativos, com sede nos Estados Unidos, que congrega as empresas programadoras estrangeiras representadas pelos membros da **TAP BRASIL**.

A associação conta com um número expressivo de membros, que fornecem dezenas de conhecidos canais lineares de programação para televisão por assinatura (serviço de telecomunicações conhecidos como SeAC), bem como programação e conteúdos audiovisuais para usuários finais, conforme abaixo:

FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA; VIACOM NETWORKS BRASIL PROGRAMAÇÃO TELEVISIVA E PUBLICIDADE LTDA., atual denominação de VIACOM NETWORKS BRASIL LTDA; TOPSPORTS VENTURES LTDA., atual denominação de TURNER INTERNATIONAL DO BRASIL LTDA; ESPN DO BRASIL EVENTOS ESPORTIVOS LTDA.; DISCOVERY NETWORKS BRASIL

¹ Representantes na forma do art. 2º, §4º da Instrução Normativa 100 – ANCINE, de 29 de maio de 2012

² Conforme definido na Lei 12.485/2011:

Art. 2º. - Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...)

XXIII - Serviço de Acesso Condicionado: serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.



AGENCIAMENTO E REPRESENTAÇÃO LTDA.; TELEVISION ASSOCIATION OF PROGRAMMERS LATIN AMERICA (TAP); SONY PICTURES RELEASING OF BRASIL INC.; AMC NETWORKS SERVIÇOS DE TELEVISÃO DO BRASIL LTDA., atual denominação de CHELLOMEDIA SERVIÇOS DE TELEVISÃO DO BRASIL LTDA.; A&E OLE AUDIOVISUAL SERVIÇOS E REPRESENTAÇÕES LTDA., e E! ENTERTAINMENT AUDIOVISUAL SERVIÇOS E REPRESENTAÇÕES LTDA.

A **TAP BRASIL**, por meio de suas associadas, representa os interesses individuais, homogêneos e coletivos das empresas envolvidas no provimento de programação e conteúdo audiovisual de dezenas de canais das programadoras **A&E OLE, AMC, E! ENTERTAINMENT, DISCOVERY, DISNEY, ESPN, FOX, TURNER, VIACOM** e **SONY PICTURES**, estando autorizada por seu estatuto a defender os direitos individuais ou coletivos das companhias e fazer cumprir a legislação que impacte suas atividades.

A missão institucional da **TAP BRASIL** é melhorar o ambiente regulatório e de negócios no âmbito do conteúdo audiovisual, através da promoção de um diálogo aberto entre os seus membros, agências governamentais e da indústria. Para isso, é mister a representação dos associados perante órgãos reguladores, a fim de que as atividades das empresas supramencionadas contribuam para o enriquecimento cultural da nação brasileira.

1.1. SOBRE A MPA-AL

A **MPA-AL** está no Brasil desde a década de 40 do século passado e tem por objetivo estimular e consolidar parcerias com os atores do setor audiovisual brasileiro - bem como em outros setores relacionados -, tanto no campo público, quanto no privado. É missão da **MPA-AL** a promoção e o estímulo à criação e à inovação no setor do audiovisual, primando pela valorização, fomento do processo criativo, bem como pela preservação da propriedade intelectual.

A **MPA-AL** atua sob o entendimento de que são aqueles vetores que não só permitem que conteúdos audiovisuais cheguem com qualidade para todos os públicos, mas também como ativos que induzem as dimensões simplicidade, cidadã e econômica da cultura brasileira.



Estatuariamente a MPA-AL³ está autorizada a defender os interesses individuais homogêneos e coletivos de seus associados, inclusive na condição de provedores de conteúdo audiovisual para todo e qualquer meio de comunicação, exibição, distribuição e disponibilização ao público.

2. A CONSULTA PÚBLICA PARA AVALIAÇÃO DOS RESULTADOS REGULATÓRIOS DO INSTITUTO DO “PODER DIRIGENTE”, COM VISTA À PROPOSIÇÃO DE MELHORIAS

Segundo a Nota Técnica nº 2-E/2020 a Consulta Pública tem como objetivo avaliar os resultados regulatórios do instituto denominado “Poder Dirigente”, criado pela ANCINE, relativo à gestão dos direitos de exploração econômica de projetos audiovisuais com utilização dos recursos públicos, bem como a qualificação das obras audiovisuais para fins de cumprimento das obrigações relativas à cota de conteúdo prevista na Lei nº 12.485/2011 e nas normativas da ANCINE.

O assunto está relacionado à análise das relações patrimoniais entre os diversos agentes envolvidos na produção e exploração de obras audiovisuais. O “Poder Dirigente” é aplicado no financiamento público de obras e na fiscalização de obrigações regulatórias, a exemplo das cotas estabelecidas por lei.

Na Análise de Mérito da Nota Técnica nº 2-E/2020⁴⁻⁵ foi constatado que “a instituição do Poder Dirigente teve como motivo estimular o equilíbrio entre as partes do mercado

³ Art. 2º. – A MPA-AL tem por finalidade, seja no âmbito do território nacional, ou mesmo no da América Latina em geral, na forma da legislação aplicável: I – amparar e defender os legítimos interesses de seus associados; (...) III – proteger a distribuição de filmes de seus associados no território brasileiro e em outros países da América Latina, (...) V – exercer influência política junto aos setores representantes da sociedade civil (‘lobbying’) de modo a promover o aperfeiçoamento das leis de direitos autorais e eliminação das barreiras comerciais.

⁴ Estudo Técnico do instituto do “Poder Dirigente”, para avaliação de resultados regulatórios de sua aplicação, bem como da Deliberação ANCINE nº 95, de 2010, com vistas à proposição de melhorias, em resposta à Deliberação de Diretoria Colegiada n.º 187-E, DE 2020 (1614851).

⁵ DELIBERAÇÃO DE DIRETORIA COLEGIADA N.º 187-E, DE 2020
Reunião de Diretoria Colegiada n.º 740, de 24 de março de 2020



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”

Através de estudo dos processos administrativos que tramitam na ANCINE e entrevistas com especialistas do setor, a Agência traçou os pontos fracos e fortes do instituto regulatório do “Poder Dirigente” de modo a propor soluções, desde que revisitados alguns aspectos como: (i) a indeterminação do conceito, (ii) a legalidade da norma, (iii) o conceito de livre iniciativa, (iv) a questão do Poder Dirigente na classificação da obra quanto à independência e (v) da aplicação do conceito do Poder Dirigente em diferentes áreas da ANCINE.

Na análise foi destacado que, embora haja uma vasta necessidade de aperfeiçoamento do Poder Dirigente e que este não atingiu efetivamente seus objetivos precípuos, a área técnica comenta que o setor não estaria preparado para essa exclusão do instituto especialmente em razão da assimetria do mercado. Nesse sentido a Agência recomendou “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” e apresenta 3 (três) cenários:

PROPOSIÇÃO PARA DELIBERAÇÃO: Conclusão da iniciativa de elaboração da Análise de Impacto Regulatório (AIR) referente à gestão de direitos de exploração econômica de projetos audiovisuais fomentados com recursos públicos federais (Processo: 01416.019617/2017-36).

DECISÃO: A Diretoria Colegiada, com base na Proposta de Ação n.º 2-E/2020/SFO (SEI 1614503), e considerando o esgotamento dos prazos e a ausência do registro de resultados, decidiu por unanimidade:

a) aprovar o encerramento da iniciativa de elaboração de AIR referente à gestão de direitos de exploração econômica de projetos audiovisuais financiados com recursos públicos federais, com o consequente arquivamento do presente processo; e

b) **determinar** à Secretaria de Políticas de Financiamento (SEF), no prazo de 60 (sessenta) dias, a realização de análise técnica para avaliação dos resultados regulatórios do instituto do “Poder Dirigente”, bem como da Deliberação ANCINE n.º 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.**

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: Medida Provisória n.º 2.228-1/2001, Lei n.º 13.874/2019, Lei n.º 13.848/2019, Decreto n.º 8.283/2014, Decreto n.º 9.094/2017 e Resolução de Diretoria Colegiada n.º 59/2014 (Regimento Interno da ANCINE).



Associação dos
Programadores de
Televisão
BRASIL



“**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.”

“**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:

- (i) 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
- (ii) 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;”

“**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:

- (i) 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;



(ii) **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.), dispondo 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.”

Sugere, ainda, sejam viabilizadas ações para analisar e acompanhar a pertinência do inciso XIII do artigo 7º da MP 2.228-1/2001, bem como envidar melhores esforços de aparelhar a ANCINE para acompanhar o desempenho das obras audiovisuais produzidas a partir de fomento público, nos termos do inciso XIV, do artigo 7º da referida MP.

Assim, através da referida Notícia Regulatória, a Agência, em razão de sua competência estatuída no artigo 7º da MP 2.228-1/2001, decidiu por submeter ao processo de Consulta Pública o instituto do “Poder Dirigente.

2.1. DIRETRIZ DA DIRETORIA COLEGIADA DA ANCINE

A DELIBERAÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA da ANCINE foi no sentido de determinar que a SECRETARIA DE POLÍTICAS DE FINANCIAMENTO (SEF), no prazo de 60 (sessenta) dias, fizesse a realização de análise técnica para avaliação dos resultados regulatórios do instituto do "Poder Dirigente", bem como da Deliberação ANCINE n.º 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.



Associação dos
Programadores de
Televisão
BRASIL



3. CONTRIBUIÇÃO DA TAP BRASIL E DA MPA-AL

3.1. O CONCEITO DE OBRA AUDIOVISUAL INDEPENDENTE

Em 1993 a Lei do Audiovisual⁶ criou mecanismos de fomento à produção audiovisual brasileira com a criação dos artigos 1º e 3º que viabilizam a utilização de descontos no Imposto de Renda a Pagar. O destinatário deste fomento é a “produção independente”. O conceito de “produção independente” não constava da própria norma. Na época, ainda sob a regulação do CONCINE – CONSELHO NACIONAL DO CINEMA, a definição era encontrada na Lei 8.401/92 nestes termos:

Art. 2º Para os efeitos desta lei, entende-se que:

II - obra audiovisual de produção independente é aquela cujo produtor majoritário não é vinculado, direta ou indiretamente, a empresas concessionárias de serviços de radiodifusão e cabodifusão de sons ou imagens em qualquer tipo de transmissão;

(...)

Art. 3º Obra audiovisual brasileira é aquela que atende a um dos seguintes requisitos:

I - ser produzida por empresa brasileira de capital nacional, conforme definida no art. 171, II, da Constituição Federal;

II - ser realizada, em regime de co-produção, com empresas de outros países.

Parágrafo único. À obra cinematográfica brasileira será fornecido Certificado de Produto Brasileiro, expedido pelo órgão responsável do Poder Executivo.

O foco da independência era evitar que os recursos fossem canalizados para a **produção de empresas de televisão**, que naturalmente já eram os maiores produtores de conteúdo audiovisual brasileiro e, de outro lado, que fossem **favorecidas as empresas de capital nacional**. O conceito de empresa nacional remetia ao inciso II do art. 171 da Constituição Federal (CF), que foi revogado pela Emenda Constitucional (EC) nº 6/95, que dizia: “empresa brasileira de capital nacional aquela cujo **controle efetivo** esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de **pessoas físicas domiciliadas e residentes no País** ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle

⁶ Lei 8.685/93, que cria mecanismos de fomento à atividade audiovisual e dá outras providências.



efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.”

Após a edição da EC n° 6/95, toda empresa com sede no Brasil deve ser considerada brasileira e a eventual discriminação entre empresas de capital nacional e de capital estrangeiro devem estar expressas na CF.

O fomento indireto ao audiovisual funcionou regularmente até 2001, diante do novo patamar Constitucional. Com a edição da MP 2228-1/01 foi positivada a definição de produção independente, repetindo o afastamento de vinculação da produtora com empresas de televisão e operadoras de televisão por assinatura, adicionando outros dois requisitos: (i) a empresa produtora 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; e (ii) a empresa produtora deve ser detentora majoritária (51%) dos direitos patrimoniais sobre a obra audiovisual.

Diz a norma:

Art. 1º. Para fins desta Medida Provisória entende-se como:

(...)

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;

V - obra cinematográfica brasileira ou obra videofonográfica brasileira: aquela que atende a um dos seguintes requisitos: (Redação dada pela Lei n° 10.454, de 13.5.2002)

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; (Redação dada pela Lei n° 10.454, de 13.5.2002)

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.



Associação dos
Programadores de
Televisão
BRASIL



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. (Incluída pela Lei nº 10.454, de 13.5.2002)

(...)

§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. (Redação dada pela Lei nº 10.454, de 13.5.2002)

Por Lei os requisitos para admissão de investimentos de fomento em obras audiovisuais brasileira são: limite de nacionalidade de capital da produtora (51%) e independência de televisões e operadoras. A necessidade de detenção de 51% dos direitos patrimoniais é uma exigência.

Além destes conceitos, não há nas Leis aplicáveis outras condicionantes.

3.2. PODER DIRIGENTE INTRODUZIDO POR REGULAMENTO COMO RESTRICÇÃO AOS DIREITOS PATRIMONIAIS

O conceito de Poder Dirigente é introduzido pela ANCINE por meio de instrução normativa, **sem uma previsão legal específica**. O artigo 7º, inciso V da MP 2228-1/01 dá competência à ANCINE 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.

Com base na leitura da norma se percebe uma **delegação de poderes regulatórios subordinados**. Nesse tema a ANCINE não teria, a princípio, recebido uma delegação regulatória plena, devendo nesse aspecto se submeter à existência de prévia Lei.



É recomendável uma análise pela Agência para **verificar se** a criação de um instituto de limitação de exercício de direitos patrimoniais de autor **possui uma delegação** nas leis de fomento brasileiras a **autorizar a emissão de um conceito** normativo que deve ser subordinado à lei matriz.

A primeira redação do conceito surge na IN 101/2010, alterando a IN 91/2010:

XLIX - Poder Dirigente sobre o Patrimônio da Obra Audiovisual: poder de controle sobre o patrimônio da obra audiovisual, **constituído por intermédio da detenção majoritária dos direitos patrimoniais da mesma**, 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;

Nesta primeira versão nota-se que a norma procura seguir o norte das Leis de fomento, mantendo o conceito de que detenção majoritária dos direitos patrimoniais da mesma dá a independência à obra, adicionando, apenas uma nova camada de limites de direitos, ao produtor, qual seja: que a outorga de direitos seja limitada no tempo de modo a não descaracterize a titularidade e a detenção deste poder.

No enunciado original da definição de Poder Dirigente já há uma contradição de termos, porque o conceito de Poder Dirigente, ao copiar a definição do art. 28 da Lei 9.610/98, concorda que o titular possa utilizar, fruir e **dispor da obra**. No mesmo enunciado diz que a outorga de direitos não pode descaracterizar a titularidade ou detenção deste poder. Quando um titular dispõe da obra – aliena, vende, transfere, cede em definitivo, certamente não detém mais direitos patrimoniais sobre a obra. Trata-se desde de início de um **conceito contraditório, confuso, vago e indeterminado**.

Posteriormente foi repetido na IN 100/2012. Em 2015, as INs 91 (art.1º, XL) e 100 (art.7º, XLIX) foram alteradas pela IN 121 de 22 de junho de 2015, para revisar a definição de Poder Dirigente que passou a se a seguinte:

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



Associação dos
Programadores de
Televisão
BRASIL



ou de seus elementos derivados, condicionado a que a outorga, limitada no tempo, não descaracterize a titularidade e a detenção deste poder;

Em 2015 foi retirada da definição de Poder Dirigente a frase “constituído por intermédio da detenção majoritária dos direitos patrimoniais da mesma”, o que resultou na indeterminação completa da aplicação deste conceito regulamentar. Isso porque, em tese, o tal Poder Dirigente **é um conceito indeterminado**, uma norma em branco, a ser usado pela ANCINE, num poder de auto delegação normativa, para qualquer titular, inclusive com menos de 51% de titularidade da obra (que é o requisito para uma obra ser independente) entre outras consequências. Afastou-se em 2015 ainda mais o conceito de Poder Dirigente do viés do fomento de obras audiovisuais independentes.

Anteriormente já havia sido editada a Deliberação 95/2010⁷ (alterada pela Deliberação 103, de 20 de junho de 2011) **que estabeleceu limitações ao direito de usar, fruir e dispor da obra audiovisual**⁸ em projetos de coprodução para televisão e televisão por assinatura. Seu texto usou no lugar do conceito de Poder Dirigente em “direitos”, chamando-o de “**direitos dirigentes**” conforme abaixo:

⁷ Dispõe sobre o estabelecimento de **limitações e critérios à transferência de direitos patrimoniais** e de direitos de exploração comercial de obras audiovisuais produzidas com recursos de renúncia fiscal – recursos incentivados – no **âmbito dos mecanismos de fomento instituídos pela Lei nº 8.685/1993, e pela Medida Provisória nº 2.228-1/2001** para projetos de produção de obra audiovisual brasileira de produção independente cuja **destinação inicial** sejam os **segmentos de mercado radiodifusão de sons e imagens (TV Aberta) ou de comunicação eletrônica de massa por assinatura (TV Paga)**. (Publicada no Diário Oficial da União nº 111, de 14 de junho de 2010, Seção 1, Fl. 47)

⁸ 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. 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.

Além dessas limitações a DL 95 estabeleceu ainda **um critério de paridade da distribuição dos resultados líquidos das receitas patrimoniais** decorrentes da exploração da obra em relação aos percentuais de titularidade sobre a obra, na forma a saber:

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 participação de direitos patrimoniais sobre a obra.**

Na época da edição da DL 95, como reconhece a Nota Técnica, o Fundo Setorial do Audiovisual (FSA) (criado em 2006) não contava com recursos significativos e não existiam cotas na TV Paga (criadas em 2011). **A inspiração que fez surgir o conceito de Poder Dirigente numa Deliberação** – não numa Instrução Normativa com o devido processo legal de formação do conceito, **não está mais presente.** Passaram-se anos e o FSA passou a ser irrigado por valores muito relevantes originários do ecossistema da Televisão por assinatura.

A partir da progressão cronológica da evolução da definição do conceito regulamentar, fica evidente que houve uma expansão da abrangência do dispositivo, inclusive para além das coproduções independentes fomentadas por Leis de incentivo, sem uma permissão legislativa específica para essa atuação regulamentar, na forma de Lei.



3.3. PODER DIRIGENTE INTRODUZIDO POR REGULAMENTO COMO CONDIÇÃO ADICIONAL PARA A OBRA CUMPRIR COTA E OBTENÇÃO DE CPB

O conceito inovativo do Poder Dirigente acabou sendo utilizado, também, como **requisito não previsto em Lei**, para tornar uma obra audiovisual independente elegível a **cumprir as cotas de conteúdo audiovisual** brasileiro independente e conteúdo brasileiro, pelas programadoras de canais de programação no Serviço de Acesso Condicionado.

A Lei 12.485/2011 (a Lei do SeAC) estabeleceu as cotas de conteúdo brasileiro, nos canais definidos como de espaço qualificado⁹. As cotas estão determinadas no artigo 15 da Lei do SeAC, desta forma:

Art. 16. Nos canais de espaço qualificado, no mínimo 3h30 (três horas e trinta minutos) semanais dos conteúdos **veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço qualificado, e metade deverá ser produzida por produtora brasileira independente.**

A exigência legal é que os conteúdos sejam brasileiros e metade produzida por produtoras brasileiras independentes. A Lei 12.485/2011 define no art. 2º. Inciso VIII que: “Conteúdo Brasileiro: conteúdo audiovisual produzido em conformidade com os critérios estabelecidos no inciso V do art. 1º da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001”, o que remete às definições que estão reproduzidos no item 3.1. desta Contribuição.

Desse modo, as obras brasileiras e brasileiras independentes elegíveis a cumprir as cotas teriam os mesmos requisitos da MP 2228-1/2001, para as salas de cinema, com a única diferença que o conceito de produtora brasileira da Lei 12.485/2011 exige um capital

⁹ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

II - Canal de Espaço Qualificado: canal de programação que, no horário nobre, veicule majoritariamente conteúdos audiovisuais que constituam espaço qualificado;



detido por brasileiros maior que 51%, ou seja, 70%¹⁰ e a independência tem requisitos adicionais¹¹.

A ANCINE introduziu na IN 100, regra adicional limitadora da elegibilidade de obras brasileiras para cumprimento das cotas do art.16 da Lei do SeAC, dessa forma:

DO CONTEÚDO BRASILEIRO QUE CONSTITUI ESPAÇO QUALIFICADO
PRODUZIDO POR PRODUTORA BRASILEIRA INDEPENDENTE

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

I - atenda ao disposto no art. 9º desta IN;

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 sobre o patrimônio da obra audiovisual, de acordo com o CPB emitido, deverá ser detido por uma ou mais produtoras brasileiras independentes.

¹⁰Art. 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;

¹¹ Art. 2º.

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 objective 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;

§ 2º Na verificação da independência de que trata o caput, serão consideradas as relações de controle, coligação, associação ou vínculo da empresa produtora com:
I - empresa concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens, ou;
II - agente econômico que exerça atividade de programação ou empacotamento que detenha direito de comunicação pública sobre o conteúdo audiovisual produzido.

§ 3º **A obra audiovisual que contenha elementos ou criações intelectuais protegidas, preexistentes à obra audiovisual, cuja maioria dos direitos patrimoniais seja de titularidade de terceiros, somente será considerada de produção independente caso o titular desses direitos conceda autorização por escrito que permita a exploração econômica, pela produtora brasileira independente ou seus outorgados, da obra audiovisual em quaisquer territórios a qualquer tempo, sem que haja a necessidade de anuência para cada contratação, respeitando-se os direitos do titular para outros fins.**

§ 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.

Outro exemplo é o contido nos artigos 11¹² da Instrução Normativa 104 e 24¹³, incisos “II” e “III” da Instrução Normativa 100, que limita o uso de formatos estrangeiros para qualificação da obra como conteúdo brasileiro independente, sem qualquer previsão legal.

¹² Art. 11. A obra audiovisual não publicitária brasileira será classificada no ato do requerimento do registro em relação a constituir espaço qualificado, à composição societária de seus produtores e ao vínculo dos mesmos com empresas radiodifusoras, programadoras e empacotadoras, nas seguintes categorias:

I. Comum

II. Brasileira constituinte de espaço qualificado

III. Brasileira independente constituinte de espaço qualificado

§ 1º O Certificado de Produto Brasileiro de obra audiovisual do tipo reality show ou do tipo variedades indicará, ainda, a **titularidade do formato a partir do qual a obra foi originada, nos seguintes termos:**

a) titularidade de agente econômico brasileiro, nos termos do § 1º do art. 1º da MP 2228-1/2001;
b) titularidade de agente econômico brasileiro independente nos termos das alíneas de “a” a “e” do inciso XLII do art. 1º;

¹³ Art. 24. Com vistas à consecução dos objetivos previstos no art. 6º desta IN, serão consideradas as obras audiovisuais listadas no art. 8º desde que: (...)



Associação dos
Programadores de
Televisão
BRASIL



O conceito indeterminado de **Poder Dirigente** acabou por ser **utilizado para outros efeitos não previstos nas leis de fomento e na Lei do SeAC**. Não se conhece nenhuma análise de impacto regulatório dos efeitos da criação de dificuldades adicionais para os canais de programação tivessem que se submeter a uma regra adicional não prevista na legislação, que extrapola o quanto definido na Lei. Não se trata de norma regulamentadora, posto que o comando normativo do art. 16 da Lei do SeAC é uma norma completa que não depende de nenhuma norma complementar.

3.3. DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR E PODER DIRIGENTE, RESTRIÇÃO REGULAMENTAR

Os direitos patrimoniais de autor são considerados direitos fundamentais previstos na CF no art. 5º, inciso XXVII¹⁴. O direito de exclusivo é uma situação legal que se refere ao direito exclusivo que o proprietário tem de usar o objeto que pertencem a este¹⁵. Trata-se

II - no caso de obra audiovisual do tipo reality show ou do tipo variedades, classificada como conteúdo audiovisual brasileiro, **o formato a partir do qual foi originada seja de titularidade de agente econômico brasileiro, nos termos do § 1º do art. 1º da MP 2228-1/2001;**

III - no caso de obra audiovisual do tipo reality show ou do tipo variedades, classificada como conteúdo audiovisual brasileiro de produção independente, **o formato a partir da qual foi originada seja de titularidade de agente econômico brasileiro** nos termos das alíneas de “a” a “d” do inciso LI e da alínea “a” do inciso LII, ambos do art. 7º desta IN;

¹⁴ XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

¹⁵ L’Aperçu des notions generales de droit d’auteur et de droits connexes. Document établi par le Bureau international de l’OMPI. “Cette situation juridique est appelée “droit exclusif” et désigne le droit exclusif qu’a le propriétaire d’utiliser l’objet qui lui appartient. Naturellement, le propriétaire peut autoriser des tiers à utiliser ses biens, mais cette autorisation est juridiquement nécessaire : il serait illégal d’utiliser les biens sans l’autorisation de leur propriétaire.”. p.3

Disponível

https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/fr/activities/pdf/basic_notions.pdf

Acessado: 18/11/2020



de uma situação jurídica oponível¹⁶ *erga omnes*, tutelada como um direito de personalidade¹⁷.

A Lei de regência dos Direitos de Autor¹⁸, no art. 28, assim conceitua direitos patrimoniais:

Capítulo III

DOS DIREITOS PATRIMONIAIS DO AUTOR E DE SUA DURAÇÃO

Art. 28. Cabe ao autor o **direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor** da obra literária, artística ou científica.

A **opção do sistema jurídico brasileiro** é pelo **direito de exclusivo**, ou seja, não concebe restrições ao direito patrimonial de autor, salvo aquelas que forem expressas em Lei que não contrariem a CF e a Convenção de Berna¹⁹⁻²⁰⁻²¹ e demais tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário. Produtor e coprodutores são (co)titulares de direito exclusivo patrimonial de autor sobre as obras audiovisuais produzidas.

A Nota Técnica explica que:

“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

¹⁶ As situações jurídicas de direito privado são marcadas por atuações que se pautam pela igualdade e pela liberdade ao ensejo de que as pessoas podem realizar tudo o que pretendem, desde que não seja proibido. ANDRADE NERY, Rosa Maria de; NERY JR., Nelson. Instituições de direito civil. vol. I, t. I: Teoria geral do direito privado. p. 342-343.

¹⁷ Os direitos de personalidade consideram a pessoa tomada em si mesma, na integridade do corpo (a vida, a higidez física, a intimidade) e do espírito (a intelectualidade), mais suas projeções no ambiente social (o segredo, o respeito, a honra). BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Atual. Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29.

¹⁸ Lei 9610/1998

¹⁹ Decreto ° 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971.

²⁰ ARTIGO 9. 1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.

²¹ ARTIGO 14 bis. 1) Sem prejuízo dos direitos do autor de qualquer obra que poderia ter sido adaptada ou reproduzida, a obra cinematográfica é protegida como uma obra original. **O titular do direito de autor sobre a obra cinematográfica goza dos mesmos direitos que o autor de uma obra original, inclusive os direitos mencionados no artigo precedente.**



Associação dos
Programadores de
Televisão
BRASIL



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.²²

A própria ANCINE, na referida Nota Técnica, ao analisar sua normativa, de forma não muito assertiva comenta que “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. Todavia, **direitos morais de autor não se criam por normativas**. Produtores não são titulares de direitos morais de autor²³, porque são pessoas jurídicas e tais direitos morais pertencem ao diretor da obra audiovisual²⁴. **Limitações a direitos autorais não se criam por instruções normativas**.

As limitações de direitos autorais devem estar previstas em Lei, não podem contrariar a CF e as convenções e tratados internacionais, constituem *numerus clausus* e não podem, por isso mesmo, estender-se além daquilo que a lei fixou.²⁵ **Toda exceção ao direito autoral deve estar contida em lei e esta há de comportar apenas a interpretação restritiva**.²⁶

De forma preventiva, certamente baseada nos arquivos das contribuições anteriores sobre o tema, a Nota Técnica apresenta uma seção defensiva e em oposição ao argumento de que não se podem criar restrições aos direitos patrimoniais por normativas, ao explicitar:

²² Ver item 5.1.13.

²³ Lei 9.610/1998. Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.

²⁴ Lei 9.610/1998. Art. 25. Cabe exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra audiovisual.

²⁵ CABRAL, Plínio. A nova lei de direitos autorais. 4. ed., São Paulo: Editora Harbra, 2004, p. 70.

²⁶ MANSO, Eduardo Vieira Manso. Direito Autoral, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 270



Associação dos
Programadores de
Televisão
BRASIL



(...)

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 garantindo, 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.²⁷

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.”

Inobstante, a Nota Técnica também concorda que qualquer regulamentação ou regulação do tema deveria estar em harmonia com a Lei de Direitos Autorais, ao asseverar:

²⁷ Art. 16. 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.

5.2.66. 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.

Sobre essa seção da Nota Técnica, vale comentar alguns pontos. Uma instrução da ANCINE não poderia regulamentar o art. 28 da Lei 9.610/1998, por impossibilidade técnico-jurídica, pois não há delegação na lei de regência de direitos autorais para sua regulamentação por norma infralegal, notadamente norma limitadora de direitos autorais. De outro lado, a menção ao art. 16 do Decreto 6.304/2007 como norma permissiva autorizativa da atuação da ANCINE no sentido de limitar direitos autorais não procede, porque um decreto não é uma lei passada no Congresso Nacional e, o Poder Dirigente está afetando coproduções inclusive não incentivadas pela Lei 8.685/1993.

4. CONCEITO CONTRADITÓRIO, EXTRAVAGANTE E INDETERMINADO.

A simples leitura da definição de Poder Dirigente conduz à conclusão de que se trata de um **conceito indeterminado** (*não limita sua aplicação na definição*), **contraditório** (*permite e proíbe a disposição dos direitos patrimoniais*), **extravagante** (*porque se origina a qualificar a independência de obras brasileiras fomentadas e se expande para obras brasileiras em geral e ao fomento direto*).

A edição do art. 20 da LINDB²⁸ exige que o conceito de Poder Dirigente seja revisto para **evitar a sobrevivência de um conceito de valor jurídico abstrato.**

A abstração desse conceito acabou gerando diversos efeitos negativos no âmbito da Agência. O valor abstrato do Poder Dirigente acabou sendo utilizado para justificar uma série de objeções a contratos de coprodução e licenças, que não estão sequer baseadas em normas positivadas pela ANCINE.

²⁸ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)



A Nota Técnica bem reconheceu esse ponto, que por si só justifica a revisão do conceito de Poder Dirigente por sua indeterminação:

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. (grifado e destacado).

Memorandos internos, que nunca eram divulgados ou tornados públicos, (*como agora liberado o acesso ao tal Memorando 08²⁹*), foram produzidos conduzindo os analistas da ANCINE a exigir, sem suporte legal, alterações em direitos livremente pactuado pelas partes envolvidas no respectivo negócio jurídico. Veja-se que tal Memorando 08 tem o seguinte título:

Assunto: Parâmetros Mínimos para a configuração dos Direitos Autorais na Classificação de Obras Audiovisuais Brasileiras Independentes no ato de emissão de Certificado de Produto Brasileiro de Obras Audiovisuais não Financiadas com Recursos Públicos Federais.

²⁹ Memo nº. 08/2013/SRE/ANCINE de 04 de fevereiro de 2013, jamais publicado.

O presente memorando tem como objetivo promover o detalhamento dos termos estabelecidos na Instrução Normativa nº 104, relativos a caracterização da detenção, por produtor(es) independente(s), **do poder dirigente sobre obra audiovisual brasileira não financiada por recursos públicos federais**, a serem observados na análise dos contratos apresentados conjuntamente aos requerimentos de Certificado de Produto Brasileiro de Obras Audiovisuais não Financiadas com Recursos Públicos Federais enquanto não houver normatização específica pela agência.”

Nota-se claramente a extrapolação de qualquer fundamento de atuação da agência seja como reguladora, na forma da Lei, do fomento, seja como regulamentadora das Leis de fomento. O documento “regulamentou” **sem norma, consulta pública ou publicidade várias limitações a direitos**, por exemplo restringindo Direitos de Comunicação Pública das programadoras de televisão por assinatura a no máximo 7 (sete) anos em território nacional e de 4 (quatro) anos no Exterior sendo apenas 2 (dois) anos com exclusividade; direitos de exploração comercial somente podem ser em concomitância com o(s) produto(es) brasileiro(s) independente(s); Direitos Sobre Receita inclusive relativa a exploração comercial de seus elementos derivados, tais como marcas, formatos, personagens e enredo, não podem superar 50% a Receita Líquida do Produtor (RLP), entre outros.

A Nota Técnica nesse tópico comenta:

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.**

(...)

5.2.38. 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.**
(grifado e destacado)



De forma mais grave passou-se a utilizar o conceito de Poder Dirigente para vários elementos contratuais numa oposição à livre negociação de contratos, inclusive com temas que não tem relação com direitos patrimoniais de autor, tais como compartilhamento de questões criativas, fiscalização da qualidade de produções; curadoria de conteúdo; adequação do conteúdo à linha editorial e de políticas com a audiência dos canais; indicação de pessoas chaves para acompanhamento das atividades de produção; opinião sobre corte final e outras questões de relacionadas ao conteúdo das obras.

Essa atuação da agência causa uma ineficiência enorme, com idas e vindas de contratos que passam a ser interpretados e objeto de diligências até que seja aceitável pelo técnico da Agência. Isso causa um atraso gigantesco nos investimentos e no início das produções com enormes prejuízos ao mercado que necessita ser dinâmico e ágil.

Uma deliberação da Diretoria da Agência não poderia criar uma norma indeterminada, principiológica, aberta, para restrição de direitos. Essa Deliberação foi encampada por instruções normativas, tudo isso, sem o devido processo legal de formação de uma instrução normativa e sem prévia autorização por Lei passada pelo Congresso Nacional.

Em atenção ao quanto previsto na LINDB, seria recomendável que o conceito de Poder Dirigente fosse destituído da função de conceito base indeterminado pelos efeitos subsequentes que gerou, sem permissão legal, como normas e memorandos internos dele derivadas, resultando na aplicação de interpretações incontroláveis e utilização generalizada.

5. PODER DIRIGENTE LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA. LIVRE INICIATIVA E SEGURANÇA JURÍDICA.

LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA³⁰ deve ser um guia para a atuação da ANCINE no objeto desta Consulta Pública, fato que foi tangenciado na Nota Técnica:

“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.**”

Certamente a revisão da opção de se manter ou revigorar um conceito abstrato indeterminado de Poder Dirigente numa normativa da ANCINE esbarra também nessa diretriz legal a ser observada pelos reguladores.

A Lei diz que **se interpretam em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.**³¹ O conceito abstrato de Poder Dirigente gera como **efeito secundário** uma suposta autorização para a Agência passar a interpretar cláusulas contratuais entre particulares, estabelecendo limitações não previstas no sistema legal, o que resulta num inevitável ambiente de conflito com a norma básica da Lei de Liberdade Econômica.

A **liberdade de iniciativa** entre os agentes econômicos envolvidos é suportada pelo princípio Constitucional da livre iniciativa, repetido pelo art. 3º³² da Lei do SeAC e pelo art. 2º da Lei de Liberdade Econômica, quando essa diz:

³⁰ Lei nº 13.874/2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.

³¹ Art. 1º, §2º

³² 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;

Art. 2º **São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:**

- I - **a liberdade** como uma garantia no exercício de atividades econômicas;
 - II - **a boa-fé do particular** perante o poder público;
 - III - **a intervenção subsidiária e excepcional do Estado** sobre o exercício de atividades econômicas; e
 - IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.
- Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

Em outros dois postos a Nota Técnica reconhece o desafio de se manter o Poder Dirigente como está sem **afrontar os princípios da livre iniciativa**. O primeira mostra o risco de conflito direto com os princípios, a saber:

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. (*grifado e destacado*)

O segundo demonstra que a restrição até então existente por meio do conceito indeterminado de Poder Dirigente, conflita com a liberdade empresarial³³, não tendo

-
- II - promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação;
 - III - promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira;
 - IV - **estímulo à produção independente** e regional;
 - V - **estímulo ao desenvolvimento social e econômico do País**;
 - 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.

³³ ERNST FORSTHOFF ensina que as relações entre o princípio da legalidade e a liberdade individual, se realizam por modo dúplice: por um lado, através do exposto reconhecimento de liberdades determinadas, tanto pela Constituição como pelas leis ordinárias, e, de outro, **gracias ao princípio**



trazido estímulo à livre iniciativa e ao aumento de capacidade de negociação entre os agentes, relatando:

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.

6.8. 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. (grifado e destacado)

Portanto, a ordem legal vigente recomenda que se garanta a liberdade no exercício da atividade econômica, confie na boa fé dos particulares envolvidos na contratação e que somente haja uma intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício da referida atividade econômica, o que recomenda uma atuação expectante da Agência e não um atuação *ex ante*, por meio de conceitos abstratos e normas restritivas de direitos não suportadas por legislação precedente passada pelo Congresso Nacional.

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, como sugere a Nota Técnica. Bem assim, também se afastaria a incidência de limitações adicionais decorrentes do conceito de Poder Dirigente como fruição das obras para cumprimento de cotas e incidência de restrições a

da legalidade da Administração “que não admite maiores intervenções na liberdade e propriedade além das que se acham legalmente permitidas. Este princípio se baseia na divisão de Poderes e pressupõe que a Administração age embasada na lei e que o legislador não expede, sob forma de leis, atos administrativos”. *Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. da 9ª ed. alemã, de 1966, por Michel Fromont, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1969, p. 282.

produções independentes ou não, que não são objeto das Leis de incentivo e mecanismos de fomento indireto.

A Nota Técnica³⁴ também menciona que o conceito de Poder Dirigente traz **insegurança jurídica**, fato anotado por diversos agentes do mercado, inclusive produtores. O art. 30³⁵ da LINDB exige **que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas**

Parece que não há alternativas possíveis para se eliminar a insegurança jurídica mantendo o Poder Normativo vigente como um conceito normativo infralegal indeterminado como está, sem se olvidar da falta de legalidade precedente para sua existência enquanto tal regra limitadora de direitos patrimoniais de autor.

6. LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO COMO ELEMENTO DE ESTÍMULO AO DESENVOLVIMENTO DO MERCADO E DA INDÚSTRIA NACIONAIS

Para além das questões legais e regulatórias que justificam a eliminação de um conceito abstrato, genérico e impreciso como o de Poder Dirigente, é preciso reconhecer que o mercado e indústria nacionais se beneficiarão fortemente de maior liberdade contratual na estruturação de coproduções de obras audiovisuais nos casos em atualmente o conceito de Poder Dirigente vem sendo aplicado.

A análise da realidade atual do mercado audiovisual brasileiro impõe reconhecer que, de um lado, as restrições genéricas impostas pelo conceito de Poder Dirigente não têm sido eficazes ao promover o crescimento da produção brasileira nem tampouco em estimular

³⁴ 5.2.6. Os artigos que tratam do Poder Dirigente, apenas apontam que a outorga de direitos não poderá “descharacterizar 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.

³⁵ Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018



sua competitividade, ao mesmo tempo em que tem servido como desestímulo ao investimento privado nessas produções.

Nos aproximadamente dez anos decorridos desde a edição da já referida Deliberação da Diretoria Colegiada nº 95/2010, não há qualquer dado ou evidência que aponte no sentido de que as restrições ali verificadas tenham impulsionado o crescimento de receitas advindas da exploração de obras audiovisuais nacionais, seja no mercado nacional ou internacional. Ao contrário, a realidade é de que o produto audiovisual brasileiro – sobretudo o independente – ainda encontra muitas dificuldades para penetrar em outros mercados de maneira significativa, e tal realidade pode ser atribuída a um conjunto de fatores, dentre os quais destacamos valores médios de investimento em produção abaixo dos padrões usuais do mercado internacional e ausência de escala para enfrentar a forte concorrência nestes mercados.

Ao mesmo tempo, as restrições genericamente impostas pelo conceito de Poder Dirigente tem afetado negativamente estes fatores, na medida em que desincentiva o investimento privado em obras de produção independente (o que poderia ampliar valores de produção e dar ao produto nacional maior competitividade), assim como desestimula a inclusão destas obras nos catálogos de distribuidores internacionais que poderiam dar ao produto brasileiro a escala e força competitiva de que necessitam.

Em outras palavras: o conceito de Poder Dirigente e as limitações dele decorrentes tem atuado de maneira negativa para a promoção do produto brasileiro.

Ao mesmo tempo, todos os elos da cadeia de produção audiovisual brasileira se beneficiariam significativamente de maior liberdade contratual, conferindo aos agentes envolvidos a possibilidade de estruturar negociações adequadas a cada tipo de projeto e conteúdo. Afinal, é sabido que cada obra audiovisual é única em suas possibilidades e potencial de geração de receitas advindas de sua exploração – a adoção de critérios restritivos, genéricos e de alcance indeterminado a limitar a estruturação de negócios sem dúvida alguma prejudica o alcance destas obras e mina seu potencial de geração de receitas.

Permitir às partes contratantes – produtores, distribuidores, radiodifusores, programadores etc. – estabelecer relações comerciais no âmbito de sua liberdade de contratar, portanto, atende não apenas aos preceitos legais aplicáveis à atividade regulatória (como a Lei de Liberdade Econômica) e às normas que protegem o direito do autor de gozar, fruir e dispor de suas obras (como a Lei de Direito Autoral), mas também favorece o desenvolvimento



do mercado e da indústria, atraindo investimentos e conferindo maior competitividade ao produto nacional.

7. PODER DIRIGENTE E FOMENTO DIRETO

A Nota Técnica lembra que Poder Dirigente está previsto em diversos momentos do fomento direto, tais como Regulamento Geral do PRODAV.

O fomento direto é atingido mediante políticas públicas de transferência de recursos públicos para produção audiovisual brasileira, por meio de editais e outras ferramentas de direito público.

As autoridades competentes para a gestão do fomento direto não necessitam de um conceito regulatório indeterminado e abstrato da ANCINE como o Poder Dirigente para estabelecer condicionantes de oferta de recursos.

8. ATUAÇÃO EM RELAÇÃO AO PODER DE DIRIGENTE EM CONSONÂNCIA COM AS MELHORES PRÁTICAS REGULATÓRIAS.

A avaliação da intervenção da ANCINE no tema em consulta pública merece além de observar a LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA e as recomendações da OCDE e os parâmetros da Instrução Normativa Seae Nº 97, de 2 de outubro de 2020 que trata do Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial" – FIARC. Ainda que a norma seja de uso exclusivamente interno, para o exercício das seguintes competências da Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade - SEAE e da Subsecretaria da Advocacia da Concorrência – SAC, o documento é inspirador para o exercício das melhores práticas regulatórias evitando-se abuso regulatório e concorrencial, notadamente ao conceder direitos exclusivos a um grupo, arranjo ou setor de agentes econômicos, ou profissionais, para ofertar bens ou serviços em determinado mercado; bem como evitando-se aumento dos custos de transação sem demonstração de benefícios.

9 DIRECIONAMENTOS EM RELAÇÃO AO CONCEITO DE PODER DIRIGENTE

Em conclusão à presente Contribuição, a entidade entende que à luz do sistema jurídico brasileiro vigente, não é possível se manter vigente o conceito normativo indeterminado de Poder Dirigente.

Os motivos são os apontados nesta Contribuição e aqui reproduzidos como um sumário executivo:

1. **Legalidade:** Sob o prisma Legal os requisitos para admissão de investimentos de fomento em obras audiovisuais brasileiras são: limite de nacionalidade de capital da produtora (51%) e independência de televisões e operadoras, a necessidade de detenção de 51% dos direitos patrimoniais é uma exigência. Além destes conceitos, não há nas Leis aplicáveis outras condicionantes.
2. **Competência:** É recomendável uma análise pela ANCINE para verificar se a criação de um instituto de limitação de exercício de direitos patrimoniais de autor possui uma efetiva delegação nas leis de fomento brasileiras a autorizar a emissão de um conceito normativo, que deve ser subordinado à lei uma matriz precedente. A regulação do fomento pela ANCINE é de ser feita subordinado à Lei, não havendo neste tema uma delegação regulatória plena para a Agência.
3. **Devido processo legal:** A Deliberação 95/2010 (alterada pela Deliberação 103, de 20 de junho de 2011) estabeleceu limitações ao direito de usar, fruir e dispor da obra audiovisual em projetos de coprodução para televisão e televisão por assinatura. Seu texto usou no lugar do conceito de Poder Dirigente em “direitos”, chamando-o de “direitos dirigentes”. O nascimento desse sistema de limitação de direitos surgiu dentro da ANCINE sem o devido processo legal aplicável à criação de atos regulatórios, por meio de uma simples decisão de diretoria.
4. **Conceito indeterminado, contraditório e extravagante:** Na definição de Poder Dirigente, instituída posteriormente à DL 95 por normativas, já há uma contradição de termos, porque o conceito de Poder Dirigente, ao copiar a definição do art. 28 da Lei 9.610/98, concorda que o titular possa utilizar, fruir e dispor da obra. No mesmo enunciado diz que a outorga de direitos não pode descaracterizar a



titularidade ou detenção deste poder. Quando um titular dispõe da obra – aliena, vende, transfere, cede em definitivo, certamente não detém mais direitos patrimoniais sobre a obra. Trata-se, desde de início, de um conceito contraditório, extravagante e indeterminado.

5. Expansão indevida do próprio conceito: A partir da progressão cronológica da evolução da definição do conceito regulamentar, fica evidente que houve uma expansão da abrangência da norma, inclusive para além das coproduções independentes fomentadas por Leis de incentivo, sem uma permissão legislativa específica para essa atuação regulamentar, na forma de Lei.

6. Obstáculo indevido ao cumprimento de cotas: O conceito inovativo da ordem jurídica do Poder Dirigente acabou sendo utilizado, também, como requisito não previsto em Lei, para tornar uma obra audiovisual independente como elegível a cumprir as cotas de conteúdo audiovisual brasileiro independente e conteúdo brasileiro, pelas programadoras de canais de programação no Serviço de Acesso Condicionado.

7. Efeitos secundários não previstos: O conceito indeterminado de Poder Dirigente acabou por ser utilizado para outros efeitos não previstos nas leis de fomento e na Lei do SeAC. Não se conhece nenhuma análise de impacto regulatório dos efeitos da criação de dificuldades adicionais para os canais de programação tivessem que se submeter a uma regra adicional não prevista na legislação, que extrapola o quanto definido na Lei. Não se trata de norma regulamentadora, posto que o comando normativo do art. 16 da Lei do SeAC é uma norma completa que não depende de nenhuma norma complementar.

8. Não admissibilidade de regulação de direitos autorais: A própria ANCINE ao analisar sua normativa na Nota Técnica, de forma não muito assertiva comenta que “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. Todavia, direitos morais de autor não se criam por normativas. Produtores não são titulares de direitos morais de autor, porque são pessoas jurídicas e tais direitos morais pertencem ao diretor da obra audiovisual. Limitações a direitos autorais não se criam por instruções normativas.



Associação dos
Programadores de
Televisão
BRASIL



9. Limitação de direitos autorais somente por lei constitucional: As limitações de direitos autorais devem estar previstas em Lei, não podem contrariar a CF e as convenções e tratados internacionais, constituem *numerus clausus* e não podem, por isso mesmo, estender-se além daquilo que a lei fixou. Toda exceção ao direito autoral deve estar contida em lei e esta há de comportar apenas a interpretação restritiva.
10. Ausência de delegação regulatória em matéria autoral: Uma instrução da ANCINE não poderia regulamentar o art. 28 da Lei 9.610/1998, por impossibilidade técnico-jurídica, pois não há delegação na lei de regência de direitos autorais para sua regulamentação por norma infralegal, notadamente uma norma limitadora de direitos autorais
11. Decreto não é Lei. Norma ultrapassa matéria da Lei 8.685/1993: A menção ao art. 16 do Decreto 6.304/2007 como norma permissiva autorizativa da atuação da ANCINE no sentido de limitar direitos autorais não procede, porque um decreto não é uma lei passada no Congresso Nacional e o Poder Dirigente está afetando coproduções inclusive não incentivadas pela Lei 8.685/1993.
12. Recursos de Art. 39, X não são tecnicamente públicos: Releva ainda destacar que os recursos investidos com base no art. 39, X da MP 2228-1/2001 não são objeto da Lei 8.685/1993 e não se constituem tecnicamente “recursos públicos”. Os recursos gerados por esse mecanismo são originários diretamente das fontes financeiras privadas das programadoras estrangeiras fornecedoras de programação internacional do exterior para o Brasil. As programadoras não são os contribuintes sujeitos passivos da Condecine Remessa de que trata o *parágrafo único*, do art. 32 da MP 2228-1/2001. Os investimentos realizados por força desse mecanismo pelas programadoras não são deduzidos de impostos originalmente destinados ao tesouro. Portanto, o modelo desse mecanismo deve ser sempre tratado dentro de sua real perspectiva, diferentemente da forma tratada na Nota Técnica.
13. Origem do conceito macula sua vigência: Uma deliberação da Diretoria da Agência não poderia criar uma norma indeterminada, principiologicamente aberta, para restrição de direitos. Essa Deliberação foi encampada por instruções normativas, tudo isso, sem o devido processo legal de formação de uma instrução normativa e sem prévia autorização por Lei passada pelo Congresso Nacional.

14. Necessidade de respeito à LINDB: Em atenção ao quanto previsto na LINDB, seria recomendável que o conceito de Poder Dirigente fosse destituído da função de conceito base indeterminado pelos efeitos subsequentes que gerou, sem permissão legal, como normas e memorandos internos dele derivadas, resultando na aplicação de interpretações incontroláveis e utilização generalizada.
15. Necessidade de respeito à Lei de Liberdade Econômica: A ordem legal vigente recomenda que se garanta a liberdade no exercício da atividade econômica, confie na boa fé dos particulares envolvidos na contratação e que somente haja uma intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício da referida atividade econômica, o que recomenda uma atuação expectante da Agência e não um atuação *ex ante*, por meio de conceitos abstratos e normas restritivas de direitos não suportadas por legislação precedente passada pelo Congresso Nacional.
16. Atuação *ex post* como regra: Neste contexto, a ANCINE poderia observar a evolução das relações contratuais dos agentes econômicos quando da fruição dos mecanismos de incentivos fiscal federal e decidir se atuaria em momentos oportunos visando novas ações nesse sentido, como sugere a Nota Técnica. Bem assim, também se afastaria a incidência de limitações adicionais decorrentes do conceito de Poder Dirigente como fruição das obras para cumprimento de cotas e incidência de restrições a produções independentes ou não, que não são objeto das Leis de incentivo e mecanismos de fomento indireto.
17. Insegurança jurídica recomenda extinção: Não se vislumbram alternativas possíveis para se eliminar a insegurança jurídica mantendo o conceito de Poder Normativo vigente como um conceito normativo infralegal indeterminado, sem olvidar da falta de legalidade precedente para sua existência enquanto tal regra limitadora de direitos patrimoniais de autor
18. Fomento direto não necessita do conceito abstrato: As autoridades competentes para a gestão do fomento direto não necessitam de um conceito regulatório da ANCINE como o Poder Dirigente para estabelecer as condicionantes de oferta de recursos.
19. Controle de abuso regulatório: A avaliação da intervenção da ANCINE no tema em consulta pública merece além de observar a Lei de Liberdade Econômica e as recomendações da OCDE e os parâmetros da Instrução Normativa SEAE nº 97,



de 2 de outubro de 2020 que trata do Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial" – FIARC

Essas **conclusões levam à resultante de que:**

- I. O conceito de Poder Dirigente contido em norma infralegal expedida pela ANCINE, enquanto conceito geral, indeterminado e abstrato deveria ser excluído do patamar regulatório da ANCINE.
- II. As regras de definição de obra audiovisual brasileira e obra audiovisual brasileira independente devem ser aquelas previstas na legislação ordinária aplicável, notadamente a MP 2228-1/2001 e Lei 12.485/2011.
- III. A ANCINE não deveria utilizar deliberações ou instruções normativas para criar regras adicionais à elegibilidade de obras brasileiras e brasileiras independentes a cumprirem as cotas de conteúdo audiovisual brasileiro em nenhum segmento de mercado, notadamente aquelas já impostas à televisão por assinatura, devendo os efeitos desse conceito de Poder Dirigente e seus acessórios, como elementos pré-existentes, elementos derivados e outras regras, notadamente nos mecanismos de coprodução de fomento indireto, e, com mais razão aos recursos do art. 39, X da MP 2228-1/2001.
- IV. A ANCINE não deveria estabelecer regra de limitação da liberdade contratual entre agentes econômicos, notadamente naquelas em que sequer há investimentos de fomento indireto (Lei do Audiovisual) ou do art. 39,X da MP 2228-1/2001, competindo-lhe fazer o acompanhamento da evolução do mercado.
- V. Como apontado anteriormente no item 6 deste documento, maior liberdade contratual para os agentes econômicos atuantes na produção e coprodução beneficiaria fortemente o mercado e indústria audiovisuais brasileira, melhorando o ambiente de negócios por meio de maior liberdade, estabilidade e segurança jurídica – em última análise, ampliando investimentos e aumentando a competitividade do produto audiovisual nacional

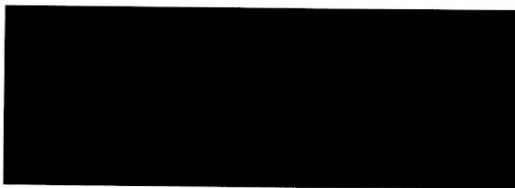


- VI. O Estado com seus mecanismos de fomento direto, como o FUNDO SETORIAL DO AUDIOVISUAL, por exemplo, tem instrumentos de direito público próprios, tais como regulamentos, chamadas públicas e editais, que são suficientes a estabelecer as regras para os interessados se habilitarem à captação de recursos. É desnecessário um conceito abstrato editado pela ANCINE como o Poder Dirigente para dar conta daquilo que tais editais, chamamentos públicos e regulamentos podem fazer autonomamente de forma concreta e objetiva.
- VII. Com a eliminação do conceito abstrato de Poder Dirigente, caso a ANCINE decida por estabelecer regras específicas, em normas concretas e não abstratas, autorizadas na forma da Lei, de regulação de fomento direto e/ou indireto, subordinado ao devido processo legal de formação de uma norma reguladora ou regulamentar, a TAP BRASIL e a MPA-AL se reservam no direito e manifesta seu interesse de apresentar suas contribuições sobre o conteúdo apresentado à consulta pública.

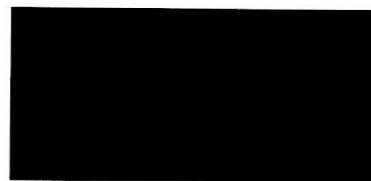
Sem mais pelo momento, a **TAP BRASIL** e a **MPA-AL** permanecerão à disposição para os esclarecimentos adicionais que se façam oportunos, inclusive para reuniões sobre os assuntos acima expostos, se assim se entender necessário, agradecendo antecipadamente atenção dispensada a esta contribuição.

Atenciosamente,

Rio de Janeiro, 26 de dezembro de 2021



MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITELLI
OAB 87.292 SP
Representando a
TAP BRASIL
ASSOCIAÇÃO DOS
PROGRAMADORES DE
TELEVISÃO



ANDRESSA PAPPAS
Diretora de Relações Governamentais da
MPA-AL
MOTION PICTURE ASSOCIATION
AMÉRICA LATINA

São Paulo, 8 de fevereiro de 2021

CONTRIBUIÇÃO À CONSULTA PÚBLICA RELATIVA À NOTÍCIA REGULATÓRIA 10-E/2020

Assunto: Estudo Técnico do instituto do “Poder Dirigente”, para avaliação de resultados regulatórios de sua aplicação.

À Agência Nacional do Cinema,

Para a Brasil Audiovisual Independente – BRAVI, Associação Brasileira de Produtoras Independentes que representa 670 empresas em 21 Unidades da Federação, a política estruturante para o audiovisual brasileiro e brasileiro independente, apartidária e sem coloração ideológica, tem alguns alicerces conceituais determinantes para o ciclo virtuoso do audiovisual brasileiro independente. Um deles, o conceito de “Poder Dirigente” está na essência da regulamentação de toda legislação dedicada ao estímulo à produção audiovisual brasileira independente. O mesmo é determinante para a sua efetividade, em atenção aos princípios da comunicação audiovisual de acesso condicionado, inscritos no art. 4º da Lei nº 12.485/2011, da Política Nacional do Cinema, estabelecidos pelo art. 2º da Medida Provisória nº 2.228-1/ 2001, e da Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, promulgada pelo Decreto nº 6.177/ 2007; bem como, aos objetivos da Agência Nacional do Cinema, estabelecidos pelo art. 2º da Medida Provisória nº 2.228-1/2001 e do Programa De Apoio ao Desenvolvimento da Indústria Audiovisual – PRODAV, estabelecidos nos itens 10 à 17 de seu Regulamento Geral.

De maneira flagrantemente ilegal e inconstitucional, a sua alteração pode anular, efetivamente, todos os mecanismos de estímulo a produção audiovisual brasileira independente em vigência no país. Alterações desta natureza nos efeitos da legislação audiovisual estão além das atribuições e poderes da Agência Nacional do Cinema e somente poderiam ser realizadas no âmbito do Congresso Nacional.

Desta forma, considerando, ainda, o ambiente de lentidão e ameaça de descontinuidade que acometeu, nos últimos anos, as instituições e políticas públicas destinadas a promover o desenvolvimento do setor, contexto este agravado pela emergência da pandemia de COVID-19, nos surpreende que a ANCINE tenha entendido ser este um momento oportuno para iniciar o debate público sobre um dispositivo essencial de sua regulamentação infralegal, cuja alteração pode ter consequências trágicas para a atividade de produção audiovisual independente no país.

Neste sentido, não nos furtando ao debate, ainda que em momento inoportuno, apresentamos nossas contribuições sobre a Nota Técnica nº 2-E/2020, conforme segue.

I – DA RELEVÂNCIA DO CONCEITO DE PODER DIRIGENTE PARA A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO DA PRODUÇÃO AUDIOVISUAL INDEPENDENTE BRASILEIRA

O estímulo à produção audiovisual brasileira independente é um pilar central nas legislações que tratam do setor, sendo previsto explicitamente em todos os mecanismos de estímulo à produção ou comunicação pública de obras audiovisuais em vigor no país, como pode-se depreender dos dispositivos transcritos abaixo:

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

(...)

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

“Lei 8.685/1888, Art. 1º Até o exercício fiscal de 2024, inclusive, os contribuintes poderão deduzir do imposto de renda devido as quantias investidas na produção de obras audiovisuais brasileiras de produção independente, mediante a aquisição de quotas representativas dos direitos de comercialização das referidas obras, desde que esses investimentos sejam realizados no mercado de capitais, em ativos previstos em lei e autorizados pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e os projetos de produção tenham sido previamente aprovados pela Agência Nacional do Cinema (Ancine).

“Lei 8.685/1888, Art. 1º-A Até o ano-calendário de 2024, inclusive, as quantias referentes ao patrocínio à produção de obras audiovisuais brasileiras de produção independente, cujos projetos tenham sido previamente aprovados pela Ancine, poderão ser deduzidas do imposto de renda devido apurado: (Redação dada pela Lei nº 14.044, de 2020)

“Lei 8.685/1888, Art. 3º Os contribuintes do Imposto de Renda incidente nos termos do art. 13 do Decreto-Lei nº 1.089, de 1970, alterado pelo art. 2º desta Lei, poderão beneficiar-se de abatimento de 70% (setenta por cento) do imposto devido, desde que invistam no desenvolvimento de projetos de produção de obras cinematográficas brasileiras de longa metragem de produção independente, e na co-produção de telefilmes e minisséries brasileiros de produção independente e de obras cinematográficas brasileiras de produção independente.

“Art. 3º-A. Os contribuintes do Imposto de Renda incidente nos termos do art. 72 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, beneficiários do crédito, emprego, remessa, entrega ou pagamento pela aquisição ou remuneração, a qualquer título, de direitos, relativos à transmissão, por meio de radiodifusão de sons e imagens e serviço de comunicação eletrônica de massa por assinatura, de quaisquer obras audiovisuais ou eventos, mesmo os de competições desportivas das quais faça parte representação brasileira, poderão beneficiar-se de abatimento de 70% (setenta por cento) do imposto devido, desde que invistam no desenvolvimento de projetos de produção de obras cinematográficas brasileira de longa-metragem de produção independente e na co-produção de obras cinematográficas e videofonográficas brasileiras de produção independente de curta, média e longas-metragens, documentários, telefilmes e minisséries.

“MP 2.228-1/2001, Art. 39, Inciso X - a CONDECINE de que trata o parágrafo único do art. 32, referente à programação internacional, de que trata o inciso XIV do art. 1º, desde que a programadora beneficiária desta isenção opte por aplicar o valor correspondente a 3% (três por cento) do valor do pagamento, do crédito, do emprego, da remessa ou da entrega aos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior, das importâncias relativas a rendimentos ou remuneração decorrentes da exploração de obras cinematográficas ou videofonográficas ou por sua aquisição ou importação a preço fixo, bem como qualquer montante referente a aquisição ou licenciamento de qualquer forma de direitos, em projetos de produção de obras cinematográficas e videofonográficas brasileiras de longa, média e curta metragens de produção independente, de co-produção de obras cinematográficas e videofonográficas brasileiras de produção independente, de telefilmes, minisséries,

documentais, ficcionais, animações e de programas de televisão de caráter educativo e cultural, brasileiros de produção independente, aprovados pela ANCINE.”

“MP 2.228-1/2001, Art. 43. Os recursos captados pelos FUNCINES serão aplicados, na forma do regulamento, em projetos e programas que, atendendo aos critérios e diretrizes estabelecidos pela ANCINE, sejam destinados a:

I - projetos de produção de obras audiovisuais brasileiras independentes realizadas por empresas produtoras brasileiras;”

“MP 2.228-1/2001, Art. 47. Como mecanismos de fomento de atividades audiovisuais, ficam instituídos, conforme normas a serem expedidas pela Ancine:

I - o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Brasileiro - PRODECINE, destinado ao fomento de projetos de produção independente, distribuição, comercialização e exibição por empresas brasileiras;

II - o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Audiovisual Brasileiro - PRODAV, destinado ao fomento de projetos de produção, programação, distribuição, comercialização e exibição de obras audiovisuais brasileiras de produção independente;

“Lei 12.485/2011, Art. 16. Nos canais de espaço qualificado, no mínimo 3h30 (três horas e trinta minutos) semanais dos conteúdos veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço qualificado, e metade deverá ser produzida por produtora brasileira independente.”

“Lei 12.485/2011, Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

III - Canal Brasileiro de Espaço Qualificado: canal de espaço qualificado que cumpra os seguintes requisitos, cumulativamente:

(...)

b) veicular majoritariamente, no horário nobre, conteúdos audiovisuais brasileiros que constituam espaço qualificado, sendo metade desses conteúdos produzidos por produtora brasileira independente;

(...)”

““Lei 12.485/2011, Art. 17, § 4º Dos canais brasileiros de espaço qualificado a serem veiculados nos pacotes, ao menos 2 (dois) canais deverão veicular, no mínimo, 12 (doze) horas diárias de conteúdo audiovisual brasileiro produzido por produtora brasileira independente, 3 (três) das quais em horário nobre.”

Como evidenciado pelos dispositivos transcritos acima, a **correta regulamentação do que o estado compreende como “obra audiovisual brasileira de produção independente” é central para a efetividade da política nacional voltada ao estímulo à sua produção, uma vez que a mesma é seu objeto central.**

A regulamentação em vigor foi estabelecida pela ANCINE em 2012, quando da regulamentação da Lei 12.485/2011, tendo sido fixada na Instrução Normativa ANCINE nº 104/2012.

Tal regulamentação teve como méritos uniformizar o tratamento dado à expressão nas várias legislações em que se encontra inserida, bem como preencher lacunas e dissolver possíveis ambiguidades na sua interpretação, com foco em dar efetividade aos objetivos da Política Nacional do Cinema e do Audiovisual e das legislações que a sustentam.

O dispositivo legal que baliza a interpretação do conceito de “obra audiovisual brasileira de produção independente”, regulamentado pela ANCINE, está disposto no Art. 1º, Incisos IV e V da MP 2228-1/2001, transcritos abaixo:

“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;

V - obra cinematográfica brasileira ou obra videofonográfica brasileira: aquela que atende a um dos seguintes requisitos: (Redação dada pela Lei nº 10.454, de 13..5.2002)

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; (Redação dada pela Lei nº 10.454, de 13..5.2002)

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.”

Como pode-se depreender da leitura da definição exposta acima, para uma determinada obra audiovisual ser considerada como “brasileira” e de “produção independente” é necessário o cumprimento cumulativo de um conjunto amplo de condições. No que concerne ao debate em torno do conceito de “Poder Dirigente”, uma destas condições merece uma análise mais detalhada: a caracterização de quais pessoas jurídicas/físicas devem ser consideradas produtoras e detentoras majoritárias de direitos patrimoniais de uma obra audiovisual, para que se verifiquem se as mesmas atendem as condições necessárias para serem classificadas como brasileiras e independentes.

As balizas legais para a interpretação dos comandos trazidos pela MP 2228-1/2001 encontram-se expressos na Lei 9.610/1998, a Lei de Direito Autoral (LDA), conforme apontado pela própria Nota Técnica nº 2-E/2020 – embora a mesma tenha se furtado a uma análise apropriada dos conceitos essenciais para este debate – como veremos a seguir.

A LDA define o conceito de “produtor” em seu Art. 5º, inciso XI, nos seguintes termos:

“XI - produtor - a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação (...) da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;”

Por sua vez, a mesma lei caracteriza “direitos patrimoniais” de uma obra intelectual em seu Art. 28, conforme transcrito abaixo:

“Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.”

Ao realizar o cotejo entre o disposto no inciso Art. 1º. Inciso IV da MP 2228-1/20001, com as definições de produtor e direitos patrimoniais estabelecidas pela Lei de Direito Autoral, torna-se imperativo reconhecer que somente pode ser considerada empresa produtora de uma obra audiovisual, aquela que atende a três condições cumulativamente:

1 – Toma a iniciativa de sua realização

2 – É a responsável econômica por sua primeira fixação, qualquer que seja a natureza do suporte

3 – É detentora majoritária dos direitos de utilizar, fruir e dispor da obra

Cabe observar, que há um erro comum na interpretação da expressão “detenção majoritária de direitos patrimoniais”, derivada da prática corriqueira na redação de contratos, em particular aqueles que estabelecem condições para coprodução de uma obra por várias empresas.

Nestes instrumentos, ao se estabelecer cotas patrimoniais em valores percentuais para os vários coprodutores, induz-se ao erro de perceber tal comando como condensando a integralidade das disposições sobre os direitos patrimoniais da obra. Tal fato não procede.

Conforme expresso claramente no Art. 28 da Lei 9.610/1998, acima citado, os direitos patrimoniais condensam todos os direitos relativos ao uso, fruição e disposição de uma obra intelectual, ou seja, todos os direitos de autor, à exceção dos direitos morais. Estão contidos no âmbito dos direitos patrimoniais, portanto, os direitos de exploração comercial, comunicação pública, percepção de receitas, ou quaisquer outros direitos relativos ao patrimônio da obra.

Neste sentido, a divisão percentual de cotas patrimoniais, usualmente praticada em “contratos de coprodução”, tem efeito apenas sobre dois destes direitos. O primeiro, relativo ao particionamento das receitas auferidas pela exploração comercial da obra (Receita líquida do produtor). O segundo, inspirado pela prática do direito societário, relativo à tomada de decisões sobre o uso, fruição e disposição da obra.

Tais cláusulas, não contemplam, portanto, a totalidade dos direitos patrimoniais, os quais incluem um conjunto de outros direitos cuja disposição não é estabelecida em termos percentuais. Tal é o caso, por exemplo, dos direitos de exploração comercial e comunicação pública cujo particionamento se organiza em termos de prazo, territórios e segmentos de mercado, sendo normalmente dispostos em outras cláusulas contratuais.

A observação desta divergência entre o senso comum e o efetivamente disposto pela legislação é fundamental para que se interprete corretamente o disposto no Art. 1º, inciso IV da MP 2228-1/2001. **A expressão “ser detentora majoritária dos direitos patrimoniais sobre a obra audiovisual” não pode ser reduzida a uma mera formalidade contratual, expressa na forma de um percentual, sem significado real e efetivo. Ao contrário, ela deve ser compreendida na forma como está prevista na legislação de direito autoral: como implicando a capacidade de controlar os direitos de utilizar, fruir e dispor da obra audiovisual.**

É sob este diapasão que deve ser analisada a regulamentação estabelecida pela ANCINE na Instrução Normativa nº 104/2012 e em particular o conceito de “Poder Dirigente”.

O referido conceito está regulamentado no Art. 1º, Inciso XL da Instrução normativa nº 104 nos seguintes termos:

“XL – 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;”

Como se depreende de sua leitura, a regulamentação da ANCINE emprestou do direito societário o conceito de poder de controle e aplicou-o sobre o conjunto de direitos patrimoniais da obra audiovisual. As razões para tal opção podem ser verificadas na própria Nota Técnica nº 2-E/2020 em seu item 5.2.20:

“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.”

O direito societário e sua legislação tem uma longa e consolidada trajetória no trato com a dificuldade de determinação dos entes que detém poder de controle sobre uma sociedade empresária. O caso típico, é exemplar para o debate em tela, é a situação em que a detenção majoritária de cotas societárias (poder de direito) não se traduz em poder real de controle sobre a empresa (poder de fato).

Nesta situação, dispositivos contratuais podem conceder um conjunto amplo de poderes a sócios “minoritários”, ou mesmo entes não participantes da sociedade, que ao cabo delegam a estes o seu controle. A prática consolidada no direito societário, nestes casos, é a identificação dos detentores de poder de controle de fato, para sobre eles aplicar os comandos legais que sejam pertinentes.

Conforme apontado pela própria Nota Técnica nº 2-E/2020 no item supracitado, este é um risco concreto que paira sobre a efetividade da política de estímulo à produção audiovisual brasileira independente. A regulamentação inadequada Art. 1º, Incisos IV e V da MP 2228-1/2001, poderia permitir interpretações que subvertem integralmente os objetivos da legislação do setor, ao conceder fomento público federal e outros benefícios legais a obras audiovisuais apenas formalmente brasileiras, mas de fato estrangeiras ou não independentes.

Neste sentido, a regulamentação da ANCINE, em particular o conceito de “Poder Dirigente”, foi extremamente feliz ao trazer para o âmbito da aplicação da legislação audiovisual a prática, consagrada no direito societário, de identificar os detentores de fato dos direitos patrimoniais sobre as obras audiovisuais e não os detentores meramente formais.

A conexão entre o conceito de “Poder Dirigente” e os dispositivos legais exarados pela MP 2228-1/2001 que regulamentam a classificação da nacionalidade brasileira e independente da obra audiovisual, se deu através do Art. 1º, §§ 6º e 7º da IN 104/2012, á saber:

“XXXII. Obra Audiovisual Não Publicitária Brasileira: obra audiovisual não publicitária que atende a um dos seguintes requisitos, nos termos do inciso V do art. 1º da Medida Provisória n.º 2.228-1, de 06 de setembro de 2001:

a) ser produzida por empresa produtora brasileira, registrada na ANCINE, ser dirigida por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no País há mais de 03 (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 05 (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 coprodução cinematográfica e em consonância com os mesmos; ou

c) ser realizada, em regime de coprodução, por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de coprodução, 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 03 (três) anos.

(...)

XLI. Produtor(a): pessoa natural ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica pela primeira fixação da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;

(...)

§ 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.

§ 7º Para os fins do inciso XLI, compreende-se como responsáveis econômicos pela primeira fixação da obra audiovisual os agentes econômicos que detenham poder dirigente sobre o patrimônio da obra ao final de sua produção.

O Art. 1º, §7º da IN 104/2012, corretamente, afasta qualquer ambiguidade na interpretação do conceito de produtor exarado pela LDA, que possa pretender reduzir seu papel ao de mero executor da obra. Neste sentido, o dispositivo proposto pela ANCINE, esclarece que somente pode ser considerado “responsável econômico pela primeira fixação da obra”, o ente que detenha poder dirigente sobre o patrimônio da obra ao final de sua produção.

Tal interpretação deriva do fato, evidente, que em um ambiente econômico e comercial saudável, não se pode considerar como “responsável econômico” o ente que atuou como mero repassador de recursos financeiros de terceiros, sem ter retido resultado patrimonial do investimento destes recursos. Em outras palavras, se uma empresa desembolsa recursos próprios para o financiamento à criação de uma obra audiovisual, e ao final de sua produção é controladora do patrimônio desta obra, esta empresa deve ser considerada como “responsável econômica por sua fixação”, ainda que uma terceira empresa a tenha executado sob encomenda.

Em um cenário ainda mais grave, não seria admissível que uma empresa brasileira independente, a despeito de ter sido executora de recursos públicos federais destinados a estimular o desenvolvimento do setor audiovisual brasileiro, repassasse os frutos deste investimento a empresas estrangeiras ou não independentes. Tal ação seria flagrantemente ilegal, pois desvirtuaria os objetivos da política nacional do cinema e do audiovisual.

Por sua vez, o Art. 1º, §6º da IN 104/2012, de forma didática, reitera e explícita o disposto pelos Art 1º, §7º em conjunção com o Art. 1º, incisos XXXII e XLI, deixando claro que, para fins de determinação da nacionalidade brasileira de uma obra audiovisual, não será considerada como empresa produtora “o agente econômico cuja relação com a obra audiovisual seja exclusivamente a sua contratação para prestação de serviços”.

Tal interpretação legal se coaduna perfeitamente com o Art. 221 da Constituição Federal, os princípios da Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, da Política Nacional do Cinema e da comunicação audiovisual de acesso condicionado; bem como, aos objetivos da Agência Nacional do Cinema e do Programa De Apoio ao Desenvolvimento da Indústria Audiovisual – PRODAV. Sendo inclusive imperativo que assim o seja, sob pena de subversão destes mesmos princípios e objetivos, o que constituiria uma ação regulatória francamente ilegal e inconstitucional.

II – DOS EFEITOS POSITIVOS DA REGULAMENTAÇÃO DO CONCEITO DE PODER DIRIGENTE PARA O DESENVOLVIMENTO DO SETOR DE PRODUÇÃO AUDIOVISUAL BRASILEIRO INDEPENDENTE

Ao analisar os resultados da regulamentação do conceito de Poder Dirigente para o desenvolvimento do setor de produção audiovisual brasileiro, nos surpreendeu a afirmação reiterada e categórica apresentada pela Nota Técnica nº 2-E/2020 de que a mesma não teria sido benéfica ao setor. Tais afirmações encontram-se exaradas nos itens 6.3 a 6.5, transcritos abaixo:

“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 auto sustentabilidade 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 garantem a convergência de objetivos dos agentes econômicos envolvidos e a alocação de recursos privados no financiamento das obras brasileiras.”

Em primeiro lugar é preciso destacar que tais conclusões encontram-se em franca contradição com o disposto na própria Nota Técnica nº 2-E/2020, a qual reiteradamente afirma uma suposta inviabilidade da verificação dos resultados desta regulamentação, como pode ser verificado nos trechos transpostos abaixo:

“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). (...)”

Sem uma análise quantitativa adequada, afirmações como: o conceito de Poder Dirigente não aumentou “a capacidade dos produtores independentes brasileiros em reter direitos patrimoniais de forma a alavancar renda com a exploração comercial das suas obras”, ou não aumentou “a capacidade de circulação das obras em diversos segmentos de mercado”, são meras ilações, e como tais não deveriam compor as conclusões de uma Nota Técnica que pretenda tratar adequadamente um assunto sensível e determinante para o setor regulado como o tratado nesta consulta pública.

Em segundo lugar, nos surpreende também a recusa da ANCINE em utilizar suas próprias bases de dados e relatórios de acompanhamento de mercado para embasar a análise dos resultados da política pública em tela.

A “averiguação dos licenciamentos através das emissões dos CRTs (Certificado de Registro de Título)”, a verificação da “Renda Líquida do Produtor e retorno ao FSA” e a “circulação em diversos canais através do cotejo entre CPBs e CRTs” citados nos itens 5.2.58 e 5.2.49, são estudos plenamente factíveis de serem realizados com os dados disponíveis e organizados na agência, sendo inclusive realizados rotineiramente em estudos e relatórios publicados pela agência no Observatório do Cinema e do Audiovisual (OCA).

Por exemplo, no informe de TV Paga 2014¹ publicado pela SAM/ANCINE, informa-se que dois anos após a regulamentação do conceito de Poder Dirigente pela ANCINE (2012) o volume de conteúdo brasileiro veiculado na amostra de 17 canais de espaço qualificado (CEQ) monitorados pela agência aumentou 159%.

Em apresentação² realizada pelo Diretor Presidente da ANCINE sobre os resultados da Política Nacional do Cinema e do Audiovisual, realizado em 2017, aponta-se que o volume de conteúdo brasileiro independente veiculado na TV Paga aumentou em 10 vezes entre 2009 e 2016, passando de 1% para 10,9% da programação total veiculada em Canais Brasileiros de Espaço Qualificado. Volume este que segue se ampliando, como pode ser verificado por dados recentes publicados pela ANCINE em 2020, no Informe de TV Paga 2019³, o qual apontou que a veiculação de conteúdo brasileiro independente corresponde, hoje, a 12,4% da programação total de canais brasileiros de espaço qualificado, chegando a 19,7% quando considerado apenas o horário nobre de canais não infantis. Um aumento de quase 20 vezes, quando

¹ https://www.gov.br/ancine/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/apresentacoes/copy_of_ApresentaoTVPagavfinal.pdf

² <https://www.gov.br/ancine/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/apresentacoes/ApresentaoSemiriointernacional20172.1.pdf>

³ https://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/repositorio/pdf/tv_paga_2019.pdf

comparado a participação do conteúdo brasileiro independente na programação da TV Paga anteriormente a regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” pela ANCINE.

Como pode-se verificar pelos dados divulgados pela própria agência em seus relatórios regulares, é flagrantemente inverídica a conclusão afirmada pela Nota Técnica nº 2-E/2020 de que a regulamentação do conceito de Poder Dirigente não atingiu seu objetivo de “aumentar a capacidade de circulação das obras em diversos segmentos de mercado, conferindo maior acesso às mesmas por parte da população”.

Os dados são claros em evidenciar que não apenas estes objetivos foram alcançados, como tornam incontestável verificar que regulamentação da Lei 12.485/2011, e a sua harmonização com o arcabouço legislativo do audiovisual, promovida pela ANCINE em 2012, no qual o conceito de Poder Dirigente cumpre um papel fundamental, permitiram a expansão da circulação de conteúdo brasileiro independente em velocidade e alcances inéditos na história brasileira.

Da mesma forma, no que concerne ao objetivo de “aumentar a capacidade dos produtores independentes brasileiros em reter direitos patrimoniais de forma a alavancar renda com a exploração comercial das suas obras”, bem como de “gerar” receitas ao produtor independente ao longo do ciclo de valor das suas obras”, os dados disponíveis nas bases de dado da ANCINE deixam claro que os mesmos foram atingidos.

No que concerne a dados “quantitativos”, a análise dos relatórios de retorno financeiro do Fundo Setorial do Audiovisual permite verificar com enorme precisão o volume de receita gerada pelo licenciamento das obras audiovisuais financiadas com estes recursos. Ainda que não estejam contidos neste universo as obras audiovisuais brasileiras independentes fomentadas com recursos públicos incentivados ou com recursos privados, esta análise permite estabelecer uma estimativa razoável do retorno financeiro auferido por empresas produtoras independentes sob a proteção do conceito de “Poder Dirigente”.

No que concerne a uma análise “qualitativa”, considerando que a ANCINE, através do Regulamento Geral do Fundo Setorial, em seu item 130.1⁴, e da Deliberação nº 95/2010 em seu art. 1º⁵, vedam que a distribuição de receitas líquidas ao produtor brasileiro independente, relativa à exploração comercial de obras financiadas com recursos públicos federais, seja inferior a sua participação patrimonial (a qual precisa corresponder ao mínimo de 51%, conforme o Art.1º, Inciso IV da MP 2228-1/2001), é evidente que a ampliação extraordinária e inédita do licenciamento de obras audiovisuais brasileiras independentes, ocorrida no país a partir de 2012, se reverteu em ampliação do retorno financeiro para os produtores brasileiros independentes.

Neste sentido, é imperativo observar que a regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” foi fundamental para garantir que a ampliação da produção e comunicação pública de obras audiovisuais brasileiras independentes, provocada pelo advento da Lei 12.485/2011, se desse de modo a promover a criação de propriedade intelectual (PI) em poder das empresas produtoras brasileiras, bem como a percepção de receitas derivadas da exploração comercial destas PIs, por estas empresas.

Portanto, a conclusão, afirmada pela ANCINE na Nota Técnica nº 2-E/2020 em tela, de que a regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” não promoveu a retenção de direitos ou geração de receitas por parte do produtor independente, não encontra qualquer sustentação em dados factuais.

⁴ 130.1. O rendimento decorrente da exploração comercial da obra audiovisual caberá aos detentores de direitos patrimoniais e deverá ser distribuído na proporção de suas cotas.

⁵ Art 1º Os rendimentos decorrentes da exploração comercial de obra audiovisual produzida com recursos de renúncia fiscal decorrentes dos mecanismos de incentivo dispostos no inciso X do art. 39 da Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001, e no artigo 3º-A da Lei nº 8.685, de 1993 devem conferir à empresa produtora proponente, no mínimo, o percentual correspondente a partição de seus direitos patrimoniais sobre a obra, independente do segmento de mercado e do território a ser explorado.

III – DA SUPOSTA DIVERGÊNCIA ENTRE O CONCEITO DE PODER DIRIGENTE E A LEI DE DIREITOS AUTORAIS – LDA (LEI 9.610/98)

No que concerne às alegações de incompatibilidade do conceito de poder dirigente com a Lei de Direitos Autorais (LEI 9.610/98) é importante destacar que as mesmas não procedem.

Tais alegações são reunidas pela ANCINE em dois blocos. O primeiro, apresentado nos itens 5.2.15 e 5.2.16 transcritos abaixo, aponta uma suposta dissonância com o Art. 28 da LDA e com o art. 5º, inciso XXVII, da constituição federal que o sustenta:

“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”.

Conforme destacado na própria Nota Técnica nº 2-E/2020, em seus itens 5.2.17 e 5.2.18, o uso pela ANCINE do conceito de poder dirigente se restringe ao âmbito de duas atribuições, quais sejam: a regulamentação do fomento à produção audiovisual independente com recursos públicos federais e da classificação de obras audiovisuais brasileiras para fins de cumprimento das obrigações legais de veiculação de conteúdo brasileiro na TV Paga.

Assim, o conceito não se aplica a obras audiovisuais que não tenham sido fomentadas com recursos públicos federais, ou buscaram ser beneficiadas pelas obrigações de veiculação de conteúdo brasileiro na TV Paga.

Sendo, portanto, opção do autor (ou cessionário de seus direitos autorais) que deseja utilizar mecanismos públicos federais, de fomento à produção audiovisual, submeter-se às condições legais e infralegais que os viabilizem. Assim como é opção do autor adequar-se aos critérios legais e infralegais que lhe permitam se beneficiar das obrigações de veiculação de conteúdo brasileiro na TV Paga.

Não há, em ambos os casos, restrição de direitos que retire do autor a autonomia para utilizar, fruir ou dispor de sua obra, ou que lhe obrigue a se submeter a quaisquer regulamentações infralegais, incluindo àquelas que se utilizam do conceito de “Poder Dirigente”.

Ao contrário, tais regulamentações, e em particular aquelas que se utilizam do conceito de “Poder Dirigente”, tem por objetivo, justamente, oferecer ao autor condições para a produção e comunicação pública de sua obra, com garantia de preservação de seus direitos autorais.

O conceito de poder dirigente, neste sentido, ao contrário do alegado por seus detratores, fortalece os objetivos da Lei de Direito Autoral, criando condições para que autores e produtoras brasileiras independentes possam efetivamente utilizar, fruir e dispor de suas obras audiovisuais. Tal interpretação é reconhecida pela Nota Técnica nº 2-E/2020 em seus itens 5.2.19 e 5.2.20, transcritos abaixo:

“5.2.19. (...), 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.”

O segundo bloco de suposta divergência entre o conceito de “Poder Dirigente” e a LDA, diz respeito a suposta incompatibilidade entre o conceito de “Poder Dirigente” com a definição de produtor da obra audiovisual exarada pela LDA. Tal “divergência” é apontada nos itens 5.2.34 e 5.2.35 da Nota Técnica nº 2-E/2020, transcritos abaixo:

“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. Observarmos de outros estudo, relatos de duas formas de prestação de serviços: a) aquela em que o idealizador contratam um 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.”

Tal alegação não procede, como pode-se depreender do cotejo entre a definição de produtor trazida pelo Art. 5º, Inciso XI da Lei 9.610/98 e sua interpretação à luz a IN ANCINE nº 104/2012, conforme exposto na Seção I desta contribuição.

Reiterando a análise ali exarada, não se pode subverter a intenção do legislador e reduzir a figura do produtor definida na LDA a de um mero executor. A expressão “tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual”, presente na definição de produtor instituída pela LDA, precisa ser interpretada à luz de seu pleno significado, que implica tanto a reunião das condições de financiamento da produção da obra audiovisual quanto a capacidade de fruir, usar e dispor da obra audiovisual uma vez produzida.

Neste sentido, um paralelo com a indústria fonográfica pode ser esclarecedor.

De forma simplificada, imaginemos a seguinte situação. De um lado temos uma editora/gravadora musical e de outro um estúdio de gravação que presta serviços a esta gravadora. Se a editora/gravadora contrata o estúdio para a produção de um fonograma, paga por estes serviços e retém ao final seus direitos patrimoniais, a luz da LDA, ela é inequivocamente a responsável econômica por sua primeira fixação e, portanto, produtora do fonograma. Tal fato se conformar, ainda que, por ventura, o estúdio houvesse procurado a editora/gravadora com a ideia de gravar tal fonograma. Pois, se o negócio jurídico, ao final e ao cabo, se configura nos mesmos termos, o fato da iniciativa ter sido tomada por uma ou outra parte, é pouco relevante.

Como pode-se perceber, mesmo que considerados apenas os efeitos sobre outras áreas da criação intelectual, não é cabível a interpretação de que o produtor de uma obra seja apenas um executor que não detém direitos patrimoniais sobre a mesma no momento de sua primeira fixação.

IV - DA SUPOSTA DIVERGÊNCIA ENTRE O CONCEITO DE PODER DIRIGENTE E O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA.

Em seus itens 5.2.21 à 5.2.25 a Nota Técnica nº 2-E/2020 insinua haver possível incompatibilidade entre as “condicionantes inerentes ao conceito de Poder Dirigente” e o princípio da livre iniciativa proposto no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, cabe destacar que os comandos constitucionais devem ser sempre analisados em conjunto, de modo que nenhum se torne absoluto em detrimento de outros. Neste sentido, o princípio da livre iniciativa deve ser cotejado

com o princípio da soberania, afirmado no Inciso I do mesmo artigo constitucional; o objetivo de garantir o desenvolvimento nacional, afirmado no Art. 3º, Inciso II; o direito do autor de usar, fruir e dispor de suas obras, previsto no Art. 5º, inciso XXVII; e, especialmente, a obrigação do Estado de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, assim como o apoio e incentivo à valorização e a difusão das manifestações culturais, estabelecido no Art. 215 da Constituição Federal.

O conceito de Poder Dirigente é, neste sentido, um instrumento fundamental para o estímulo à preservação do controle sobre os direitos autorais patrimoniais das obras audiovisuais em poder em empresas produtoras brasileiras independentes. Cumprindo um papel imprescindível na garantia do exercício dos direitos culturais por empresas e autores brasileiros e na efetivação da fruição econômica dos direitos patrimoniais de obras brasileiras, em particular as produzidas com recursos públicos federais, por estas empresas e autores. A sua regulamentação tem consequências diretas no desenvolvimento do setor audiovisual brasileiro e na promoção da soberania nacional, em particular no que concerne a fruição por empresas e cidadãos brasileiros de benefícios promovidos pela legislação nacional do audiovisual, atendendo, assim, a um conjunto expressivo de comandos constitucionais.

Em que pese ser sustentado por comandos constitucionais claros, conforme demonstrado, é importante afirmar que o conceito de Poder Dirigente não fere de forma alguma o princípio da livre iniciativa.

Conforme demonstrado na Sessão III desta contribuição, as regulamentações da ANCINE que se utilizam do conceito de Poder Dirigente tratam de políticas de estímulo à produção e veiculação de obras audiovisuais brasileiras independentes. As quais são oferecidas aos autores e produtoras brasileiros que podem delas se beneficiar, ou não, conforme seu próprio arbítrio, não havendo qualquer instrumento legal ou infralegal que os constanja.

Tal afirmação é corroborada pela própria Nota Técnica nº 2-E/2020 em seu item 5.2.18, o qual afirma:

“5.2.18. (...) 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.”

Como pode-se perceber, não há que se falar em limitação à livre iniciativa, uma vez que aos autores e empresas brasileiras é dada a opção ou não de se beneficiar de mecanismos de fomento à produção ou de estímulo à veiculação de suas obras audiovisuais, sendo plenamente facultativa a opção de se submeter ou não as regras e condições necessárias para obter tais benefícios.

Cabe ressaltar que este tipo de mecanismo é inerente à imensa maioria das políticas públicas praticadas no Brasil ou no exterior, as quais para obter determinado efeito, condicionam o seu acesso ao cumprimento de determinadas regras. Exemplos de mecanismos semelhantes podem ser encontrados em situações tão díspares quanto: a concessão de aposentadoria pela previdência social; a concessão de benefícios fiscais para a importação de armas de fogo; a concessão de vistos de entrada no país; a concessão de empréstimos a juros baixos através de programas do BNDES; o cumprimento das obrigações de veiculação de conteúdo nacional por provedores de Vídeo por Demanda em países da União Européia; a concessão de benefícios fiscais para pequenos produtores agrícolas nos Estados Unidos; entre inúmeros outros.

Sugerir que o estabelecimento de condicionantes para a fruição de políticas públicas eletivas é incompatível com o princípio da livre iniciativa, é abrir precedentes que inviabilizam a existência de qualquer forma de política pública, seja ela indutora de desenvolvimento, promotora de segurança social ou qualquer outra. Mais ainda, é abrir espaço para a subversão de políticas públicas estabelecidas, de modo que favoreçam, inclusive financeiramente, agentes econômicos que delas não necessitam, no caso do setor audiovisual: empresas estrangeiras e não independentes.

V – CONSIDERAÇÕES SOBRE O CENÁRIO I: DOS RISCOS INERENTES A REVOGAÇÃO DO CONCEITO DE PODER DIRIGENTE

Em suas conclusões finais a Nota Técnica nº 2-E/2020 aponta 3 cenários possíveis para tratamento regulatório, à saber: Revogação do Conceito de Poder Dirigente (Cenário I), aprimoramento do conceito de poder dirigente e harmonização

interna de sua aplicação na ANCINE (Cenário II), substituir o conceito pela regulamentação do instituto da coprodução e regulamentar as disposições de direitos patrimoniais das obras audiovisuais fomentadas com recursos públicos federais (Cenário III).

No que concerne ao Cenário I, concordamos com a percepção da ANCINE, exarada nos itens 5.2.59 a 5.2.64, de que a supressão do conceito de Poder Dirigente seria profundamente prejudicial ao desenvolvimento do setor de produção audiovisual independente no Brasil.

Conforme exposto reiteradamente nesta contribuição, a sua regulamentação constitui pedra angular de sustentação que garante a efetividade dos dispositivos legais de estímulo à produção audiovisual brasileira, e sua supressão sumária subverter tais dispositivos convertendo-os em mecanismos de incentivo a constituição de propriedades intelectuais estrangeiras e não independentes.

Cabe observar apenas, que não procede a afirmação fixada no item 5.2.63, de que não “(seria) possível averiguar qual seria o real impacto na produção audiovisual independente (da supressão do conceito de Poder Dirigente), até porque a ANCINE não possui registro e arquivo de todos esses contratos”.

Como é de conhecimento geral do setor e da própria ANCINE, o envio à agência de contratos que tratam do particionamento de direitos patrimoniais de obras audiovisuais é procedimento necessário para o acesso a recursos públicos federais diretos e indiretos, assim como para a emissão de CPB, estando regulamentado nas Instruções Normativas nº 104/2012 e 125/2015. Tais contratos contém obrigatoriamente (por força das normas supracitadas) as disposições relativas à organização dos direitos patrimoniais das obras audiovisuais independentes, incluindo direitos sobre receita, exploração comercial, comunicação pública e etc.

Como a entrega destes contratos a agência é essencial para o acesso a todos os mecanismos de estímulo à produção, exploração comercial e comunicação pública de obras audiovisuais no país, é fato que a ANCINE tem em seu poder a quase totalidade dos contratos que tratam de distribuição de direitos patrimoniais relativos a obras audiovisuais brasileiras independentes produzidas no Brasil desde 2012. Sendo, portanto, plenamente possível verificar/estimar o profundo impacto que a revogação da regulamentação do conceito de Poder Dirigente teria sobre estes contratos, no sentido da redução dos direitos patrimoniais sob controle das empresas produtoras brasileiras independentes.

VI. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CENÁRIO 2: DO APRIMORAMENTO DO CONCEITOS DE PODER DIRIGENTE E HARMONIZAÇÃO INTERNA DE SUA APLICAÇÃO NA ANCINE (CENÁRIO II)

Evidentemente, é sempre possível e desejável aprimorar o arcabouço regulatório do setor.

No caso particular do conceito de Poder Dirigente, uma crítica possível é a de que a ausência de parâmetros claros e objetivos – em particular sobre os limites temporais, territoriais e de segmentos de mercado da cessão de direitos patrimoniais a partir dos quais o licenciamento descaracterizaria a obra audiovisual como sendo brasileira e/ou de produção independente – abriu espaço para um excesso de subjetividade nas decisões da agência, assim como para divergências na sua aplicação por suas diferentes áreas técnicas (ou mesmo entre servidores de uma mesma área), com consequente aumento da burocracia, insegurança jurídica e do custo de transação a ser arcado pelos produtores independentes.

No entanto, é preciso considerar que a regulamentação destes limites já se encontra estabelecida em diferentes graus de especificidade, para um conjunto amplo de situações, como o acesso a recursos do Fundo Setorial do Audiovisual (disposto no Capítulo VI do Regulamento Geral do PRODAV) e o acesso a recursos públicos federais incentivados (disposto na Deliberação nº 95/2010). Assim, menos do que um movimento de regulamentação inaugural destes limites, trata-se de um movimento de revisão e complementação da regulamentação em vigor.

Além disso, é preciso considerar, ainda, que um avanço na especificação de tais limites, pode trazer um engessamento nas relações negociais do setor audiovisual, os quais também podem ter efeitos deletérios.

Neste sentido, considerando os riscos graves que qualquer alteração nesta regulamentação pode trazer o setor, pelas razões já expostas nesta contribuição, torna-se imperativo que qualquer movimento neste sentido seja precedido pela realização de uma Análise de Impacto Regulatório – AIR, conforme estabelecido no Art. 6º da Lei 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) e regulamentado na Resolução de Diretoria Colegiada n.º 81, de 2018.

Tal análise deve conter uma extensa avaliação quantitativa dos resultados, a partir dos dados disponíveis da agência, assim como uma extensa avaliação qualitativa realizada a partir da análise dos contratos de coprodução depositados na agência sob diferentes circunstâncias e instrumentos regulatórios. Dados e contratos, estes, que estão disponíveis para análise, conforme apontado anteriormente nesta contribuição, a despeito das alegações em contrário, apresentadas na Nota Técnica nº 2-E/2020.

A título de exemplo, seria possível comparar a distribuição dos direitos patrimoniais sobre as obras audiovisuais fomentadas com recursos públicos federais, antes e depois da regulamentação de conceito de Poder Dirigente (publicação da Instrução normativa nº 104/2012), assim como antes e depois da publicação da Deliberação nº 95/2010 ou do Regulamento Geral do PRODAV. Do mesmo modo, é possível verificar através da análise de dados de emissão de CPB, CRT, assim como dos relatórios de programação de TV Paga, o impacto da regulamentação sobre a circulação das obras audiovisuais produzidas sob diferentes momentos da regulamentação da ANCINE. E por fim, os dados de retorno financeiro do FSA permitem estimar o volume de retorno financeiro auferido por produtores independentes, relativos aos licenciamentos de suas obras, assim como os dados fornecidos por produtores e programadores para acesso de recursos financeiros através do Suporte Automático, permite verificar o impacto que a regulamentação em tela possa ter tido sobre as receitas de licenciamento de obras audiovisuais produzidas.

O processo de realização do AIR deveria contar ainda com a contribuição intensa do setor ao longo de sua realização, em particular do segmento de produção audiovisual independente, o mais afetado pela regulamentação em tela.

Avançar no início de um processo de revisão regulatória, de alto impacto setorial, em um momento de extrema fragilidade do setor, em que a Política Nacional do Cinema e do Audiovisual, seus instrumentos legais e as instituições estatais responsáveis por sua efetivação se encontram em risco, sem embasamento da necessária Análise de Impacto Regulatório seria não apenas irresponsável por parte da ANCINE, mas flagrantemente ilegal a luz da Lei 13.848/2019.

VII. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CENÁRIO 3: DOS RISCOS INERENTES A SUA SUBSTITUIÇÃO PELA REGULAMENTAÇÃO DO CONCEITO DE COPRODUÇÃO

Em seu Cenário 03, a Nota Técnica nº 2-E/2020, propõe como alternativa, em seu item 6.11 o que se segue:

“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.”

No que concerne a substituição do conceito de “Poder Dirigente” pela regulamentação do conceito de “Coprodução”, proposta no item 6.11.1, observa-se que não há vantagem imediata derivada de tal alteração, uma vez que as críticas, procedentes, realizadas ao conceito de “Poder Dirigente” dizem respeito a uma eventual falta de detalhamento e objetivação normativa e interpretativa no âmbito da ANCINE. A simples substituição por um outro conceito, seja este “coprodução” ou outro, não traz em si benefício algum.

Cabe reiterar que as críticas à regulamentação do conceito de “Poder Dirigente”, derivadas de sua suposta divergência com a Lei de Direito Autoral ou o princípio da livre iniciativa, são improcedentes, conforme exposto nas seções anteriores desta contribuição.

Além de não trazer benefícios, a substituição do conceito de “Poder Dirigente” pela regulamentação do instituto da “coprodução”, pode trazer graves prejuízos à produção independente brasileira.

O instituto da “coprodução” implica, à luz do direito autoral, da prática consolidada no setor, e da regulamentação praticada pela ANCINE desde sua fundação, no compartilhamento de cotas de direitos patrimoniais entre diferentes entes.

Tal instituto é, ainda, previsto legalmente como meio necessário para acesso a recursos federais de fomento indireto à produção audiovisual, viabilizados através dos Arts. 3º, 3º A da Lei 8.685/1998 e Art. 39, inciso X da MP 2228-1/2001. Os demais mecanismos de fomento à produção audiovisual com recursos públicos federais, inclusive o Fundo Setorial do Audiovisual, prescindem da necessidade de estabelecimento de relações de coprodução entre empresas produtoras independentes, radiodifusoras ou programadoras e, portanto, não implicam em cessão de direitos patrimoniais destes para aqueles.

A substituição da regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” pelo de “Coprodução” tornaria condição padrão, quando não mandatória, para acesso a quaisquer mecanismos de fomento a produção, a cessão de direitos patrimoniais de obras audiovisuais brasileiras independentes brasileiras para empresas radiodifusoras e programadoras.

No caso do acesso a recursos do Fundo Setorial do Audiovisual, por exemplo, o Regulamento Geral do Prodav, estabelece como padrão o instituto do pré-licenciamento como forma de vinculação entre a obra audiovisual fomentada com seus recursos e a empresa radiodifusora ou programadora. Este instituto permite à empresa não independente ter acesso aos direitos de comunicação pública de uma obra audiovisual brasileira, em seu segmento de mercado, preservando em poder do produtor independente os demais direitos patrimoniais para outros fins. Assim, a substituição do modelo de pré-licenciamento, em vigor, pela regulamentação do instituto da coprodução terá como único efeito transferir para controle de empresas estrangeiras e/ou não independentes, parte significativa dos direitos patrimoniais sobre as obras produzidas com recursos do FSA.

Tal cenário trará graves prejuízos à produção audiovisual brasileira independente, promovendo a transferência irrestrita de propriedade intelectual brasileira fomentada com recursos públicos nacionais, para empresas estrangeiras e não independentes, sem nenhum benefício perceptível ao setor audiovisual.

No que concerne ao proposto no item 6.11.2 – a substituição do conceito de “Poder Dirigente” pela regulamentação da disposição das várias modalidades de direitos patrimoniais (exploração comercial, comunicação pública, direitos sobre receitas, etc.) – a alteração nos parece apenas formal e tautológica.

Conforme relatado na seção VI desta contribuição, é possível imaginar o aprimoramento da regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” a partir de um maior detalhamento e especificação da sua verificação, com o estabelecimento de limites claros e objetivos para o licenciamento/cessão das várias modalidades de direito patrimonial, em um movimento de revisão e complementação do já disposto sobre o tema na Instrução Normativa nº 104/2012, no Capítulo VI do Regulamento Geral do PRODAV e na Deliberação nº 95/2010.

No entanto, fazê-lo fora do abrigo do conceito de “Poder Dirigente” não traz qualquer benefício concreto ao ambiente regulatório do setor. Ao contrário, perde-se em clareza programática – a explicitação de que a legislação do setor deve ser aplicada sobre o detentor de poder de controle de fato e não de direito – e abre-se mão dos avanços promovidos no

ambiente de negócios derivados de sua instituição – notadamente no que diz respeito ao equilíbrio das relações negociais entre empresas produtoras, radiodifusoras e programadoras, conforme atestado pelos relatos exarados na própria Nota Técnica nº 2-E/2020, em seus itens 5.2.61 e 5.2.62, transcritos abaixo:

“5.2.61. (...) 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.”

Atenciosamente,

Mauro Garcia – Presidente Executivo da BRAVI

ANCINE – Agência Nacional do Cinema
Av. Graça Aranha, 35 - Centro
Rio de Janeiro – RJ - CEP: 20.030-002
Att.: Ouvidor Frederico Simões Sena
Cc/ Diretoria Colegiada
Assunto: Consulta Pública Relativa à NOTÍCIA REGULATÓRIA 11-E/2020/Poder Dirigente

Exmo. Sr. Diretor Presidente, Diretoria Colegiada, e Ouvidoria,

Rio de Janeiro, 09 de fevereiro de 2021.

No intuito de contribuir positivamente para o aprimoramento regulatório do setor audiovisual, a ABRACI vem por meio desta dar a sua contribuição à consulta pública relativa à **NOTÍCIA REGULATÓRIA 11-E/2020** referentes ao conceito de **PODER DIRIGENTE**.

O conceito de “Poder Dirigente” está na essência da regulamentação de toda legislação dedicada ao estímulo à produção audiovisual brasileira independente. O mesmo é determinante para a sua efetividade, em atenção aos princípios da comunicação audiovisual de acesso condicionado, inscritos no art. 4º da Lei nº 12.485/2011, da Política Nacional do Cinema, estabelecidos pelo art. 2º da Medida Provisória nº 2.228-1/ 2001, e da Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, promulgada pelo Decreto nº 6.177/ 2007; bem como, aos objetivos da Agência Nacional do Cinema, estabelecidos pelo art. 2º da Medida Provisória nº 2.228-1/2001 e do Programa De Apoio ao Desenvolvimento da Indústria Audiovisual – PRODAV, estabelecidos nos itens 10 à 17 de seu Regulamento Geral.

De maneira flagrantemente ilegal e inconstitucional, a sua alteração pode anular, efetivamente, todos os mecanismos de estímulo a produção audiovisual brasileira independente em vigência no país. Alterações desta natureza nos efeitos da legislação audiovisual estão além das atribuições e poderes da Agência Nacional do Cinema e somente poderiam ser realizadas no âmbito do Congresso Nacional.

Desta forma, considerando, ainda, o ambiente de lentidão e ameaça de descontinuidade que acometeu, nos últimos anos, as instituições e políticas públicas destinadas a promover o desenvolvimento do setor, contexto este agravado pela emergência da pandemia de COVID-19, nos surpreende que a ANCINE tenha entendido ser este um momento oportuno para iniciar o debate público sobre um dispositivo essencial de sua regulamentação infralegal, cuja alteração pode ter consequências trágicas para a atividade de produção audiovisual independente no país.

Neste sentido, não nos furtando ao debate, ainda que em momento inoportuno, apresentamos nossas contribuições sobre a Nota Técnica nº 2-E/2020, conforme segue.

coprodução, 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.”

Como pode-se depreender da leitura da definição exposta acima, para uma determinada obra audiovisual ser considerada como “brasileira” e de “produção independente” é necessário o

cumprimento cumulativo de um conjunto amplo de condições. No que concerne ao debate em torno do conceito de “Poder Dirigente”, uma destas condições merece uma análise mais detalhada: a caracterização de quais pessoas jurídicas/físicas devem ser consideradas produtoras e detentoras majoritárias de direitos patrimoniais de uma obra audiovisual, para que se verifiquem se as mesmas atendem as condições necessárias para serem classificadas como brasileiras e independentes.

As balizas legais para a interpretação dos comandos trazidos pela MP 2228-1/2001 encontram-se expressos na Lei 9.610/1998, a Lei de Direito Autoral (LDA), conforme apontado pela própria Nota Técnica nº 2-E/2020 – embora a mesma tenha se furtado a uma análise apropriada dos conceitos essenciais para este debate – como veremos a seguir.

A LDA define o conceito de “produtor” em seu Art. 5º, inciso XI, nos seguintes termos:

“XI - produtor - a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação (...) da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;”

Por sua vez, a mesma lei caracteriza “direitos patrimoniais” de uma obra intelectual em seu Art. 28, conforme transcrito abaixo:

“Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.”

Ao realizar o cotejo entre o disposto no inciso Art. 1º, Inciso IV da MP 2228-1/2001, com as definições de produtor e direitos patrimoniais estabelecidas pela Lei de Direito Autoral, torna-se imperativo reconhecer que somente pode ser considerada empresa produtora de uma obra audiovisual, aquela que atende a três condições cumulativamente:

- 1 – Toma a iniciativa de sua realização
- 2 – É a responsável econômica por sua primeira fixação, qualquer que seja a natureza do suporte
- 3 – É detentora majoritária dos direitos de utilizar, fruir e dispor da obra

Cabe observar, que há um erro comum na interpretação da expressão “detenção majoritária de direitos patrimoniais”, derivada da prática corriqueira na redação de contratos, em particular aqueles que estabelecem condições para coprodução de uma obra por várias empresas.

Nestes instrumentos, ao se estabelecer cotas patrimoniais em valores percentuais para os vários coprodutores, induz-se ao erro de perceber tal comando como condensando a integralidade das disposições sobre os direitos patrimoniais da obra. Tal fato não procede.

Conforme exposto claramente no Art. 28 da Lei 9.610/1998, acima citado, os direitos patrimoniais condensam todos os direitos relativos ao uso, fruição e disposição de uma obra intelectual, ou seja, todos os direitos de autor, a exceção dos direitos morais. Estão contidos no âmbito dos direitos patrimoniais, portanto, os direitos de exploração comercial, comunicação pública, percepção de receitas, ou quaisquer outros direitos relativos ao patrimônio da obra.

Neste sentido, a divisão percentual de cotas patrimoniais, usualmente praticada em “contratos de coprodução”, tem efeito apenas sobre dois destes direitos. O primeiro, relativo ao

particionamento das receitas auferidas pela exploração comercial da obra (Receita líquida do produtor). O segundo, inspirado pela prática do direito societário, relativo à tomada de decisões sobre o uso, fruição e disposição da obra.

Tais cláusulas, não contemplam, portanto, a totalidade dos direitos patrimoniais, os quais incluem um conjunto de outros direitos cuja disposição não é estabelecida em termos percentuais. Tal é o caso, por exemplo, dos direitos de exploração comercial e comunicação pública cujo particionamento se organiza em termos de prazo, territórios e segmentos de mercado, sendo normalmente dispostos em outras cláusulas contratuais.

A observação desta divergência entre o senso comum e o efetivamente disposto pela legislação é fundamental para que se interprete corretamente o disposto no Art. 1º, inciso IV da MP 2228-1/2001. **A expressão “ser detentora majoritária dos direitos patrimoniais sobre a obra audiovisual” não pode ser reduzida a uma mera formalidade contratual, expressa na forma de um percentual, sem significado real e efetivo. Ao contrário, ela deve ser compreendida na forma como está prevista na legislação de direito autoral: como implicando a capacidade de controlar os direitos de utilizar, fruir e dispor da obra audiovisual.**

É sob este diapasão que deve ser analisada a regulamentação estabelecida pela ANCINE na Instrução Normativa nº 104/2012 e em particular o conceito de “Poder Dirigente”.

O referido conceito está regulamentado no Art. 1º, Inciso XL da Instrução normativa nº 104 nos seguintes termos:

“XL – 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;”

Como se depreende de sua leitura, a regulamentação da ANCINE emprestou do direito societário o conceito de poder de controle e aplicou-o sobre o conjunto de direitos patrimoniais da obra audiovisual. As razões para tal opção podem ser verificadas na própria Nota Técnica nº 2-E/2020 em seu item 5.2.20:

“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.”

O direito societário e sua legislação tem uma longa e consolidada trajetória no trato com a dificuldade de determinação dos entes que detêm poder de controle sobre uma sociedade empresária. O caso típico, e exemplar para o debate em tela, é a situação em que a detenção majoritária de cotas societárias (poder de direito) não se traduz em poder real de controle sobre a empresa (poder de fato).

Nesta situação, dispositivos contratuais podem conceder um conjunto amplo de poderes a sócios “minoritários”, ou mesmo entes não participantes da sociedade, que ao cabo delegam a estes o seu controle. A prática consolidada no direito societário, nestes casos, é a identificação dos detentores de poder de controle de fato, para sobre eles aplicar os comandos legais que sejam pertinentes.

Conforme apontado pela própria Nota Técnica nº 2-E/2020 no item supracitado, este é um risco concreto que paira sobre a efetividade da política de estímulo à produção audiovisual brasileira independente. A regulamentação inadequada Art. 1º, Incisos IV e V da MP 2228-1/2001, poderia permitir interpretações que subvertam integralmente os objetivos da legislação do setor, ao conceder fomento público federal e outros benefícios legais a obras audiovisuais apenas formalmente brasileiras, mas de fato estrangeiras ou não independentes.

Neste sentido, a regulamentação da ANCINE, em particular o conceito de “Poder Dirigente”, foi extremamente feliz ao trazer para o âmbito da aplicação da legislação audiovisual a prática, consagrada no direito societário, de identificar os detentores de fato dos direitos patrimoniais sobre as obras audiovisuais e não os detentores meramente formais.

A conexão entre o conceito de “Poder Dirigente” e os dispositivos legais exarados pela MP 2228-1/2001 que regulamentam a classificação da nacionalidade brasileira e independente da obra audiovisual, se deu através do Art. 1º, §§ 6º e 7º da IN 104/2012, á saber:

“XXXII. Obra Audiovisual Não Publicitária Brasileira: obra audiovisual não publicitária que atende a um dos seguintes requisitos, nos termos do inciso V do art. 1º da Medida Provisória n.º 2.228-1, de 06 de setembro de 2001:

a) ser produzida por empresa produtora brasileira, registrada na ANCINE, ser dirigida por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no País há mais de 03 (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 05 (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 coprodução cinematográfica e em consonância com os mesmos; ou

c) ser realizada, em regime de coprodução, por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de coprodução, 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 03 (três) anos.

(...)

XLI. Produtor(a): pessoa natural ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica pela primeira fixação da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;

(...)

§ 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.

§ 7º Para os fins do inciso XLI, compreende-se como responsáveis econômicos pela primeira fixação da obra audiovisual os agentes econômicos que detenham poder dirigente sobre o patrimônio da obra ao final de sua produção.

O Art. 1º, §7º da IN 104/2012, corretamente, afasta qualquer ambiguidade na interpretação do conceito de produtor exarado pela LDA, que possa pretender reduzir seu papel ao de mero executor da obra. Neste sentido, o dispositivo proposto pela ANCINE, esclarece que somente pode ser considerado “responsável econômico pela primeira fixação da obra”, o ente que detenha poder dirigente sobre o patrimônio da obra ao final de sua produção.

Tal interpretação deriva do fato, evidente, que em um ambiente econômico e comercial saudável, não se pode considerar como “responsável econômico” o ente que atuou como mero repassador de recursos financeiros de terceiros, sem ter retido resultado patrimonial do investimento destes recursos. Em outras palavras, se uma empresa desembolsa recursos próprios para o financiamento à criação de uma obra audiovisual, e ao final de sua produção é controladora do patrimônio desta obra, esta empresa deve ser considerada como “responsável econômica por sua fixação”, ainda que uma terceira empresa à tenha executado sob encomenda.

Em um cenário ainda mais grave, não seria admissível que uma empresa brasileira independente, a despeito de ter sido executora de recursos públicos federais destinados a estimular o desenvolvimento do setor audiovisual brasileiro, repasse os frutos deste investimento a empresas estrangeiras ou não independentes. Tal ação seria flagrantemente ilegal, pois desvirtuaria os objetivos da política nacional do cinema e do audiovisual.

Por sua vez, o Art. 1º, §6º da IN 104/2012, de forma didática, reitera e explícita o disposto pelos Art 1º, §7º em conjunção com o Art. 1º, incisos XXXII e XLI, deixando claro que, para fins de determinação da nacionalidade brasileira de uma obra audiovisual, não será considerada como empresa produtora “o agente econômico cuja relação com a obra audiovisual seja exclusivamente a sua contratação para prestação de serviços”.

Tal interpretação legal se coaduna perfeitamente com o Art. 221 da Constituição Federal, os princípios da Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, da Política Nacional do Cinema e da comunicação audiovisual de acesso condicionado; bem como, aos objetivos da Agência Nacional do Cinema e do Programa De Apoio ao Desenvolvimento da Indústria Audiovisual – PRODAV. Sendo inclusive imperativo que assim o seja, sob pena de subversão destes mesmos princípios e objetivos, o que constituiria uma ação regulatória francamente ilegal e inconstitucional.

II – DOS EFEITOS POSITIVOS DA REGULAMENTAÇÃO DO CONCEITO DE PODER DIRIGENTE PARA O DESENVOLVIMENTO DO SETOR DE PRODUÇÃO AUDIOVISUAL BRASILEIRO INDEPENDENTE

Ao analisar os resultados da regulamentação do conceito de Poder Dirigente para o desenvolvimento do setor de produção audiovisual brasileiro, nos surpreendeu a afirmação reiterada e categórica apresentada pela Nota Técnica nº 2-E/2020 de que a mesma não teria sido benéfica ao setor. Tais afirmações encontram-se exaradas nos itens 6.3 à 6.5, transcritos abaixo:

“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.”

Em primeiro lugar é preciso destacar que tais conclusões encontram-se em franca contradição com o disposto na própria Nota Técnica nº 2-E/2020, a qual reiteradamente afirma uma suposta inviabilidade da verificação dos resultados desta regulamentação, como pode ser verificado nos trechos transpostos abaixo:

“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). (...)”

Sem uma análise quantitativa adequada, afirmações como: o conceito de Poder Dirigente não aumentou “a capacidade dos produtores independentes brasileiros em reter direitos patrimoniais de forma a alavancar renda com a exploração comercial das suas obras”, ou não aumentou “a capacidade de circulação das obras em diversos segmentos de mercado”, são meras ilações, e como tais não deveriam compor as conclusões de uma Nota Técnica que pretenda tratar adequadamente um assunto sensível e determinante para o setor regulado como o tratado nesta consulta pública.

Em segundo lugar, nos surpreende também a recusa da ANCINE em utilizar suas próprias bases de dado e relatórios de acompanhamento de mercado para embasar a análise dos resultados da política pública em tela.

A “averiguação dos licenciamentos através das emissões dos CRTs (Certificado de Registro de Título)”, a verificação da “Renda Líquida do Produtor e retorno ao FSA” e a “circulação em diversos canais através do cotejo entre CPBs e CRTs” citados nos itens 5.2.58 e 5.2.49, são estudos plenamente factíveis de serem realizados com os dados disponíveis e organizados na agência, sendo inclusive realizados rotineiramente em estudos e relatórios publicados pela agência no Observatório do Cinema e do Audiovisual (OCA).

Por exemplo, no informe de TV Paga 2014¹ publicado pela SAM/ANCINE, informa-se que dois anos após a regulamentação do conceito de Poder Dirigente pela ANCINE (2012) o volume de conteúdo brasileiro veiculado na amostra de 17 canais de espaço qualificado (CEQ) monitorados pela agência aumentou 159%.

Em apresentação² realizada pelo Diretor Presidente da ANCINE sobre os resultados da Política Nacional do Cinema e do Audiovisual, realizado em 2017, aponta-se que o volume de conteúdo brasileiro independente veiculado na TV Paga aumentou em 10 vezes entre 2009 e 2016, passando de 1% para 10,9% da programação total veiculada em Canais Brasileiros de Espaço Qualificado. Volume este que segue se ampliando, como pode ser verificado por dados recentes publicados pela ANCINE em 2020, no Informe de TV Paga 2019³, o qual apontou que a veiculação de conteúdo brasileiro independente corresponde, hoje, a 12,4% da programação total de canais brasileiros de espaço qualificado, chegando a 19,7% quando considerado apenas o horário nobre de canais não infantis. Um aumento de quase 20 vezes, quando comparado a participação do conteúdo brasileiro independente na programação da TV Paga anteriormente a regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” pela ANCINE.

Como pode-se verificar pelos dados divulgados pela própria agência em seus relatórios regulares, é flagrantemente inverídica a conclusão afirmada pela Nota Técnica nº 2-E/2020 de que a regulamentação do conceito de Poder Dirigente não atingiu seu objetivo de “aumentar a capacidade de circulação das obras em diversos segmentos de mercado, conferindo maior acesso às mesmas por parte da população”.

Os dados são claros em evidenciar que não apenas estes objetivos foram alcançados, como tornam incontestável verificar que regulamentação da Lei 12.485/2011, e a sua harmonização

¹ https://www.gov.br/ancine/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/apresentacoes/copy_of_ApresentaoTVPagavfinal.pdf

² <https://www.gov.br/ancine/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/apresentacoes/ApresentaoSeminriointernacional20172.1.pdf>

³ https://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/repositorio/pdf/tv_paga_2019.pdf

com o arcabouço legislativo do audiovisual, promovida pela ANCINE em 2012, no qual o conceito de Poder Dirigente cumpre um papel fundamental, permitiram a expansão da circulação de conteúdo brasileiro independente em velocidade e alcances inéditos na história brasileira.

Da mesma forma, no que concerne ao objetivo de “aumentar a capacidade dos produtores independentes brasileiros em reter direitos patrimoniais de forma a alavancar renda com a exploração comercial das suas obras”, bem como de “gera(r) receitas ao produtor independente ao longo do ciclo de valor das suas obras”, os dados disponíveis nas bases de dado da ANCINE deixam claro que os mesmos foram atingidos.

No que concerne a dados “quantitativos”, a análise dos relatórios de retorno financeiro do Fundo Setorial do Audiovisual permite verificar com enorme precisão o volume de receita gerada pelo licenciamento das obras audiovisuais financiadas com estes recursos. Ainda que não estejam contidos neste universo as obras audiovisuais brasileiras independentes fomentadas com recursos públicos incentivados ou com recursos privados, esta análise permite estabelecer uma estimativa razoável do retorno financeiro auferido por empresas produtoras independentes sob a proteção do conceito de “Poder Dirigente”.

No que concerne a uma análise “qualitativa”, considerando que a ANCINE, através do Regulamento Geral do Fundo Setorial, em seu item 130.1⁴, e da Deliberação nº 95/2010 em seu art. 1º⁵, vedam que a distribuição de receitas líquidas ao produtor brasileiro independente, relativa à exploração comercial de obras financiadas com recursos públicos federais, seja inferior a sua participação patrimonial (a qual precisa corresponder ao mínimo de 51%, conforme o Art.1º, Inciso IV da MP 2228-1/2001), é evidente que a ampliação extraordinária e inédita do licenciamento de obras audiovisuais brasileiras independentes, ocorrida no país a partir de 2012, se reverteu em ampliação do retorno financeiro para os produtores brasileiros independentes.

Neste sentido, é imperativo observar que a regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” foi fundamental para garantir que a ampliação da produção e comunicação pública de obras audiovisuais brasileiras independentes, provocada pelo advento da Lei 12.485/2011, se desse de modo a promover a criação de propriedade intelectual (PI) em poder das empresas produtoras brasileiras, bem como a percepção de receitas derivadas da exploração comercial destas PIs, por estas empresas.

Portanto, a conclusão, afirmada pela ANCINE na Nota Técnica nº 2-E/2020 em tela, de que a regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” não promoveu a retenção de direitos ou geração de receitas por parte do produtor independente, não encontra qualquer sustentação em dados factuais.

⁴ 130.1. O rendimento decorrente da exploração comercial da obra audiovisual caberá aos detentores de direitos patrimoniais e deverá ser distribuído na proporção de suas cotas.

⁵ Art 1º Os rendimentos decorrentes da exploração comercial de obra audiovisual produzida com recursos de renúncia fiscal decorrentes dos mecanismos de incentivo dispostos no inciso X do art. 39 da Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001, e no artigo 3º-A da Lei nº 8.685, de 1993 devem conferir à empresa produtora proponente, no mínimo, o percentual correspondente a partição de seus direitos patrimoniais sobre a obra, independente do segmento de mercado e do território a ser explorado.

III – DA SUPOSTA DIVERGÊNCIA ENTRE O CONCEITO DE PODER DIRIGENTE E A LEI DE DIREITOS AUTORAIS – LDA (LEI 9.610/98)

No que concerne às alegações de incompatibilidade do conceito de poder dirigente com a Lei de Direitos Autorais (LEI 9.610/98) é importante destacar que as mesmas não procedem.

Tais alegações são reunidas pela ANCINE em dois blocos. O primeiro, apresentado nos itens 5.2.15 e 5.2.16 transcritos abaixo, aponta uma suposta dissonância com o Art. 28 da LDA e com o art. 5º, inciso XXVII, da constituição federam que o sustenta:

“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 garantindo, 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”.

Conforme destacado na própria Nota Técnica nº 2-E/2020, em seus itens 5.2.17 e 5.2.18, o uso pela ANCINE do conceito de poder dirigente se restringe ao âmbito de duas atribuições, quais sejam: a regulamentação do fomento a produção audiovisual independente com recursos públicos federais e da classificação de obras audiovisuais brasileiras para fins de cumprimento das obrigações legais de veiculação de conteúdo brasileiro na TV Paga.

Assim, o conceito não se aplica a obras audiovisuais que não tenham sido fomentadas com recursos públicos federais, ou buscaram ser beneficiadas pelas obrigações de veiculação de conteúdo brasileiro na TV Paga.

Sendo, portanto, opção do autor (ou cessionário de seus direitos autorais) que deseja utilizar mecanismos públicos federais, de fomento à produção audiovisual, submeter-se as condições legais e infralegais que os viabilizam. Assim como é opção do autor adequar-se aos critérios legais e infralegais que lhe permitam se beneficiar das obrigações de veiculação de conteúdo brasileiro na TV Paga.

Não há, em ambos os casos, restrição de direitos que retire do autor a autonomia para utilizar, fruir ou dispor de sua obra, ou que lhe obrigue a se submeter a quaisquer regulamentações infralegais, incluindo àquelas que se utilizam do conceito de “Poder Dirigente”.

Ao contrário, tais regulamentações, e em particular aquelas que se utilizam do conceito de “Poder Dirigente”, tem por objetivo, justamente, oferecer ao autor condições para a produção e comunicação pública de sua obra, com garantia de preservação de seus direitos autorais.

O conceito de poder dirigente, neste sentido, ao contrário do alegado por seus detratores, fortalece os objetivos da Lei de Direito Autoral, criando condições para que autores e produtoras

brasileiras independentes possam efetivamente utilizar, fruir e dispor de suas obras audiovisuais. Tal interpretação é reconhecida pela Nota Técnica nº 2-E/2020 em seus itens 5.2.19 e 5.2.20, transcritos abaixo:

“5.2.19. (...), 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.”

O segundo bloco de suposta divergência entre o conceito de “Poder Dirigente” e a LDA, diz respeito a suposta incompatibilidade entre o conceito de “Poder Dirigente” com a definição de produtor da obra audiovisual exarada pela LDA. Tal “divergência” é apontada nos itens 5.2.34 e 5.2.35 da Nota Técnica nº 2-E/2020, transcritos abaixo:

“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.”

Tal alegação não procede, como pode-se depreender do cotejo entre a definição de produtor trazida pelo Art. 5º, Inciso XI da Lei 9.610/98 e sua interpretação a luz a IN ANCINE nº 104/2012, conforme exposto na Seção I desta contribuição.

Reiterando a análise ali exarada, não se pode subverter a intensão do legislador e reduzir a figura do produtor definida na LDA a de um mero executor. A expressão “tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual”, presente na definição de produtor instituída pela LDA, precisa ser interpretada a luz de seu pleno significado, que implica tanto a reunião das condições de financiamento da produção da obra audiovisual quanto a capacidade de fruir, usar e dispor da obra audiovisual uma vez produzida.

Neste sentido, um paralelo com a indústria fonográfica pode ser esclarecedor.

De forma simplificada, imaginemos a seguinte situação. De um lado temos uma editora/gravadora musical e de outro um estúdio de gravação que presta serviços a esta gravadora. Se a editora/gravadora contrata o estúdio para a produção de um fonograma, paga por estes serviços e retém ao final seus direitos patrimoniais, a luz da LDA, ela é inequivocamente a responsável econômica por sua primeira fixação e, portanto, produtora do fonograma. Tal fato se conformaria, ainda que, por ventura, o estúdio houvesse procurado a editora/gravadora com a idéia de gravar tal fonograma. Pois, se o negócio jurídico, ao final e ao cabo, se configura nos mesmos termos, o fato da iniciativa ter sido tomada por uma ou outra parte, é pouco relevante.

Como pode-se perceber, mesmo que considerados apenas os efeitos sobre outras áreas da criação intelectual, não é cabível a interpretação de que o produtor de uma obra seja apenas um executor que não detém direitos patrimoniais sobre a mesma no momento de sua primeira fixação.

IV - DA SUPOSTA DIVERGÊNCIA ENTRE O CONCEITO DE PODER DIRIGENTE E O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA.

Em seus itens 5.2.21 à 5.2.25 a Nota Técnica nº 2-E/2020 insinua haver possível incompatibilidade entre as “condicionantes inerentes ao conceito de Poder Dirigente” e o princípio da livre iniciativa proposto no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, cabe destacar que os comandos constitucionais devem ser sempre analisados em conjunto, de modo que nenhum se torne absoluto em detrimento de outros. Neste sentido, o princípio da livre iniciativa deve ser cotejado com o princípio da soberania, afirmado no Inciso I do mesmo artigo constitucional; o objetivo de garantir o desenvolvimento nacional, afirmado no Art. 3º, Inciso II; o direito do autor de usar fruir e dispor de suas obras, previsto no Art. 5º, inciso XXVII; e, especialmente, a obrigação do Estado de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, assim como o apoio e incentivo a valorização e a difusão das manifestações culturais, estabelecido no Art. 215 da Constituição Federal.

O conceito de Poder Dirigente é, neste sentido, um instrumento fundamental para o estímulo à preservação do controle sobre os direitos autorais patrimoniais das obras audiovisuais em poder em empresas produtoras brasileiras independentes. Cumprindo um papel imprescindível na garantia do exercício dos direitos culturais por empresas e autores brasileiros e na efetivação da fruição econômica dos direitos patrimoniais de obras brasileiras, em particular as produzidas com recursos públicos federais, por estas empresas e autores. A sua regulamentação tem consequências diretas no desenvolvimento do setor audiovisual brasileiro e na promoção da soberania nacional, em particular no que concerne a fruição por empresas e cidadãos brasileiros de benefícios promovidos pela legislação nacional do audiovisual, atendendo, assim, a um conjunto expressivo de comandos constitucionais.

Em que pese ser sustentado por comandos constitucionais claros, conforme demonstrado, é importante afirmar que o conceito de Poder Dirigente não fere de forma alguma o princípio da livre iniciativa.

Conforme demonstrado na Sessão III desta contribuição, as regulamentações da ANCINE que se utilizam do conceito de Poder Dirigente tratam de políticas de estímulo à produção e veiculação de obras audiovisuais brasileiras independentes. As quais são oferecidas aos autores e produtoras brasileiros que podem delas se beneficiar, ou não, conforme seu próprio arbítrio, não havendo qualquer instrumento legal ou infralegal que os constranja.

Tal afirmação é corroborada pela própria Nota Técnica nº 2-E/2020 em seu item 5.2.18, o qual afirma:

“5.2.18. (...) 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.”

Como pode-se perceber, não há que se falar em limitação a livre iniciativa, uma vez que aos autores e empresas brasileiras é dada a opção ou não de se beneficiar de mecanismos de fomento à produção ou de estímulo a veiculação de suas obras audiovisuais, sendo plenamente facultativa a opção de se submeter ou não as regras e condições necessárias para obter tais benefícios.

Cabe ressaltar que este tipo de mecanismo é inerente a imensa maioria das políticas públicas praticadas no Brasil ou no exterior, as quais para obter determinado efeito, condicionam o seu acesso ao cumprimento de determinadas regras. Exemplos de mecanismos semelhantes podem ser encontrados em situações tão dispares quanto: a concessão de aposentadoria pela previdência social; a concessão de benefícios fiscais para a importação de armas de fogo; a concessão de vistos de entrada no país; a concessão de empréstimos a juros baixos através de programas do BNDES; o cumprimento das obrigações de veiculação de conteúdo nacional por provedores de Vídeo por Demanda em países da União Européia; a concessão de benefícios fiscais para pequenos produtores agrícolas nos Estados Unidos; entre inúmeros outros.

Sugerir que o estabelecimento de condicionantes para a fruição de políticas públicas eletivas é incompatível com o princípio da livre iniciativa, é abrir precedentes que inviabilizam a existência de qualquer forma de política pública, seja ela indutora de desenvolvimento, promotora de segurança social ou qualquer outra. Mais ainda, é abrir espaço para a subversão de políticas públicas estabelecidas, de modo que favoreçam, inclusive financeiramente, agentes econômicos que delas não necessitam, no caso do setor audiovisual: empresas estrangeiras e não independentes.

V – CONSIDERAÇÕES SOBRE O CENÁRIO I: DOS RISCOS INERENTES A REVOGAÇÃO DO CONCEITO DE PODER DIRIGENTE

Em suas conclusões finais a Nota Técnica nº 2-E/2020 aponta 3 cenários possíveis para tratamento regulatório, à saber: Revogação do Conceito de Poder Dirigente (Cenário I), aprimoramento do conceito de poder dirigente e harmonização interna de sua aplicação na ANCINE (Cenário II), substituir o conceito pela regulamentação do instituto da coprodução e regulamentar as disposições de direitos patrimoniais das obras audiovisuais fomentadas com recursos públicos federais (Cenário III).

No que concerne ao Cenário I, concordamos com a percepção da ANCINE, exarada nos itens 5.2.59 a 5.2.64, de que a supressão do conceito de Poder Dirigente seria profundamente prejudicial ao desenvolvimento do setor de produção audiovisual independente no Brasil.

Conforme exposto reiteradamente nesta contribuição, a sua regulamentação constitui pedra angular de sustentação que garante a efetividade dos dispositivos legais de estímulo a produção audiovisual brasileira, e sua supressão sumária subverteria tais dispositivos convertendo-os em mecanismos de incentivo a constituição de propriedades intelectuais estrangeiras e não independentes.

Cabe observar apenas, que não procede a afirmação fixada no item 5.2.63, de que não “(seria) possível averiguar qual seria o real impacto na produção audiovisual independente (da supressão do conceito de Poder Dirigente), até porque a ANCINE não possuiu registro e arquivo de todos esses contratos”.

Como é de conhecimento geral do setor e da própria ANCINE, o envio à agência de contratos que tratem do particionamento de direitos patrimoniais de obras audiovisuais é procedimento necessário para o acesso a recursos públicos federais diretos e indiretos, assim como para a emissão de CPB, estando regulamentado nas Instruções Normativas nº 104/2012 e 125/2015. Tais contratos contém obrigatoriamente (por força das normas supracitadas) as disposições relativas à organização dos direitos patrimoniais das obras audiovisuais independentes, incluindo direitos sobre receita, exploração comercial, comunicação pública e etc.

Como a entrega destes contratos a agência é essencial para o acesso a todos os mecanismos de estímulo à produção, exploração comercial e comunicação pública de obras audiovisuais no país, é fato que a ANCINE tem em seu poder a quase totalidade dos contratos que tratam de distribuição de direitos patrimoniais relativos a obras audiovisuais brasileiras independentes produzidas no Brasil desde 2012. Sendo, portanto, plenamente possível verificar/estimar o profundo impacto que a revogação da regulamentação do conceito de Poder Dirigente teria sobre estes contratos, no sentido da redução dos direitos patrimoniais sob controle das empresas produtoras brasileiras independentes.

VI. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CENÁRIO 2: DO APRIMORAMENTO DO CONCEITOS DE PODER DIRIGENTE E HARMONIZAÇÃO INTERNA DE SUA APLICAÇÃO NA ANCINE (CENÁRIO II)

Evidentemente, é sempre possível e desejável aprimorar o arcabouço regulatório do setor.

No caso particular do conceito de Poder Dirigente, uma crítica possível é a de que a ausência de parâmetros claros e objetivos – em particular sobre os limites temporais, territoriais e de segmentos de mercado da cessão de direitos patrimoniais a partir dos quais o licenciamento descaracterizaria a obra audiovisual como sendo brasileira e/ou de produção independente – abriu espaço para um excesso de subjetividade nas decisões da agência, assim como para divergências na sua aplicação por suas diferentes áreas técnicas (ou mesmo entre servidores de uma mesma área), com conseqüente aumento da burocracia, insegurança jurídica e do custo de transação a ser arcado pelos produtores independentes.

No entanto, é preciso considerar que a regulamentação destes limites já se encontra estabelecida em diferentes graus de especificidade, para um conjunto amplo de situações, como

o acesso a recursos do Fundo Setorial do Audiovisual (disposto no Capítulo VI do Regulamento Geral do PRODAV) e o acesso a recursos públicos federais incentivados (disposto na Deliberação nº 95/2010). Assim, menos do que um movimento de regulamentação inaugural destes limites, trata-se de um movimento de revisão e complementação da regulamentação em vigor.

Além disso, é preciso considerar, ainda, que um avanço na especificação de tais limites, pode trazer um engessamento nas relações negociais do setor audiovisual os quais também podem ter efeitos deletérios.

Neste sentido, considerando os riscos graves que qualquer alteração nesta regulamentação pode trazer o setor, pelas razões já expostas nesta contribuição, torna-se imperativo que qualquer movimento neste sentido seja precedido pela realização de uma Análise de Impacto Regulatório – AIR, conforme estabelecido no Art. 6º da Lei 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) e regulamentado na Resolução de Diretoria Colegiada n.º 81, de 2018.

Tal análise deve conter uma extensa avaliação quantitativa dos resultados, a partir dos dados disponíveis da agência, assim como uma extensa avaliação qualitativa realizada a partir da análise dos contratos de coprodução depositados na agência sob diferentes circunstâncias e instrumentos regulatórios. Dados e contratos, estes, que estão disponíveis para análise, conforme apontado anteriormente nesta contribuição, a despeito das alegações em contrário, apresentadas na Nota Técnica nº 2-E/2020.

A título de exemplo, seria possível comparar a distribuição dos direitos patrimoniais sobre as obras audiovisuais fomentadas com recursos públicos federais, antes e depois da regulamentação de conceito de Poder Dirigente (publicação da Instrução normativa nº 104/2012), assim como antes e depois da publicação da Deliberação nº 95/2010 ou do Regulamento Geral do PRODAV. Do mesmo modo, é possível verificar através da análise de dados de emissão de CPB, CRT, assim como dos relatórios de programação de TV Paga, o impacto da regulamentação sobre a circulação das obras audiovisuais produzidas sob diferentes momentos da regulamentação da ANCINE. E por fim, os dados de retorno financeiro do FSA permitem estimar o volume de retorno financeiro auferido por produtores independentes, relativos aos licenciamentos de suas obras, assim como os dados fornecidos por produtores e programadores para acesso de recursos financeiros através do Suporte Automático, permite verificar o impacto que a regulamentação em tela possa ter tido sobre as receitas de licenciamento de obras audiovisuais produzidas.

O processo de realização do AIR deveria contar ainda com a contribuição intensa do setor ao longo de sua realização, em particular do segmento de produção audiovisual independente, o mais afetado pela regulamentação em tela.

Avançar no início de um processo de revisão regulatória, de alto impacto setorial, em um momento de extrema fragilidade do setor, em que a Política Nacional do Cinema e do Audiovisual, seus instrumentos legais e as instituições estatais responsáveis por sua efetivação se encontram em risco, sem embasamento da necessária Análise de Impacto Regulatório seria não apenas irresponsável por parte da ANCINE, mas flagrantemente ilegal a luz da Lei 13.848/2019.

VII. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CENÁRIO 3: DOS RISCOS INERENTES A SUA SUBSTITUIÇÃO PELA REGULAMENTAÇÃO DO CONCEITO DE COPRODUÇÃO

Em seu Cenário 03, a Nota Técnica nº 2-E/2020, propõe como alternativa, em seu item 6.11 o que se segue:

“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.), dispondo sobre a transferência dos mesmos quando se tratar de obras realizadas com recursos públicos.”

No que concerne a substituição do conceito de “Poder Dirigente” pela regulamentação do conceito de “Coprodução”, proposta no item 6.11.1, observa-se que não há vantagem imediata derivada de tal alteração, uma vez que as críticas, procedentes, realizadas ao conceito de “Poder Dirigente” dizem respeito a uma eventual falta de detalhamento e objetivação normativa e interpretativa no âmbito da ANCINE. A simples substituição por um outro conceito, seja este “coprodução” ou outro, não traz em si benefício algum.

Cabe reiterar que as críticas à regulamentação do conceito de “Poder Dirigente”, derivadas de sua suposta divergência com a Lei de Direito Autoral ou o princípio da livre iniciativa, são improcedentes, conforme exposto nas seções anteriores desta contribuição.

Além de não trazer benefícios, a substituição do conceito de “Poder Dirigente” pela regulamentação do instituto da “coprodução”, pode trazer graves prejuízos a produção independente brasileira.

O instituto da “coprodução” implica, a luz do direito autoral, da prática consolidada no setor, e da regulamentação praticada pela ANCINE desde sua fundação, no compartilhamento de cotas de direitos patrimoniais entre diferentes entes.

Tal instituto é, ainda, previsto legalmente como meio necessário para acesso a recursos federais de fomento indireto à produção audiovisual, viabilizados através dos Arts. 3º, 3º A da Lei 8.685/1998 e Art. 39, inciso X da MP 2228-1/2001. Os demais mecanismos de fomento a produção audiovisual com recursos públicos federais, inclusive o Fundo Setorial do Audiovisual,

prescindem da necessidade de estabelecimento de relações de coprodução entre empresas produtoras independentes, radiodifusoras ou programadoras e, portanto, não implicam em cessão de direitos patrimoniais destes para aqueles.

A substituição da regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” pelo de “Coprodução” tornaria condição padrão, quando não mandatária, para acesso a quaisquer mecanismos de fomento a produção, a cessão de direitos patrimoniais de obras audiovisuais brasileiras independentes brasileiras para empresas radiodifusoras e programadoras.

No caso do acesso a recursos do Fundo Setorial do Audiovisual, por exemplo, o Regulamento Geral do Prodav, estabelece como padrão o instituto do pré-licenciamento como forma de vinculação entre a obra audiovisual fomentada com seus recursos e a empresa radiodifusora ou programadora. Este instituto permite a empresa não independente ter acesso aos direitos de comunicação pública de uma obra audiovisual brasileira, em seu segmento de mercado, preservando em poder do produtor independente os demais direitos patrimoniais para outros fins. Assim, a substituição do modelo de pré-licenciamento, em vigor, pela regulamentação do instituto da coprodução terá como único efeito transferir para controle de empresas estrangeiras e/ou não independentes, parte significativa dos direitos patrimoniais sobre as obras produzidas com recursos do FSA.

Tal cenário trará graves prejuízos a produção audiovisual brasileira independente, promovendo a transferência irrestrita de propriedade intelectual brasileira fomentada com recursos públicos nacionais, para empresas estrangeiras e não independentes, sem nenhum benefício perceptível ao setor audiovisual.

No que concerne ao proposto no item 6.11.2 – a substituição do conceito de “Poder Dirigente” pela regulamentação da disposição das várias modalidades de direitos patrimoniais (exploração comercial, comunicação pública, direitos sobre receitas, etc.) – a alteração nos parece apenas formal e tautológica.

Conforme relatado na seção VI desta contribuição, é possível imaginar o aprimoramento da regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” a partir de um maior detalhamento e especificação da sua verificação, com o estabelecimento de limites claros e objetivos para o licenciamento/cessão das várias modalidades de direito patrimonial, em um movimento de revisão e complementação do já disposto sobre o tema na Instrução Normativa nº 104/2012, no Capítulo VI do Regulamento Geral do PRODAV e na Deliberação nº 95/2010.

No entanto, fazê-lo fora do abrigo do conceito de “Poder Dirigente” não traz qualquer benefício concreto ao ambiente regulatório do setor. Ao contrário, perde-se em clareza programática – a explicitação de que a legislação do setor deve ser aplicada sobre o detentor de poder de controle de fato e não de direito – e abre-se mão dos avanços promovidos no ambiente de negócios derivados de sua instituição – notadamente no que diz respeito ao equilíbrio das relações negociais entre empresas produtoras, radiodifusoras e programadoras, conforme atestado pelos relatos exarados na própria Nota Técnica nº 2-E/2020, em seus itens 5.2.61 e 5.2.62, transcritos abaixo:

“5.2.61. (...) 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."

Certos de estarmos contribuindo para tão relevante matéria, nos despedimos.

Atenciosamente,



Paola Vieira, Presidente

Contribuição Abratel Consulta Pública Poder Dirigente

Cláudio Paixão 

Qua, 10/02/2021 17:36

Para: ANCINE - Protocolo <protocolo@ancine.gov.br>

■ 1 anexos (158 KB)

Contribuição Abratel Poder Dirigente.pdf;

Prezados, boa tarde!

Encaminho em anexo contribuição da Abratel referente à Consulta Pública referente ao Instituto do Poder Dirigente.

Atenciosamente,



Brasília, 10 de fevereiro de 2021.

Ilustríssimo Senhor
Alex Braga Muniz
Diretor-Presidente da Agência Nacional do Cinema - ANCINE

1

Assunto: Contribuição Notícia Regulatória sobre a avaliação dos resultados regulatórios do Instituto do "Poder Dirigente"

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RÁDIO E TELEVISÃO – ABRATEL, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 03.107.168/0001-99, com sede na SRTVS 701, bloco H, 7º andar, sala 703, Asa Sul, Brasília/DF, vem por meio desta apresentar a sua **MANIFESTAÇÃO** à Consulta Pública aberta, referente a notícia Regulatória em epígrafe.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a Abratel é uma instituição focada em defender os direitos constitucionais do serviço público de radiodifusão, a liberdade de expressão e a viabilidade operacional das rádios e televisões.

Seu trabalho tem como base a qualidade do atendimento e do suporte oferecidos às empresas associadas, bem como é responsável por dar voz e representação a cada radiodifusor que presta um dos mais importantes serviços à sociedade: o acesso à informação.

Sobre o tema posto, a Agência Nacional do Cinema (Ancine) requereu a participação da sociedade civil, por meio da consulta pública, com o fim de compreender necessidade de extensão e definição dos limites do instituto do Poder Dirigente;

Segundo a definição da IN 104/2012, Poder Dirigente sobre o Patrimônio da Obra Audiovisual é o 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; (Redação dada pela Instrução Normativa n.º 121, de 22 de junho de 2015).

A definição do Poder Dirigente é importante para a regulamentação das relações patrimoniais entre agentes econômicos em função dos direitos decorrentes das obras audiovisuais.

A Constituição Federal prevê que é obrigação do Estado permitir para que o particular exerça livremente a atividade econômica, com a menor intervenção possível, tudo de conformidade com o disposto no parágrafo único do artigo 170 que estabelece que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa.

A regulamentação desse dispositivo veio por intermédio da Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019, que instituiu a declaração de direitos de liberdade econômica estabelecendo normas de proteção à livre iniciativa com vistas a reduzir a intervenção do Estado nas atividades empresariais.

O objetivo da Lei é priorizar a autonomia da vontade das partes em detrimento da intervenção do Estado, que deverá ser feita somente de forma subsidiária e excepcional.

Da mesma forma, o art. 3º da Lei 12.485/11, também consagra o princípio da livre iniciativa ao estabelecer que a comunicação audiovisual de acesso condicionado, em todas as suas atividades, será guiada, entre outros princípios, pela *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. (inciso VI)*

Deste modo, imbuídos nos princípios de livre iniciativa e intervenção mínima do Estado, entende a Abratel que instituto do Poder Dirigente deve ser flexibilizado dando às partes a possibilidade de negociarem livremente o direito de utilizar, fruir e dispor das obras com a mais ampla e irrestrita liberdade e dessa forma se ampliarão as possibilidades de negociação com o quê se viabilizará a produção de obras das mais diversas formas.

Assim sendo, requer e espera dessa Agência, a análise dos pontos acima expostos, para a construção de uma sociedade mais justa.

Atenciosamente,



SUGESTÃO DE CONTRIBUIÇÃO À CONSULTA PÚBLICA RELATIVA À NOTÍCIA REGULATÓRIA 11-E/2020

À Agência Nacional do Cinema,

O conceito de “Poder Dirigente” está na essência da regulamentação de toda legislação dedicada ao estímulo à produção audiovisual brasileira independente. O mesmo é determinante para a sua efetividade, em atenção aos princípios da comunicação audiovisual de acesso condicionado, inscritos no art. 4º da Lei nº 12.485/2011, da Política Nacional do Cinema, estabelecidos pelo art. 2º da Medida Provisória nº 2.228-1/ 2001, e da Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, promulgada pelo Decreto nº 6.177/ 2007; bem como, aos objetivos da Agência Nacional do Cinema, estabelecidos pelo art. 2º da Medida Provisória nº 2.228-1/2001 e do Programa De Apoio ao Desenvolvimento da Indústria Audiovisual – PRODAV, estabelecidos nos itens 10 à 17 de seu Regulamento Geral.

De maneira flagrantemente ilegal e inconstitucional, a sua alteração pode anular, efetivamente, todos os mecanismos de estímulo a produção audiovisual brasileira independente em vigência no país. Alterações desta natureza nos efeitos da legislação audiovisual estão além das atribuições e poderes da Agência Nacional do Cinema e somente poderiam ser realizadas no âmbito do Congresso Nacional.

Desta forma, considerando, ainda, o ambiente de lentidão e ameaça de descontinuidade que acometeu, nos últimos anos, as instituições e políticas públicas destinadas a promover o desenvolvimento do setor, contexto este agravado pela emergência da pandemia de COVID-19, nos surpreende que a ANCINE tenha entendido ser este um momento oportuno para iniciar o debate público sobre um dispositivo essencial de sua regulamentação infralegal, cuja alteração pode ter consequências trágicas para a atividade de produção audiovisual independente no país.

Neste sentido, não nos furtando ao debate, ainda que em momento inoportuno, apresentamos nossas contribuições sobre a Nota Técnica nº 2-E/2020, conforme segue.

I – DA RELEVÂNCIA DO CONCEITO DE PODER DIRIGENTE PARA A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO DA PRODUÇÃO AUDIOVISUAL INDEPENDENTE BRASILEIRA

O estímulo à produção audiovisual brasileira independente é um pilar central nas legislações que tratam do setor, sendo previsto explicitamente em todos os mecanismos de estímulo à produção ou comunicação pública de obras audiovisuais em vigor no país, como pode-se depreender dos dispositivos transcritos abaixo:

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

(...)

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

“Lei 8.685/1888, Art. 1º Até o exercício fiscal de 2024, inclusive, os contribuintes poderão deduzir do imposto de renda devido as quantias investidas na produção de obras audiovisuais brasileiras de produção independente, mediante a aquisição de quotas representativas dos direitos de comercialização das referidas obras, desde que esses investimentos sejam realizados no mercado de capitais, em ativos previstos em lei e autorizados pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e os projetos de produção tenham sido previamente aprovados pela Agência Nacional do Cinema (Ancine).

“Lei 8.685/1888, Art. 1º-A Até o ano-calendário de 2024, inclusive, as quantias referentes ao patrocínio à produção de obras audiovisuais brasileiras de produção independente, cujos projetos tenham sido previamente aprovados pela Ancine, poderão ser deduzidas do imposto de renda devido apurado: (Redação dada pela Lei nº 14.044, de 2020)

“Lei 8.685/1888, Art. 3º Os contribuintes do Imposto de Renda incidente nos termos do art. 13 do Decreto-Lei nº 1.089, de 1970, alterado pelo art. 2º desta Lei, poderão beneficiar-se de abatimento de 70% (setenta por cento) do imposto devido, desde que invistam no desenvolvimento de projetos de produção de obras cinematográficas brasileiras de longa metragem de produção independente, e na co-produção de telefilmes e minisséries brasileiros de produção independente e de obras cinematográficas brasileiras de produção independente.

“Art. 3º-A. Os contribuintes do Imposto de Renda incidente nos termos do art. 72 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, beneficiários do crédito, emprego, remessa, entrega ou pagamento pela aquisição ou remuneração, a qualquer título, de direitos, relativos à transmissão, por meio de radiodifusão de sons e imagens e serviço de comunicação eletrônica de massa por assinatura, de quaisquer obras audiovisuais ou eventos, mesmo os de competições desportivas das quais faça parte representação brasileira, poderão beneficiar-se de abatimento de 70% (setenta por cento) do imposto devido, desde que invistam no desenvolvimento de projetos de produção de obras cinematográficas brasileira de longa-metragem de produção independente e na co-produção de obras cinematográficas e videofonográficas brasileiras de produção independente de curta, média e longas-metragens, documentários, telefilmes e minisséries.

“MP 2.228-1/2001, Art. 39, Inciso X - a CONDECINE de que trata o parágrafo único do art. 32, referente à programação internacional, de que trata o inciso XIV do art. 1º, desde que a programadora beneficiária desta isenção opte por aplicar o valor correspondente a 3% (três por cento) do valor do pagamento, do crédito, do emprego,

da remessa ou da entrega aos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior, das importâncias relativas a rendimentos ou remuneração decorrentes da exploração de obras cinematográficas ou videofonográficas ou por sua aquisição ou importação a preço fixo, bem como qualquer montante referente a aquisição ou licenciamento de qualquer forma de direitos, em projetos de produção de obras cinematográficas e videofonográficas brasileiras de longa, média e curta metragens de produção independente, de coprodução de obras cinematográficas e videofonográficas brasileiras de produção independente, de telefilmes, minisséries, documentais, ficcionais, animações e de programas de televisão de caráter educativo e cultural, brasileiros de produção independente, aprovados pela ANCINE.”

“MP 2.228-1/2001, Art. 43. Os recursos captados pelos FUNCINES serão aplicados, na forma do regulamento, em projetos e programas que, atendendo aos critérios e diretrizes estabelecidos pela ANCINE, sejam destinados a:

I - projetos de produção de obras audiovisuais brasileiras independentes realizadas por empresas produtoras brasileiras;”

“MP 2.228-1/2001, Art. 47. Como mecanismos de fomento de atividades audiovisuais, ficam instituídos, conforme normas a serem expedidas pela Ancine:

I - o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Brasileiro - PRODECINE, destinado ao fomento de projetos de produção independente, distribuição, comercialização e exibição por empresas brasileiras;

II - o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Audiovisual Brasileiro - PRODAV, destinado ao fomento de projetos de produção, programação, distribuição, comercialização e exibição de obras audiovisuais brasileiras de produção independente;

“Lei 12.485/2011, Art. 16. Nos canais de espaço qualificado, no mínimo 3h30 (três horas e trinta minutos) semanais dos conteúdos veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço qualificado, e metade deverá ser produzida por produtora brasileira independente.”

“Lei 12.485/2011, Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

III - Canal Brasileiro de Espaço Qualificado: canal de espaço qualificado que cumpra os seguintes requisitos, cumulativamente:

(...)

b) veicular majoritariamente, no horário nobre, conteúdos audiovisuais brasileiros que constituam espaço qualificado, sendo metade desses conteúdos produzidos por produtora brasileira independente;

(...)”

“Lei 12.485/2011, Art. 17, § 4º Dos canais brasileiros de espaço qualificado a serem veiculados nos pacotes, ao menos 2 (dois) canais deverão veicular, no mínimo, 12 (doze) horas diárias de conteúdo audiovisual brasileiro produzido por produtora brasileira independente, 3 (três) das quais em horário nobre.”

Como evidenciado pelos dispositivos transcritos acima, a **correta regulamentação do que o estado compreende como “obra audiovisual brasileira de produção independente” é central para a efetividade da política nacional voltada ao estímulo à sua produção, uma vez que a mesma é seu objeto central.**

A regulamentação em vigor foi estabelecida pela ANCINE em 2012, quando da regulamentação da Lei 12.485/2011, tendo sido fixada na Instrução Normativa ANCINE nº 104/2012.

Tal regulamentação teve como méritos uniformizar o tratamento dado à expressão nas várias legislações em que se encontra inserida, bem como preencher lacunas e dissolver possíveis ambiguidades na sua interpretação, com foco em dar efetividade aos objetivos da Política Nacional do Cinema e do Audiovisual e das legislações que a sustentam.

O dispositivo legal que baliza a interpretação do conceito de “obra audiovisual brasileira de produção independente”, regulamentado pela ANCINE, está disposto no Art. 1º, Incisos IV e V da MP 2228-1/2001, transcritos abaixo:

“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;

V - obra cinematográfica brasileira ou obra videofonográfica brasileira: aquela que atende a um dos seguintes requisitos: (Redação dada pela Lei nº 10.454, de 13..5.2002)

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; (Redação dada pela Lei nº 10.454, de 13..5.2002)

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 coprodução cinematográfica e em consonância com os mesmos.

c) ser realizada, em regime de coprodução, por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de coprodução, 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.”

Como pode-se depreender da leitura da definição exposta acima, para uma determinada obra audiovisual ser considerada como “brasileira” e de “produção independente” é necessário o cumprimento cumulativo de um conjunto amplo de condições. No que concerne ao debate em torno do conceito de “Poder Dirigente”, uma destas condições merece uma análise mais detalhada: a caracterização de quais pessoas jurídicas/físicas devem ser consideradas produtoras e detentoras majoritárias de direitos patrimoniais de uma obra audiovisual, para que se verifiquem se as mesmas atendem as condições necessárias para serem classificadas como brasileiras e independentes.

As balizas legais para a interpretação dos comandos trazidos pela MP 2228-1/2001 encontram-se expressos na Lei 9.610/1998, a Lei de Direito Autoral (LDA), conforme apontado pela própria Nota Técnica nº 2-E/2020 – embora a mesma tenha se furtado a uma análise apropriada dos conceitos essenciais para este debate – como veremos a seguir.

A LDA define o conceito de “produtor” em seu Art. 5º, inciso XI, nos seguintes termos:

“XI - produtor - a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação (...) da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;”

Por sua vez, a mesma lei caracteriza “direitos patrimoniais” de uma obra intelectual em seu Art. 28, conforme transcrito abaixo:

“Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.”

Ao realizar o cotejo entre o disposto no inciso Art. 1º. Inciso IV da MP 2228-1/20001, com as definições de produtor e direitos patrimoniais estabelecidas pela Lei de Direito Autoral, torna-se imperativo reconhecer que somente pode ser considerada empresa produtora de uma obra audiovisual, aquela que atende a três condições cumulativamente:

- 1 – Toma a iniciativa de sua realização
- 2 – É a responsável econômica por sua primeira fixação, qualquer que seja a natureza do suporte
- 3 – É detentora majoritária dos direitos de utilizar, fruir e dispor da obra

Cabe observar, que há um erro comum na interpretação da expressão “detenção majoritária de direitos patrimoniais”, derivada da prática corriqueira na redação de contratos, em particular aqueles que estabelecem condições para coprodução de uma obra por várias empresas.

Nestes instrumentos, ao se estabelecer cotas patrimoniais em valores percentuais para os vários coprodutores, induz-se ao erro de perceber tal comando como condensando a integralidade das disposições sobre os direitos patrimoniais da obra. Tal fato não procede.

Conforme exposto claramente no Art. 28 da Lei 9.610/1998, acima citado, os direitos patrimoniais condensam todos os direitos relativos ao uso, fruição e disposição de uma obra intelectual, ou seja, todos os direitos de autor, a exceção dos direitos morais. Estão contidos no âmbito dos direitos patrimoniais, portanto, os direitos de exploração comercial, comunicação pública, percepção de receitas, ou quaisquer outros direitos relativos ao patrimônio da obra.

Neste sentido, a divisão percentual de cotas patrimoniais, usualmente praticada em “contratos de coprodução”, tem efeito apenas sobre dois destes direitos. O primeiro, relativo ao

particionamento das receitas auferidas pela exploração comercial da obra (Receita Líquida do produtor). O segundo, inspirado pela prática do direito societário, relativo à tomada de decisões sobre o uso, fruição e disposição da obra.

Tais cláusulas, não contemplam, portanto, a totalidade dos direitos patrimoniais, os quais incluem um conjunto de outros direitos cuja disposição não é estabelecida em termos percentuais. Tal é o caso, por exemplo, dos direitos de exploração comercial e comunicação pública cujo particionamento se organiza em termos de prazo, territórios e segmentos de mercado, sendo normalmente dispostos em outras cláusulas contratuais.

A observação desta divergência entre o senso comum e o efetivamente disposto pela legislação é fundamental para que se interprete corretamente o disposto no Art. 1º, inciso IV da MP 2228-1/2001. **A expressão “ser detentora majoritária dos direitos patrimoniais sobre a obra audiovisual” não pode ser reduzida a uma mera formalidade contratual, expressa na forma de um percentual, sem significado real e efetivo. Ao contrário, ela deve ser compreendida na forma como está prevista na legislação de direito autoral: como implicando a capacidade de controlar os direitos de utilizar, fruir e dispor da obra audiovisual.**

É sob este diapasão que deve ser analisada a regulamentação estabelecida pela ANCINE na Instrução Normativa nº 104/2012 e em particular o conceito de “Poder Dirigente”.

O referido conceito está regulamentado no Art. 1º, Inciso XL da Instrução normativa nº 104 nos seguintes termos:

“XL – 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;”

Como se depreende de sua leitura, a regulamentação da ANCINE emprestou do direito societário o conceito de poder de controle e aplicou-o sobre o conjunto de direitos patrimoniais da obra audiovisual. As razões para tal opção podem ser verificadas na própria Nota Técnica nº 2-E/2020 em seu item 5.2.20:

“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 atuavam 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.”

O direito societário e sua legislação tem uma longa e consolidada trajetória no trato com a dificuldade de determinação dos entes que detém poder de controle sobre uma sociedade empresária. O caso típico, e exemplar para o debate em tela, é a situação em que a detenção majoritária de cotas societárias (poder de direito) não se traduz em poder real de controle sobre a empresa (poder de fato).

Nesta situação, dispositivos contratuais podem conceder um conjunto amplo de poderes a sócios “minoritários”, ou mesmo entes não participantes da sociedade, que ao cabo delegam a

APACI ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE CINEASTAS

estes o seu controle. A prática consolidada no direito societário, nestes casos, é a identificação dos detentores de poder de controle de fato, para sobre eles aplicar os comandos legais que sejam pertinentes.

Conforme apontado pela própria Nota Técnica nº 2-E/2020 no item supracitado, este é um risco concreto que paira sobre a efetividade da política de estímulo à produção audiovisual brasileira independente. A regulamentação inadequada Art. 1º, Incisos IV e V da MP 2228-1/2001, poderia permitir interpretações que subvertam integralmente os objetivos da legislação do setor, ao conceder fomento público federal e outros benefícios legais a obras audiovisuais apenas formalmente brasileiras, mas de fato estrangeiras ou não independentes.

Neste sentido, a regulamentação da ANCINE, em particular o conceito de “Poder Dirigente”, foi extremamente feliz ao trazer para o âmbito da aplicação da legislação audiovisual a prática, consagrada no direito societário, de identificar os detentores de fato dos direitos patrimoniais sobre as obras audiovisuais e não os detentores meramente formais.

A conexão entre o conceito de “Poder Dirigente” e os dispositivos legais exarados pela MP 2228-1/2001 que regulamentam a classificação da nacionalidade brasileira e independente da obra audiovisual, se deu através do Art. 1º, §§ 6º e 7º da IN 104/2012, á saber:

“XXXII. Obra Audiovisual Não Publicitária Brasileira: obra audiovisual não publicitária que atende a um dos seguintes requisitos, nos termos do inciso V do art. 1º da Medida Provisória n.º 2.228-1, de 06 de setembro de 2001:

a) ser produzida por empresa produtora brasileira, registrada na ANCINE, ser dirigida por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no País há mais de 03 (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 05 (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 coprodução cinematográfica e em consonância com os mesmos; ou

c) ser realizada, em regime de coprodução, por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de coprodução, 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 03 (três) anos.

(...)

XLI. Produtor(a): pessoa natural ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica pela primeira fixação da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;

(...)

§ 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.

§ 7º Para os fins do inciso XLI, compreende-se como responsáveis econômicos pela primeira fixação da obra audiovisual os agentes econômicos que detenham poder dirigente sobre o patrimônio da obra ao final de sua produção.

O Art. 1º, §7º da IN 104/2012, corretamente, afasta qualquer ambigüidade na interpretação do conceito de produtor exarado pela LDA, que possa pretender reduzir seu papel ao de mero executor da obra. Neste sentido, o dispositivo proposto pela ANCINE, esclarece que somente pode ser considerado “responsável econômico pela primeira fixação da obra”, o ente que detenha poder dirigente sobre o patrimônio da obra ao final de sua produção.

Tal interpretação deriva do fato, evidente, que em um ambiente econômico e comercial saudável, não se pode considerar como “responsável econômico” o ente que atuou como mero repassador de recursos financeiros de terceiros, sem ter retido resultado patrimonial do investimento destes recursos. Em outras palavras, se uma empresa desembolsa recursos próprios para o financiamento à criação de uma obra audiovisual, e ao final de sua produção é controladora do patrimônio desta obra, esta empresa deve ser considerada como “responsável econômica por sua fixação”, ainda que uma terceira empresa à tenha executado sob encomenda.

Em um cenário ainda mais grave, não seria admissível que uma empresa brasileira independente, a despeito de ter sido executora de recursos públicos federais destinados a estimular o desenvolvimento do setor audiovisual brasileiro, repasse os frutos deste investimento a empresas estrangeiras ou não independentes. Tal ação seria flagrantemente ilegal, pois desvirtuaria os objetivos da política nacional do cinema e do audiovisual.

Por sua vez, o Art. 1º, §6º da IN 104/2012, de forma didática, reitera e explícita o disposto pelos Art 1º, §7º em conjunção com o Art. 1º, incisos XXXII e XLI, deixando claro que, para fins de determinação da nacionalidade brasileira de uma obra audiovisual, não será considerada como empresa produtora “o agente econômico cuja relação com a obra audiovisual seja exclusivamente a sua contratação para prestação de serviços”.

Tal interpretação legal se coaduna perfeitamente com o Art. 221 da Constituição Federal, os princípios da Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, da Política Nacional do Cinema e da comunicação audiovisual de acesso condicionado; bem como, aos objetivos da Agência Nacional do Cinema e do Programa De Apoio ao Desenvolvimento da Indústria Audiovisual – PRODAV. Sendo inclusive imperativo que assim o seja, sob pena de subversão destes mesmos princípios e objetivos, o que constituiria uma ação regulatória francamente ilegal e inconstitucional.

II – DOS EFEITOS POSITIVOS DA REGULAMENTAÇÃO DO CONCEITO DE PODER DIRIGENTE PARA O DESENVOLVIMENTO DO SETOR DE PRODUÇÃO AUDIOVISUAL BRASILEIRO INDEPENDENTE

Ao analisar os resultados da regulamentação do conceito de Poder Dirigente para o desenvolvimento do setor de produção audiovisual brasileiro, nos surpreendeu a afirmação reiterada e categórica apresentada pela Nota Técnica nº 2-E/2020 de que a mesma não teria

sido benéfica ao setor. Tais afirmações encontram-se exaradas nos itens 6.3 à 6.5, transcritos abaixo:

“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.”

Em primeiro lugar é preciso destacar que tais conclusões encontram-se em franca contradição com o disposto na própria Nota Técnica nº 2-E/2020, a qual reiteradamente afirma uma suposta inviabilidade da verificação dos resultados desta regulamentação, como pode ser verificado nos trechos transpostos abaixo:

“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). (...)”

Sem uma análise quantitativa adequada, afirmações como: o conceito de Poder Dirigente não aumentou “a capacidade dos produtores independentes brasileiros em reter direitos patrimoniais de forma a alavancar renda com a exploração comercial das suas obras”, ou não aumentou “a capacidade de circulação das obras em diversos segmentos de mercado”, são meras ilações, e como tais não deveriam compor as conclusões de uma Nota Técnica que

pretenda tratar adequadamente um assunto sensível e determinante para o setor regulado como o tratado nesta consulta pública.

Em segundo lugar, nos surpreende também a recusa da ANCINE em utilizar suas próprias bases de dado e relatórios de acompanhamento de mercado para embasar a análise dos resultados da política pública em tela.

A “averiguação dos licenciamentos através das emissões dos CRTs (Certificado de Registro de Título)”, a verificação da “Renda Líquida do Produtor e retorno ao FSA” e a “circulação em diversos canais através do cotejo entre CPBs e CRTs” citados nos itens 5.2.58 e 5.2.49, são estudos plenamente factíveis de serem realizados com os dados disponíveis e organizados na agência, sendo inclusive realizados rotineiramente em estudos e relatórios publicados pela agência no Observatório do Cinema e do Audiovisual (OCA).

Por exemplo, no informe de TV Paga 2014¹ publicado pela SAM/ANCINE, informa-se que dois anos após a regulamentação do conceito de Poder Dirigente pela ANCINE (2012) o volume de conteúdo brasileiro veiculado na amostra de 17 canais de espaço qualificado (CEQ) monitorados pela agência aumentou 159%.

Em apresentação² realizada pelo Diretor Presidente da ANCINE sobre os resultados da Política Nacional do Cinema e do Audiovisual, realizado em 2017, aponta-se que o volume de conteúdo brasileiro independente veiculado na TV Paga aumentou em 10 vezes entre 2009 e 2016, passando de 1% para 10,9% da programação total veiculada em Canais Brasileiros de Espaço Qualificado. Volume este que segue se ampliando, como pode ser verificado por dados recentes publicados pela ANCINE em 2020, no Informe de TV Paga 2019³, o qual apontou que a veiculação de conteúdo brasileiro independente corresponde, hoje, a 12,4% da programação total de canais brasileiros de espaço qualificado, chegando a 19,7% quando considerado apenas o horário nobre de canais não infantis. Um aumento de quase 20 vezes, quando comparado a participação do conteúdo brasileiro independente na programação da TV Paga anteriormente a regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” pela ANCINE.

Como pode-se verificar pelos dados divulgados pela própria agência em seus relatórios regulares, é flagrantemente inverídica a conclusão afirmada pela Nota Técnica nº 2-E/2020 de que a regulamentação do conceito de Poder Dirigente não atingiu seu objetivo de “aumentar a capacidade de circulação das obras em diversos segmentos de mercado, conferindo maior acesso às mesmas por parte da população”.

Os dados são claros em evidenciar que não apenas estes objetivos foram alcançados, como tornam incontestável verificar que regulamentação da Lei 12.485/2011, e a sua harmonização com o arcabouço legislativo do audiovisual, promovida pela ANCINE em 2012, no qual o conceito de Poder Dirigente cumpre um papel fundamental, permitiram a expansão da circulação de conteúdo brasileiro independente em velocidade e alcances inéditos na história brasileira.

Da mesma forma, no que concerne ao objetivo de “aumentar a capacidade dos produtores independentes brasileiros em reter direitos patrimoniais de forma a alavancar renda com a exploração comercial das suas obras”, bem como de “gerar(r) receitas ao produtor independente

¹ https://www.gov.br/ancine/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/apresentacoes/copy_of_ApresentaoTVPagavfinal.pdf

² <https://www.gov.br/ancine/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/apresentacoes/ApresentaoSeminriointernacional20172.1.pdf>

³ https://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/repositorio/pdf/tv_paga_2019.pdf

ao longo do ciclo de valor das suas obras”, os dados disponíveis nas bases de dado da ANCINE deixam claro que os mesmos foram atingidos.

No que concerne a dados “quantitativos”, a análise dos relatórios de retorno financeiro do Fundo Setorial do Audiovisual permite verificar com enorme precisão o volume de receita gerada pelo licenciamento das obras audiovisuais financiadas com estes recursos. Ainda que não estejam contidos neste universo as obras audiovisuais brasileiras independentes fomentadas com recursos públicos incentivados ou com recursos privados, esta análise permite estabelecer uma estimativa razoável do retorno financeiro auferido por empresas produtoras independentes sob a proteção do conceito de “Poder Dirigente”.

No que concerne a uma análise “qualitativa”, considerando que a ANCINE, através do Regulamento Geral do Fundo Setorial, em seu item 130.1⁴, e da Deliberação nº 95/2010 em seu art. 1º⁵, vedam que a distribuição de receitas líquidas ao produtor brasileiro independente, relativa à exploração comercial de obras financiadas com recursos públicos federais, seja inferior a sua participação patrimonial (a qual precisa corresponder ao mínimo de 51%, conforme o Art.1º, Inciso IV da MP 2228-1/2001), é evidente que a ampliação extraordinária e inédita do licenciamento de obras audiovisuais brasileiras independentes, ocorrida no país a partir de 2012, se reverteu em ampliação do retorno financeiro para os produtores brasileiros independentes.

Neste sentido, é imperativo observar que a regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” foi fundamental para garantir que a ampliação da produção e comunicação pública de obras audiovisuais brasileiras independentes, provocada pelo advento da Lei 12.485/2011, se desse de modo a promover a criação de propriedade intelectual (PI) em poder das empresas produtoras brasileiras, bem como a percepção de receitas derivadas da exploração comercial destas PIs, por estas empresas.

Portanto, a conclusão, afirmada pela ANCINE na Nota Técnica nº 2-E/2020 em tela, de que a regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” não promoveu a retenção de direitos ou geração de receitas por parte do produtor independente, não encontra qualquer sustentação em dados factuais.

III – DA SUPOSTA DIVERGÊNCIA ENTRE O CONCEITO DE PODER DIRIGENTE E A LEI DE DIREITOS AUTORAIS – LDA (LEI 9.610/98)

No que concerne às alegações de incompatibilidade do conceito de poder dirigente com a Lei de Direitos Autorais (LEI 9.610/98) é importante destacar que as mesmas não procedem.

⁴ 130.1. O rendimento decorrente da exploração comercial da obra audiovisual caberá aos detentores de direitos patrimoniais e deverá ser distribuído na proporção de suas cotas.

⁵ Art 1º Os rendimentos decorrentes da exploração comercial de obra audiovisual produzida com recursos de renúncia fiscal decorrentes dos mecanismos de incentivo dispostos no inciso X do art. 39 da Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001, e no artigo 3º-A da Lei nº 8.685, de 1993 devem conferir à empresa produtora proponente, no mínimo, o percentual correspondente a partição de seus direitos patrimoniais sobre a obra, independente do segmento de mercado e do território a ser explorado.

Tais alegações são reunidas pela ANCINE em dois blocos. O primeiro, apresentado nos itens 5.2.15 e 5.2.16 transcritos abaixo, aponta uma suposta dissonância com o Art. 28 da LDA e com o art. 5º, inciso XXVII, da constituição federam que o sustenta:

“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 garantindo, 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”.”

Conforme destacado na própria Nota Técnica nº 2-E/2020, em seus itens 5.2.17 e 5.2.18, o uso pela ANCINE do conceito de poder dirigente se restringe ao âmbito de duas atribuições, quais sejam: a regulamentação do fomento a produção audiovisual independente com recursos públicos federais e da classificação de obras audiovisuais brasileiras para fins de cumprimento das obrigações legais de veiculação de conteúdo brasileiro na TV Paga.

Assim, o conceito não se aplica a obras audiovisuais que não tenham sido fomentadas com recursos públicos federais, ou buscaram ser beneficiadas pelas obrigações de veiculação de conteúdo brasileiro na TV Paga.

Sendo, portanto, opção do autor (ou cessionário de seus direitos autorais) que deseja utilizar mecanismos públicos federais, de fomento à produção audiovisual, submeter-se as condições legais e infralegais que os viabilizam. Assim como é opção do autor adequar-se aos critérios legais e infralegais que lhe permitam se beneficiar das obrigações de veiculação de conteúdo brasileiro na TV Paga.

Não há, em ambos os casos, restrição de direitos que retire do autor a autonomia para utilizar, fruir ou dispor de sua obra, ou que lhe obrigue a se submeter a quaisquer regulamentações infralegais, incluindo àquelas que se utilizam do conceito de “Poder Dirigente”.

Ao contrário, tais regulamentações, e em particular aquelas que se utilizam do conceito de “Poder Dirigente”, tem por objetivo, justamente, oferecer ao autor condições para a produção e comunicação pública de sua obra, com garantia de preservação de seus direitos autorais.

O conceito de poder dirigente, neste sentido, ao contrário do alegado por seus detratores, fortalece os objetivos da Lei de Direito Autoral, criando condições para que autores e produtoras brasileiras independentes possam efetivamente utilizar, fruir e dispor de suas obras audiovisuais. Tal interpretação é reconhecida pela Nota Técnica nº 2-E/2020 em seus itens 5.2.19 e 5.2.20, transcritos abaixo:

“5.2.19. (...), 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.”

O segundo bloco de suposta divergência entre o conceito de “Poder Dirigente” e a LDA, diz respeito a suposta incompatibilidade entre o conceito de “Poder Dirigente” com a definição de produtor da obra audiovisual exarada pela LDA. Tal “divergência” é apontada nos itens 5.2.34 e 5.2.35 da Nota Técnica nº 2-E/2020, transcritos abaixo:

“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.”

Tal alegação não procede, como pode-se depreender do cotejo entre a definição de produtor trazida pelo Art. 5º, Inciso XI da Lei 9.610/98 e sua interpretação a luz a IN ANCINE nº 104/2012, conforme exposto na Seção I desta contribuição.

Reiterando a análise ali exarada, não se pode subverter a intenção do legislador e reduzir a figura do produtor definida na LDA a de um mero executor. A expressão “tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual”, presente na definição de produtor instituída pela LDA, precisa ser interpretada a luz de seu pleno significado, que implica tanto a reunião das condições de financiamento da produção da obra audiovisual quanto a capacidade de fruir, usar e dispor da obra audiovisual uma vez produzida.

Neste sentido, um paralelo com a indústria fonográfica pode ser esclarecedor.

De forma simplificada, imaginemos a seguinte situação. De um lado temos uma editora/gravadora musical e de outro um estúdio de gravação que presta serviços a esta gravadora. Se a editora/gravadora contrata o estúdio para a produção de um fonograma, paga por estes serviços e retém ao final seus direitos patrimoniais, a luz da LDA, ela é inequivocamente a responsável econômica por sua primeira fixação e, portanto, produtora do fonograma. Tal fato se conformaria, ainda que, por ventura, o estúdio houvesse procurado a editora/gravadora com a idéia de gravar tal fonograma. Pois, se o negócio jurídico, ao final e ao

cabo, se configura nos mesmos termos, o fato da iniciativa ter sido tomada por uma ou outra parte, é pouco relevante.

Como pode-se perceber, mesmo que considerados apenas os efeitos sobre outras áreas da criação intelectual, não é cabível a interpretação de que o produtor de uma obra seja apenas um executor que não detém direitos patrimoniais sobre a mesma no momento de sua primeira fixação.

IV - DA SUPOSTA DIVERGÊNCIA ENTRE O CONCEITO DE PODER DIRIGENTE E O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA.

Em seus itens 5.2.21 à 5.2.25 a Nota Técnica nº 2-E/2020 insinua haver possível incompatibilidade entre as “condicionantes inerentes ao conceito de Poder Dirigente” e o princípio da livre iniciativa proposto no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, cabe destacar que os comandos constitucionais devem ser sempre analisados em conjunto, de modo que nenhum se torne absoluto em detrimento de outros. Neste sentido, o princípio da livre iniciativa deve ser cotejado com o princípio da soberania, afirmado no Inciso I do mesmo artigo constitucional; o objetivo de garantir o desenvolvimento nacional, afirmado no Art. 3º, Inciso II; o direito do autor de usar, fruir e dispor de suas obras, previsto no Art. 5º, inciso XXVII; e, especialmente, a obrigação do Estado de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, assim como o apoio e incentivo a valorização e a difusão das manifestações culturais, estabelecido no Art. 215 da Constituição Federal.

O conceito de Poder Dirigente é, neste sentido, um instrumento fundamental para o estímulo à preservação do controle sobre os direitos autorais patrimoniais das obras audiovisuais em poder em empresas produtoras brasileiras independentes. Cumprindo um papel imprescindível na garantia do exercício dos direitos culturais por empresas e autores brasileiros e na efetivação da fruição econômica dos direitos patrimoniais de obras brasileiras, em particular as produzidas com recursos públicos federais, por estas empresas e autores. A sua regulamentação tem consequências diretas no desenvolvimento do setor audiovisual brasileiro e na promoção da soberania nacional, em particular no que concerne a fruição por empresas e cidadãos brasileiros de benefícios promovidos pela legislação nacional do audiovisual, atendendo, assim, a um conjunto expressivo de comandos constitucionais.

Em que pese ser sustentado por comandos constitucionais claros, conforme demonstrado, é importante afirmar que o conceito de Poder Dirigente não fere de forma alguma o princípio da livre iniciativa.

Conforme demonstrado na Sessão III desta contribuição, as regulamentações da ANCINE que se utilizam do conceito de Poder Dirigente tratam de políticas de estímulo à produção e veiculação de obras audiovisuais brasileiras independentes. As quais são oferecidas aos autores e produtoras brasileiros que podem delas se beneficiar, ou não, conforme seu próprio arbítrio, não havendo qualquer instrumento legal ou infralegal que os constanja.

Tal afirmação é corroborada pela própria Nota Técnica nº 2-E/2020 em seu item 5.2.18, o qual afirma:

“5.2.18. (...) 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.”

Como pode-se perceber, não há que se falar em limitação a livre iniciativa, uma vez que aos autores e empresas brasileiras é dada a opção ou não de se beneficiar de mecanismos de fomento à produção ou de estímulo a veiculação de suas obras audiovisuais, sendo plenamente facultativa a opção de se submeter ou não as regras e condições necessárias para obter tais benefícios.

Cabe ressaltar que este tipo de mecanismo é inerente a imensa maioria das políticas públicas praticadas no Brasil ou no exterior, as quais para obter determinado efeito, condicionam o seu acesso ao cumprimento de determinadas regras. Exemplos de mecanismos semelhantes podem ser encontrados em situações tão dispares quanto: a concessão de aposentadoria pela previdência social; a concessão de benefícios fiscais para a importação de armas de fogo; a concessão de vistos de entrada no país; a concessão de empréstimos a juros baixos através de programas do BNDES; o cumprimento das obrigações de veiculação de conteúdo nacional por provedores de Vídeo por Demanda em países da União Européia; a concessão de benefícios fiscais para pequenos produtores agrícolas nos Estados Unidos; entre inúmeros outros.

Sugerir que o estabelecimento de condicionantes para a fruição de políticas públicas eletivas é incompatível com o princípio da livre iniciativa, é abrir precedentes que inviabilizam a existência de qualquer forma de política pública, seja ela indutora de desenvolvimento, promotora de segurança social ou qualquer outra. Mais ainda, é abrir espaço para a subversão de políticas públicas estabelecidas, de modo que favoreçam, inclusive financeiramente, agentes econômicos que delas não necessitam, no caso do setor audiovisual: empresas estrangeiras e não independentes.

V – CONSIDERAÇÕES SOBRE O CENÁRIO I: DOS RISCOS INERENTES A REVOGAÇÃO DO CONCEITO DE PODER DIRIGENTE

Em suas conclusões finais a Nota Técnica nº 2-E/2020 aponta 3 cenários possíveis para tratamento regulatório, à saber: Revogação do Conceito de Poder Dirigente (Cenário I), aprimoramento do conceito de poder dirigente e harmonização interna de sua aplicação na ANCINE (Cenário II), substituir o conceito pela regulamentação do instituto da coprodução e regulamentar as disposições de direitos patrimoniais das obras audiovisuais fomentadas com recursos públicos federais (Cenário III).

No que concerne ao Cenário I, concordamos com a percepção da ANCINE, exarada nos itens 5.2.59 a 5.2.64, de que a supressão do conceito de Poder Dirigente seria profundamente prejudicial ao desenvolvimento do setor de produção audiovisual independente no Brasil.

Conforme exposto reiteradamente nesta contribuição, a sua regulamentação constitui pedra angular de sustentação que garante a efetividade dos dispositivos legais de estímulo a produção audiovisual brasileira, e sua supressão sumária subverteria tais dispositivos convertendo-os em mecanismos de incentivo a constituição de propriedades intelectuais estrangeiras e não independentes.

Cabe observar apenas, que não procede a afirmação fixada no item 5.2.63, de que não “(seria) possível averiguar qual seria o real impacto na produção audiovisual independente (da supressão do conceito de Poder Dirigente), até porque a ANCINE não possuiu registro e arquivo de todos esses contratos”.

Como é de conhecimento geral do setor e da própria ANCINE, o envio à agência de contratos que tratem do particionamento de direitos patrimoniais de obras audiovisuais é procedimento necessário para o acesso a recursos públicos federais diretos e indiretos, assim como para a emissão de CPB, estando regulamentado nas Instruções Normativas nº 104/2012 e 125/2015. Tais contratos contém obrigatoriamente (por força das normas supracitadas) as disposições relativas à organização dos direitos patrimoniais das obras audiovisuais independentes, incluindo direitos sobre receita, exploração comercial, comunicação pública e etc.

Como a entrega destes contratos a agência é essencial para o acesso a todos os mecanismos de estímulo à produção, exploração comercial e comunicação pública de obras audiovisuais no país, é fato que a ANCINE tem em seu poder a quase totalidade dos contratos que tratam de distribuição de direitos patrimoniais relativos a obras audiovisuais brasileiras independentes produzidas no Brasil desde 2012. Sendo, portanto, plenamente possível verificar/estimar o profundo impacto que a revogação da regulamentação do conceito de Poder Dirigente teria sobre estes contratos, no sentido da redução dos direitos patrimoniais sob controle das empresas produtoras brasileiras independentes.

VI. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CENÁRIO 2: DO APRIMORAMENTO DO CONCEITOS DE PODER DIRIGENTE E HARMONIZAÇÃO INTERNA DE SUA APLICAÇÃO NA ANCINE (CENÁRIO II)

Evidentemente, é sempre possível e desejável aprimorar o arcabouço regulatório do setor.

No caso particular do conceito de Poder Dirigente, uma crítica possível é a de que a ausência de parâmetros claros e objetivos – em particular sobre os limites temporais, territoriais e de segmentos de mercado da cessão de direitos patrimoniais a partir dos quais o licenciamento descaracterizaria a obra audiovisual como sendo brasileira e/ou de produção independente – abriu espaço para um excesso de subjetividade nas decisões da agência, assim como para divergências na sua aplicação por suas diferentes áreas técnicas (ou mesmo entre servidores de uma mesma área), com consequente aumento da burocracia, insegurança jurídica e do custo de transação a ser arcado pelos produtores independentes.

No entanto, é preciso considerar que a regulamentação destes limites já se encontra estabelecida em diferentes graus de especificidade, para um conjunto amplo de situações, como o acesso a recursos do Fundo Setorial do Audiovisual (disposto no Capítulo VI do Regulamento Geral do PRODAV) e o acesso a recursos públicos federais incentivados (disposto na Deliberação nº 95/2010). Assim, menos do que um movimento de regulamentação inaugural destes limites, trata-se de um movimento de revisão e complementação da regulamentação em vigor.

Além disso, é preciso considerar, ainda, que um avanço na especificação de tais limites, pode trazer um engessamento nas relações negociais do setor audiovisual os quais também podem ter efeitos deletérios.

Neste sentido, considerando os riscos graves que qualquer alteração nesta regulamentação pode trazer o setor, pelas razões já expostas nesta contribuição, torna-se imperativo que qualquer movimento neste sentido seja precedido pela realização de uma Análise de Impacto

Regulatório – AIR, conforme estabelecido no Art. 6º da Lei 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) e regulamentado na Resolução de Diretoria Colegiada n.º 81, de 2018.

Tal análise deve conter uma extensa avaliação quantitativa dos resultados, a partir dos dados disponíveis da agência, assim como uma extensa avaliação qualitativa realizada a partir da análise dos contratos de coprodução depositados na agência sob diferentes circunstâncias e instrumentos regulatórios. Dados e contratos, estes, que estão disponíveis para análise, conforme apontado anteriormente nesta contribuição, a despeito das alegações em contrário, apresentadas na Nota Técnica nº 2-E/2020.

A título de exemplo, seria possível comparar a distribuição dos direitos patrimoniais sobre as obras audiovisuais fomentadas com recursos públicos federais, antes e depois da regulamentação de conceito de Poder Dirigente (publicação da Instrução normativa nº 104/2012), assim como antes e depois da publicação da Deliberação nº 95/2010 ou do Regulamento Geral do PRODAV. Do mesmo modo, é possível verificar através da análise de dados de emissão de CPB, CRT, assim como dos relatórios de programação de TV Paga, o impacto da regulamentação sobre a circulação das obras audiovisuais produzidas sob diferentes momentos da regulamentação da ANCINE. E por fim, os dados de retorno financeiro do FSA permitem estimar o volume de retorno financeiro auferido por produtores independentes, relativos aos licenciamentos de suas obras, assim como os dados fornecidos por produtores e programadores para acesso de recursos financeiros através do Suporte Automático, permite verificar o impacto que a regulamentação em tela possa ter tido sobre as receitas de licenciamento de obras audiovisuais produzidas.

O processo de realização do AIR deveria contar ainda com a contribuição intensa do setor ao longo de sua realização, em particular do segmento de produção audiovisual independente, o mais afetado pela regulamentação em tela.

Avançar no início de um processo de revisão regulatória, de alto impacto setorial, em um momento de extrema fragilidade do setor, em que a Política Nacional do Cinema e do Audiovisual, seus instrumentos legais e as instituições estatais responsáveis por sua efetivação se encontram em risco, sem embasamento da necessária Análise de Impacto Regulatório seria não apenas irresponsável por parte da ANCINE, mas flagrantemente ilegal a luz da Lei 13.848/2019.

VII. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CENÁRIO 3: DOS RISCOS INERENTES A SUA SUBSTITUIÇÃO PELA REGULAMENTAÇÃO DO CONCEITO DE COPRODUÇÃO

Em seu Cenário 03, a Nota Técnica nº 2-E/2020, propõe como alternativa, em seu item 6.11 o que se segue:

“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.), dispondo sobre a transferência dos mesmos quando se tratar de obras realizadas com recursos públicos.”

No que concerne a substituição do conceito de “Poder Dirigente” pela regulamentação do conceito de “Coprodução”, proposta no item 6.11.1, observa-se que não há vantagem imediata derivada de tal alteração, uma vez que as críticas, procedentes, realizadas ao conceito de “Poder Dirigente” dizem respeito a uma eventual falta de detalhamento e objetivação normativa e interpretativa no âmbito da ANCINE. A simples substituição por um outro conceito, seja este “coprodução” ou outro, não traz em si benefício algum.

Cabe reiterar que as críticas à regulamentação do conceito de “Poder Dirigente”, derivadas de sua suposta divergência com a Lei de Direito Autoral ou o princípio da livre iniciativa, são improcedentes, conforme exposto nas seções anteriores desta contribuição.

Além de não trazer benefícios, a substituição do conceito de “Poder Dirigente” pela regulamentação do instituto da “coprodução”, pode trazer graves prejuízos a produção independente brasileira.

O instituto da “coprodução” implica, a luz do direito autoral, da prática consolidada no setor, e da regulamentação praticada pela ANCINE desde sua fundação, no compartilhamento de cotas de direitos patrimoniais entre diferentes entes.

Tal instituto é, ainda, previsto legalmente como meio necessário para acesso a recursos federais de fomento indireto à produção audiovisual, viabilizados através dos Arts. 3º, 3º A da Lei 8.685/1998 e Art. 39, inciso X da MP 2228-1/2001. Os demais mecanismos de fomento a produção audiovisual com recursos públicos federais, inclusive o Fundo Setorial do Audiovisual, prescindem da necessidade de estabelecimento de relações de coprodução entre empresas produtoras independentes, radiodifusoras ou programadoras e, portanto, não implicam em cessão de direitos patrimoniais destes para aqueles.

A substituição da regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” pelo de “Coprodução” tornaria condição padrão, quando não mandatária, para acesso a quaisquer mecanismos de fomento a produção, a cessão de direitos patrimoniais de obras audiovisuais brasileiras independentes brasileiras para empresas radiodifusoras e programadoras.

No caso do acesso a recursos do Fundo Setorial do Audiovisual, por exemplo, o Regulamento Geral do Prodav, estabelece como padrão o instituto do pré-licenciamento como forma de vinculação entre a obra audiovisual fomentada com seus recursos e a empresa radiodifusora ou programadora. Este instituto permite a empresa não independente ter acesso aos direitos de comunicação pública de uma obra audiovisual brasileira, em seu segmento de mercado, preservando em poder do produtor independente os demais direitos patrimoniais para outros

fins. Assim, a substituição do modelo de pré-licenciamento, em vigor, pela regulamentação do instituto da coprodução terá como único efeito transferir para controle de empresas estrangeiras e/ou não independentes, parte significativa dos direitos patrimoniais sobre as obras produzidas com recursos do FSA.

Tal cenário trará graves prejuízos a produção audiovisual brasileira independente, promovendo a transferência irrestrita de propriedade intelectual brasileira fomentada com recursos públicos nacionais, para empresas estrangeiras e não independentes, sem nenhum benefício perceptível ao setor audiovisual.

No que concerne ao proposto no item 6.11.2 – a substituição do conceito de “Poder Dirigente” pela regulamentação da disposição das várias modalidades de direitos patrimoniais (exploração comercial, comunicação pública, direitos sobre receitas, etc.) – a alteração nos parece apenas formal e tautológica.

Conforme relatado na seção VI desta contribuição, é possível imaginar o aprimoramento da regulamentação do conceito de “Poder Dirigente” a partir de um maior detalhamento e especificação da sua verificação, com o estabelecimento de limites claros e objetivos para o licenciamento/cessão das várias modalidades de direito patrimonial, em um movimento de revisão e complementação do já disposto sobre o tema na Instrução Normativa nº 104/2012, no Capítulo VI do Regulamento Geral do PRODAV e na Deliberação nº 95/2010.

No entanto, fazê-lo fora do abrigo do conceito de “Poder Dirigente” não traz qualquer benefício concreto ao ambiente regulatório do setor. Ao contrário, perde-se em clareza programática – a explicitação de que a legislação do setor deve ser aplicada sobre o detentor de poder de controle de fato e não de direito – e abre-se mão dos avanços promovidos no ambiente de negócios derivados de sua instituição – notadamente no que diz respeito ao equilíbrio das relações negociais entre empresas produtoras, radiodifusoras e programadoras, conforme atestado pelos relatos exarados na própria Nota Técnica nº 2-E/2020, em seus itens 5.2.61 e 5.2.62, transcritos abaixo:

“5.2.61. (...) 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.”

São Paulo, 31 de Março de 2021

Para Agência Nacional de Cinema - ANCINE
A/c Diretoria Colegiada

Ref.: Consulta Pública referente ao “Poder Dirigente”

Prezados Senhores,

Em atenção à consulta pública sobre o “Poder Dirigente”, encaminhamos, através desta, a contribuição do SIAESP – Sindicato da Indústria do Audiovisual do Estado de São Paulo.

Analisamos os pontos de maior impacto para o setor e necessitam de ajustes: os direitos relativos aos incentivos fiscais destinados à empresas da própria indústria do audiovisual, isto é, Distribuidores e Canais de TV Aberta ou por Assinatura, através dos artigos 3º e 3ºA da Lei 8.685/93 e do artigo 39-X da MP 2.228/01.

Esses incentivos fiscais foram fundamentais para alavancar o desenvolvimento do setor e, para além de fontes de financiamento para a realização das obras, cumpriu o objetivo de aproximar produtores independentes dos grandes distribuidores do mercado e dos canais de TV, fortalecendo vínculos entre diferentes elos da indústria, somando esforços para conquistar cada vez mais o público consumidor.

Como contrapartida a esses investimentos foram estabelecidos em favor das empresas investidoras (1) direitos patrimoniais, que garantem a participação nas receitas oriundas da exploração comercial das obras e, (2) direitos adicionais, como direitos de distribuição e direitos de licença não onerosa para os canais de TV.

Incentivos Fiscais	Percentuais de participação na RLP*	Direitos adicionais
Artigo 3º da Lei 8.685/93	1x1 (limite 49%)	licença por 5 anos não onerosa para a TV
Artigo 3ºA da Lei 8.685/93		
Artigo 39 X da MP 2.228/01		

Passados mais de 20 anos desde que essas leis foram publicadas, é fundamental a revisão desses direitos para melhor equilibrar as forças entre esses diferentes elos da cadeia produtiva do audiovisual.

(1) Sobre a participação nas Receitas

As empresas do setor que utilizam esses incentivos são os Distribuidores e canais de TV – abertas ou fechadas que são, em sua maioria, gigantes globais, como a Warner, Disney, HBO, Turner entre outras, ou grandes empresas nacionais como a Rede Globo por exemplo.

Esses investimentos realizados por meio de isenção tributária, tem como contrapartida a participação nas receitas da obra numa proporção direta do investimento, isto é, a cada 1% investido a empresa fica com 1% de participação na Receita Líquida do Produtor (RLP), que passaremos a nos referir como 1x1.

Ocorre que, em grande parte das vezes, o produtor precisa buscar outros recursos para completar o financiamento da obra negociando outros percentuais da RLP e, ao final da equação, temos o enfraquecimento brutal do produtor, elo da cadeia que a legislação construída pretendeu fortalecer.

Exemplo

Para ilustrar essa situação, simulamos um projeto com valor total de R\$ 6.4 milhões, onde as fontes de financiamento contam com (1) um Distribuidor que aportou R\$ 3 milhões por meio de incentivos fiscais, isto é, sem qualquer valor privado; (2) recursos do FSA no valor de R\$ 2 milhões por meio de um edital; e (3) um investimento privado, que aportou recursos próprios no montante de R\$ 1 milhão, algo raro, perseguido pelos produtores e estimulado pelas políticas públicas.

Adicionalmente, esse produtor trouxe parceiros associados que participaram da produção com equipamentos de filmagem e serviços de pós-produção, e negociou também com autores e atores uma pequena participação nas receitas, prática comum em todo o mundo quando se trata de talentos com carreiras consolidadas.

Simulação				
	Mecanismo	Investimento	Modelo	% RLP
Distribuidor / TV	Art. 3º, 3ºA, 39X	3.000.000	1x1	46,9%
FSA	Fomento Direto	2.000.000	1x0,5	15,6%
Investidor	Investimento Privado	1.000.000	1X1	15,6%
Produtores Associados	Equipamentos e Serviços	400.000	Variável	5,0%

SIAESP

SINDICATO DA INDÚSTRIA AUDIOVISUAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

Talentos	Autores, Atores, outros	Direitos	Variável	7,0%
Produtores				9,9%
Total		6.400.000		100,0%

Pelo perfil dos investimentos e talentos, podemos notar que trata-se de uma obra de alto potencial comercial, porém o produtor ficou em grande desvantagem.

É muito desproporcional e desequilibrada a relação entre o produtor e o distribuidor ou canal de TV na participação das receitas diante do tamanho de sua responsabilidade pela realização da obra, com toda a gestão da produção, a responsabilidade tributária, trabalhista e perante os órgãos de controle, além do seu empenho por anos para sua realização, que em média pode se estender entre 3 e 6 anos.

Além disso, com um percentual tão pequeno nas receitas da obra, dificilmente esse produtor, mesmo alcançando uma grande bilheteria em salas de cinema e boas vendas para TVs e plataformas de streaming, não conseguirá jamais, ganhar o suficiente para se tornar autossustentável, ou minimamente investir em outra obra que o afaste das linhas de fomento público.

Proposta de equilíbrio

O SIAESP vem assim propor a revisão dos direitos dos distribuidores e TVs, para a proporção de 1X0,25. Dessa forma, as grandes empresas do mercado poderão usufruir das receitas dessas obras, mas de forma mais condizente com a natureza desses investimentos, realizados com 100% de incentivos fiscais e, em melhor equilíbrio com os demais investidores e produtores.

Podemos visualizar esse ajuste na calibragem das participações na simulação abaixo, que repete os valores do exemplo acima, apenas revisando a proporção desses direitos.

Proposta				
	Mecanismo	Investimento	Modelo	% RLP
Distribuidor / TV	Art. 3º, 3ºA, 39X	3.000.000	1x0,25	11,7%
FSA	Fomento Direto	2.000.000	1x0,5	15,6%
Investidor	Investimento Privado	1.000.000	1X1	15,6%
Produtores Associados	Equipamentos e Serviços	400.000	Variável	5,0%
Talentos	Autores, Atores, outros	Direitos	Variável	7,0%
Produtores				45,0%
Total		6.400.000		100,0%

(2) Sobre os direitos adicionais

a. Direitos de distribuição

É prática corrente no mercado que, ao investir por meio de incentivos fiscais, o distribuidor negocia conjuntamente os direitos de distribuição da obra, fazendo jus a sua comissão de distribuição – percentual sobre a Receita Bruta do Distribuidor (RBD), que gira em torno de 25 a 30%.

Esses direitos adicionais precisam ter claro sua limitação no tempo, pois testemunhamos diversos casos onde o distribuidor, por diferentes razões, já não impulsiona mais novas negociações para aquelas obras e o produtor fica limitado em sua atuação de vendas para outros territórios e players do mercado.

Sendo assim, o SIAESP propõe a limitação temporal de 7 anos para a exclusividade das distribuidoras, com o teto de 25% de comissão de distribuição, e propõe ainda que, se o distribuidor não lançar a obra em até 2 anos após o registro do CPB, os direitos poderão ser negociados com outra distribuidora.

b. Licenças exclusivas e não onerosas

Para além da participação nas receitas, os benefícios fiscais para as TVs - abertas ou por assinatura, prevêm adicionalmente o licenciamento por 5 anos, com exclusividade e de forma não onerosa, para exibição da obra em seus canais. Esse direito foi normatizado pela Deliberação 95 em 2010.

Com esse direito adicional, o projeto não gera qualquer receita por 5 anos! Além disso, tem limitada a sua circulação para outros públicos durante esse período. Esse tempo é longo demais e muitas obras perdem competitividade junto ao mercado e ao consumidor.

O SIAESP propõe assim, que o prazo seja limitado à 2 anos, similar às regras do FSA, podendo o canal de TV negociar a renovação dessa licença, desde que seja de forma onerosa.

Conclusão

Após mais de 20 anos da publicação de leis que aproximaram diferentes elos da indústria do audiovisual, por meio de incentivos fiscais para distribuidores e canais de TV participarem do financiamento de obras nacionais independentes, é fundamental que os direitos de contrapartidas para esses agentes econômicos sejam revistos e melhor equilibrados.

Para tanto o SIAESP propõe os seguintes ajustes:

1. Participação na RLP

O percentual de participação nas Receitas Líquidas do Produtor (RLP) deve ser na proporção de 1x0,25, de modo a equilibrar a relação com os produtores e ser mais condizente a investimentos realizados com 100% de incentivos fiscais.

2. Direitos de Distribuição

Delimitar com clareza o prazo para os direitos de distribuição das obras, para 7 anos, com o teto de 25% de comissão de distribuição. Adicionalmente, se a obra não for lançado em até 2 anos a partir do registro do CPB, o produtor poderá negociar com um novo distribuidor.


3. Licenciamento para a TV

Revisar o prazo de licenciamento exclusivo das obras para 2 anos, de modo a permitir a geração de alguma receita após esse prazo.

Parabenizamos a iniciativa de revisar as normas de direitos decorrentes das legislação dedicada ao fomento da indústria com o objetivo de melhor calibrar as relações entre diversos agentes do mercado, bem como o de unificar e padronizar regras que facilitarão a gestão desses direitos por parte dos agentes públicos e privados.

Nos colocamos a disposição para avançar com as contribuições,

Atenciosamente,


Simoni de Mendonça

Presidente

Sindicato da Indústria do Audiovisual do Estado de São Paulo - SIAESP

São Paulo, 31 de março de 2021

À AGÊNCIA NACIONAL DE CINEMA - ANCINE

REF.: Contribuições da ABTA à Consulta Pública da Notícia Regulatória sobre avaliação dos resultados regulatórios do Instituto do Poder Dirigente

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA – ABTA, entidade de âmbito nacional, sem fins lucrativos, constituída por empresas e outras associações, com atividades relacionadas direta ou indiretamente com a prestação a assinantes de serviços de distribuição de sinais de vídeo e áudio, de serviços de telecomunicações e de Serviços de Valor Adicionado, vem, pelo presente, apresentar suas contribuições à referida Consulta Pública.

A ABTA gostaria de saldar a iniciativa da Agência, bem como parabenizar a equipe responsável pela nota técnica produzida para analisar os resultados regulatórios do Instituto do Poder Dirigente. Ainda que não tenha sido possível aplicar um método quantitativo para avaliar os limites e benefícios do conceito regulamentar, a pesquisa qualitativa trouxe conclusões importantes.

Desde já os programadores e distribuidores associados à ABTA gostariam de externar a posição de que a inexistência de benefício concreto identificado, do ponto de vista de interesse público, relativo ao instituto do Poder Dirigente, é motivo suficiente para revogá-lo. Haveria razão para sua adequação, manutenção se houvesse algum indício de que ele cumpre com seus objetivos. Não parece ser o caso.

A nota técnica, em suas conclusões, deixou claro que o instituto do Poder Dirigente não alcançou plenamente seus principais objetivos do ponto de vista de fomento e sustentabilidade da produção independente. E, além disto, é preciso dizer que ele, sim, minimizou investimentos

e reduziu a competição entre produtores nacionais independentes (aos quais já era assegurado, pelas cotas, uma reserva de mercado).

O saldo líquido desse instituto regulatório, do ponto de vista de interesse público, parece negativo – não nulo.

Ademais disso, e como já sustentamos no passado, o conceito de Poder Dirigente é uma inovação regulatória, não respeitando limites constitucionais e legais. Vejamos.

Esse o conceito vigente na IN 121 da Ancine:

IN 121, Art 1º, 4º, 5º e 6º

(...) 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.

Primeiro, tal conceito não existe na lei 12.485/11, e é utilizado antes mesmo de sua publicação, como descrito na própria nota técnica.

Segundo, ele ofende os direitos previstos no Art. 5º, inciso XXVII (direitos de autor) da Constituição Federal:

Constituição Federal, Art. 5º

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

Terceiro, ele também desrespeita o previsto no Art. 28 da Lei 9.610/98 (Lei Direito Autoral - LDA).

Lei 9.610, Art. 28

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Os associados da ABTA entendem que os dispositivos legais citados acima querem denotar o direito exclusivo do autor dispor da sua obra. Não importa se para tanto ele faz uso ou não de

recursos públicos. O conceito de poder dirigente não poderia interferir no seu direito patrimonial sobre a obra produzida.

Ainda no âmbito legal é preciso falar sobre a nova Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/19). Um conceito como esse, sem qualquer benefício público comprovado, certamente se enquadraria em abuso regulatório. Ainda mais no atual cenário de transformação tecnológica do negócio audiovisual e de hipercompetição na distribuição de conteúdo.

Por todo o exposto as associadas recomendam a revogação do instituto regulamentar do Poder Dirigente.

Finalmente, gostariam de reafirmar que estão à disposição para seguir discutindo novas formas de simplificar o arcabouço regulatório que hoje impacta negativamente as operações de programadoras e empacotadoras de TV paga.

Sem mais.

Atenciosamente.

Oscar Vicente Simões de Oliveira

Brasília, 10 de fevereiro de 2021.

Ilustríssimo Senhor
Alex Braga Muniz
Diretor-Presidente da Agência Nacional do Cinema - ANCINE

1

Assunto: Contribuição Notícia Regulatória sobre a avaliação dos resultados regulatórios do Instituto do "Poder Dirigente"

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RÁDIO E TELEVISÃO – ABRATEL, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 03.107.168/0001-99, com sede na SRTVS 701, bloco H, 7º andar, sala 703, Asa Sul, Brasília/DF, vem por meio desta apresentar a sua **MANIFESTAÇÃO** à Consulta Pública aberta, referente a notícia Regulatória em epígrafe.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a Abratel é uma instituição focada em defender os direitos constitucionais do serviço público de radiodifusão, a liberdade de expressão e a viabilidade operacional das rádios e televisões.

Seu trabalho tem como base a qualidade do atendimento e do suporte oferecidos às empresas associadas, bem como é responsável por dar voz e representação a cada radiodifusor que presta um dos mais importantes serviços à sociedade: o acesso à informação.

Sobre o tema posto, a Agência Nacional do Cinema (Ancine) requereu a participação da sociedade civil, por meio da consulta pública, com o fim de compreender necessidade de extensão e definição dos limites do instituto do Poder Dirigente;

Segundo a definição da IN 104/2012, Poder Dirigente sobre o Patrimônio da Obra Audiovisual é o 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; (Redação dada pela Instrução Normativa n.º 121, de 22 de junho de 2015).

A definição do Poder Dirigente é importante para a regulamentação das relações patrimoniais entre agentes econômicos em função dos direitos decorrentes das obras audiovisuais.

A Constituição Federal prevê que é obrigação do Estado permitir para que o particular exerça livremente a atividade econômica, com a menor intervenção possível, tudo de conformidade com o disposto no parágrafo único do artigo 170 que estabelece que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa.

A regulamentação desse dispositivo veio por intermédio da Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019, que instituiu a declaração de direitos de liberdade econômica estabelecendo normas de proteção à livre iniciativa com vistas a reduzir a intervenção do Estado nas atividades empresariais.

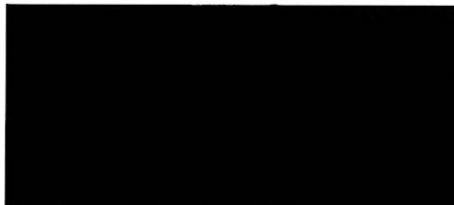
O objetivo da Lei é priorizar a autonomia da vontade das partes em detrimento da intervenção do Estado, que deverá ser feita somente de forma subsidiária e excepcional.

Da mesma forma, o art. 3º da Lei 12.485/11, também consagra o princípio da livre iniciativa ao estabelecer que a comunicação audiovisual de acesso condicionado, em todas as suas atividades, será guiada, entre outros princípios, pela *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. (inciso VI)*

Deste modo, imbuídos nos princípios de livre iniciativa e intervenção mínima do Estado, entende a Abratel que instituto do Poder Dirigente deve ser flexibilizado dando às partes a possibilidade de negociarem livremente o direito de utilizar, fruir e dispor das obras com a mais ampla e irrestrita liberdade e dessa forma se ampliarão as possibilidades de negociação com o quê se viabilizará a produção de obras das mais diversas formas.

Assim sendo, requer e espera dessa Agência, a análise dos pontos acima expostos, para a construção de uma sociedade mais justa.

Atenciosamente,



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR DIRETOR PRESIDENTE DA AGÊNCIA NACIONAL DO
CINEMA- ANCINE**

NOTÍCIA REGULATÓRIA Nº 10-E/2020

Processo nº: 01416.005791/2020-05

CÂMARA BRASILEIRA DA ECONOMIA DIGITAL – CAMARA E-NET (“camara-e.net”), associação civil inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.481.317/0001-48, com sede na Avenida Angélica, 2503 – conjunto 56, São Paulo, Capital, vem, nos autos do procedimento administrativo em referência, apresentar suas contribuições à Consulta Pública que versa sobre o Instituto do “Poder Dirigente”, nos termos da Notícia Regulatória mencionada acima.

I. SOBRE A CAMARA E-NET

1. Fundada em maio de 2001, a camara-e.net é a principal entidade multissetorial da América Latina e instituição de maior representatividade da Economia Digital no Brasil.

2. O objetivo da camara-e.net é promover o desenvolvimento integrado e sustentável do setor, disseminando posições de consenso perante os agentes públicos e privados, nacionais e internacionais, e contribuindo para a construção de

boas práticas, padrões e marcos regulatórios da Economia Digital no país e no mundo.

3. O quadro de associados da camara-e.net conta com os mais importantes players do comércio eletrônico, dentre empresas de infraestrutura, mídias sociais, chaves públicas, meios de pagamento, seguros, varejo e e-banking, de forma a representar todas as vertentes do e-commerce.

II. BREVE RESUMO SOBRE A NOTÍCIA REGULATÓRIA E OS CENÁRIOS PROPOSTOS PELA ANCINE

II.a. Histórico do conceito de Poder Dirigente e regulação aplicável

4. O conceito de Poder Dirigente criado pela ANCINE tratou de regulamentar o exercício dos direitos patrimoniais advindos de obras audiovisuais ao estabelecer regras e limitações em relação às negociações firmadas entre os agentes econômicos relevantes na cadeia de valor do audiovisual.

5. As maiores consequências práticas da criação do Poder Dirigente estão relacionadas à elegibilidade para utilização de recursos públicos federais vinculados a mecanismos de incentivos fiscais para financiamento de atividades de produção no Brasil, bem como para a qualificação de obras audiovisuais para fins de cumprimento de obrigações de cotas de conteúdo nacional aplicáveis a prestadores de TV por assinatura.

6. A Deliberação ANCINE nº 95/2010, que regulamentou os limites à composição do controle do patrimônio da obra audiovisual 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 foi o primeiro passo da ANCINE em direção à criação do conceito de Poder Dirigente.

7. Ato seguinte, buscando regular direta e expressamente as relações de controle do patrimônio das obras audiovisuais, a ANCINE, por meio da Instrução Normativa nº 101/2010, trouxe a primeira redação do conceito de Poder Dirigente.

As instruções Normativas nº 100/2012, 104/2012, 105/2012 e 106/2012 acabaram por replicar o conceito e, posteriormente, para evitar a pulverização e harmonizar a regulação existente, a ANCINE firmou e unificou o conceito por meio da Instrução Normativa nº 121/2015¹.

8. O argumento adotado à época se deu no sentido de que era necessário regulamentar os direitos de exploração patrimonial das obras audiovisuais brasileiras para garantir a utilização dos mecanismos de incentivos federais por entidades nacionais, bem como a qualificação das obras para fins de cumprimento de obrigações de comunicação pública, nos termos da Lei do SeAC, ambos com objetivo final de fomentar o mercado audiovisual brasileiro.

9. O foco nos mecanismos de incentivos fez com que o Poder Dirigente fosse posteriormente adotado como parâmetro para o Fundo Setorial do Audiovisual – FSA, por meio do Regulamento Geral do Programa de Desenvolvimento do Audiovisual – PRODAV.

10. Com o passar dos anos e o desenvolvimento do mercado audiovisual brasileiro, todavia, a ANCINE se viu questionada acerca da eficácia do Poder Dirigente enquanto mecanismo de desenvolvimento da produção de conteúdo audiovisual brasileiro.

11. Foi diante desse cenário de dúvidas que a Nota Técnica nº 2-E/2020 (“Nota Técnica”) tratou de analisar os resultados regulatórios do Poder Dirigente, criado pela ANCINE, de forma a identificar se o conceito teria ou não servido ao propósito de estimular o equilíbrio entre as partes do mercado audiovisual brasileiro, e, conseqüentemente a cultura nacional.

¹ Poder Dirigente: 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.

II.b. Consequências insatisfatórias identificadas pela Nota Técnica nº 2-E/2020

12. Conforme mencionado, a Nota Técnica nº 2-E/2020 constatou 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”*.

13. A Nota Técnica tomou como base estudos acerca de processos administrativos em trâmite na ANCINE, bem como entrevistas com os servidores da ANCINE, e abordou os supostos pontos fortes e fracos do Poder Dirigente, ao analisar, por exemplo, aspectos como: (i) a indeterminação do conceito; (ii) a legalidade da norma; (iii) a livre iniciativa; (iv) a influência do Poder Dirigente na classificação da independência da obra; e (v) a percepção do Poder Dirigente em diferentes áreas da ANCINE.

14. De acordo com a Nota Técnica, por ausência de tempo e inviabilidade técnica para realizar uma análise quantitativa, a ANCINE teria apoiado sua análise tão somente sob a perspectiva dos impactos qualitativos do Poder Dirigente.

15. Diante da análise realizada, a Nota Técnica acaba por 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”*.

16. A Nota Técnica segue “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”.

17. Ainda, a ANCINE entendeu que a indeterminação do conceito abre margem para interpretações distintas acerca de sua aplicabilidade inclusive dentro da própria ANCINE, o que acaba por gerar insegurança jurídica aos agentes do mercado, que estão sujeitos à aplicabilidade de entendimentos diversos e subjetivos quando da análise dos contratos submetidos à ANCINE.

18. Diante das consequências insatisfatórias alcançadas pelo Poder Dirigente, a Nota Técnica recomenda a adoção de melhorias, especialmente na abordagem regulatória, de forma a evitar a duplicação e o conflito de normas, especialmente considerando as que tratam de direito patrimonial do autor (Lei de Direitos Autorais).

II.c Cenários propostos

19. Diante do reconhecimento da ANCINE acerca da necessidade de revisar a regulação existente acerca do Poder Dirigente, a Nota Técnica acabou por sugerir três possíveis cenários:

“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.”

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:*

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

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.

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 comercial entre produtores independentes, por um lado, e programadoras e radiodifusoras (e eventualmente distribuidoras), por outro lado. Nesse sentido, recomendamos:*

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;

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.

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:

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

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 que dispõe o inciso XIV, do art. 7º da MP 2.228-1/2001. ”

20. Ato posterior à elaboração da Nota Técnica, a Diretoria Colegiada da ANCINE, por meio da Deliberação de Diretoria Colegiada nº 495-E/2020, decidiu pela implementação do **Cenário 03**. Para tanto, submeteu a Notícia Regulatória nº 10-E/2020 a processo de consulta pública, com intuito de receber contribuições “para um possível tratamento regulatório do instituto do Poder Dirigente na esfera de

competência da Agência, seja no que tange à interpretação e aplicação da legislação vigente ou possível reformulação normativa".

21. Ciente da relevância do tema para o mercado audiovisual brasileiro, a camara-e.net passa, então, a apresentar suas considerações acerca do instituto do Poder Dirigente e a necessidade de revisão do ambiente regulatório em que se encontra.

III. CONTRIBUIÇÕES DA CAMARA E-NET

III.1. Legalidade do instituto de Poder Dirigente e a competência da ANCINE para cria-lo

22. Conforme mencionado nos capítulos anteriores, o instituto do Poder Dirigente foi criado pela ANCINE por meio da edição de Instruções Normativas. Em outras palavras, o Poder Dirigente é, portanto, resultado do exercício da atribuição normativa atribuída à ANCINE quando de sua criação.

23. Todavia, é importante entender se, ao criar tal instituto, até então não previsto em qualquer legislação federal relacionada ao setor audiovisual, não estaria a ANCINE extrapolando as competências normativas que lhe foram garantidas pela legislação federal. Isso porque cria, sem as devidas justificativas ou previsões legais, instituto que acaba por intervir no domínio econômico e limitar garantias previstas nas legislações federais aplicáveis.

24. A Lei do Audiovisual (Lei nº 8.685/1993) foi pioneira no setor, ao criar mecanismos de fomento à produção audiovisual brasileira, por meio da utilização de

descontos no Imposto de Renda a Pagar. Não há, em tal legislação, qualquer menção ao instituto do Poder Dirigente.

25. Alguns anos depois, foi editada a MP 2228-1/2001, que cria a ANCINE e estabelece regras e princípios para o desenvolvimento do setor audiovisual brasileiro, também sem mencionar o instituto do Poder Dirigente.

26. A única inovação trazida pela MP 2228-1/2001 em relação à Lei do Audiovisual, em termos de propriedade das obras, diz respeito ao conceito de produção independente, que, apesar de mencionado pela Lei do Audiovisual, não era por ela conceituado. A MP 2228-1/2001 define, então, como requisito para que uma produção seja considerada independente que a 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 (empresas de televisão e operadoras de televisão por assinatura).

27. A MP 2228-1/2001 vai adiante, e traz as hipóteses que permitem a uma obra ser considerada enquanto obra brasileira. De acordo com a MP, é necessário que a obra atenda a um dos requisitos para que seja considerada brasileira:

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; (Redação dada pela Lei nº 10.454, de 13..5.2002)

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 coprodução cinematográfica e em consonância com os mesmos.

c) ser realizada, em regime de coprodução, por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de coprodução, 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. (Incluída pela Lei nº 10.454, de 13..5.2002)

28. É relevante notar que apenas uma das hipóteses traz a propriedade da obra como um requisito a ser considerado para fins de definição da obra enquanto brasileira, e que, mesmo essa hipótese, não traz qualquer referência ao conceito de Poder Dirigente posteriormente criado pela ANCINE, bem como não determina que o produtor seja um produtor independente.

29. Dando um salto ao próximo marco regulatório relevante no setor audiovisual, foi promulgada, em 2011, a Lei do SeAC (Lei nº 12.485/2011) com o intuito de unificar a regulamentação do serviço de televisão por assinatura. A legislação, dentre diversas outras novidades, introduziu ao ambiente regulatório obrigações relacionadas ao atendimento de cotas de conteúdo brasileiro e brasileiro independente em canais de televisão por assinatura. Em consonância com as legislações que a antecederam, a Lei do SeAC também não faz qualquer menção ao instituto do Poder Dirigente.

30. É de se questionar, portanto, a possibilidade de que a ANCINE, ao criar o instituto Poder Dirigente sem uma previsão legal específica antecedente, eis que até então inexistente na legislação brasileira, tenha extrapolado o seu poder normativo garantido pela MP 2228-1/2001.

31. O artigo 7º, inciso V da MP 2228-1/2001 garante à ANCINE a competência de regular, **na forma da lei**, as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, resguardada a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação. Até o momento, inexistente legislação federal que disponha acerca do conceito de "Poder Dirigente", ou que se apoie em tal conceito como fator determinante para qualificar determinada obra audiovisual enquanto Brasileira, ou elegível para incentivos públicos.

32. Note-se que o poder regulamentar garantido à ANCINE é diretamente vinculado à existência de legislação que a suporte. Nesse sentido, não poderia a ANCINE extrapolar suas competências e criar conceitos cujas consequências

incluem limitação direta de exercício de direitos patrimoniais e intervenção no domínio econômico sem que exista legislação que preveja tal limitação e intervenção.

III.II. Conflitos entre o instituto do Poder Dirigente e a Lei de Direitos Autorais

33. A Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998), dispõe acerca das garantias morais e patrimoniais atribuídas aos autores de obras intelectuais, inclusive audiovisuais.

34. O artigo 28 da Lei de Direitos Autorais determina que “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. O mesmo conceito trazido pelo artigo 28 foi utilizado pela ANCINE ao atualizar o conceito de Poder Dirigente, por meio da Instrução Normativa nº 121/2015. A definição foi alterada para *“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.”*

35. É relevante destacar a contradição criada pela própria ANCINE, ao reiterar as liberdades de utilização, fruição e disposição da obra e, logo em seguida, limita-la. Ora, quanto o titular do direito resolve dispor de sua criação, seja lá por qual meio (alienação, venda, transferência, cessão), é certo que está, ao final do dia, dispondo do direito patrimonial – e não moral – sobre sua obra. É evidente que tal contradição gera insegurança jurídica e margem para interpretações contraditórias e vagas

acerca do conceito, tal qual bem apontado pela própria Nota Técnica que subsidiou a Notícia Regulatória.

36. Não é apenas em relação à limitação do livre exercício dos direitos patrimoniais que a regulação ora consultada conflita com a Lei de Direitos Autorais.

37. O artigo 2º da Lei de Direitos Autorais dispõe que *“os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil.”* O parágrafo único do mesmo artigo segue dizendo *“Aplica-se o disposto nesta Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes.”*

38. Ora, se a legislação federal tratou de equiparar as garantias morais e patrimoniais atribuídas aos autores de obras intelectuais, inclusive audiovisuais, deixando expressa a não discriminação em relação a tais garantias com base em nacionalidade, deveria a ANCINE fazê-lo?

39. O instituto do Poder Dirigente, ao limitar indevidamente o reconhecimento e o livre exercício dos direitos patrimoniais dos autores estrangeiros, confronta, novamente, as disposições expressas da Lei de Direitos Autorais.

III.III. Ausência de informações suficientes para justificar a manutenção do instituto do Poder Dirigente

40. Em sentido oposto ao qual recomendado pela vasta doutrina, a presente Notícia Regulatória carece das devidas análises de impacto regulatório e econômico, e de informações suficientes para embasar eventual manutenção do instituto do Poder Dirigente no ambiente regulatório sob a competência da ANCINE.

41. A própria Nota Técnica reconhece a impossibilidade, seja pelo tempo que a ANCINE considerou pertinente para sua elaboração, seja pela efetiva ausência de informações, de apresentar informações quantitativas acerca dos benefícios

auferidos pela criação do Poder Dirigente. Nesse sentido, a Nota Técnica acaba por se basear, como já mencionado, nos processos administrativos em trâmite na ANCINE, bem como em entrevistas com os servidores da agência.

42. Não obstante todos os méritos que são devidos à ANCINE e a seus servidores, não podemos deixar de notar que ambos os insumos utilizados para a elaboração da Nota Técnica passam pela interpretação dos servidores acerca do instituto do Poder Dirigente. Ocorre que a própria Nota Técnica reconhece que a redação contraditória e vaga do instituto geram insegurança jurídica por conta das diferentes interpretações aplicadas pelos servidores.

43. Dessa forma, é evidente a ausência de elementos objetivos que permitam identificar efetivos impactos positivos advindos do instituto do Poder Dirigente. Ao contrário, a Nota Técnica, com as poucas informações que dispõe acaba por concluir pelo insucesso do instituto.

III.IV. Definição de conteúdo Brasileiro: direitos de propriedade versus características do conteúdo e produção

44. Como mencionado anteriormente, a MP 2228-1/2001 traz as hipóteses que permitem a uma obra ser considerada enquanto obra brasileira. De acordo com a MP, é necessário que a obra atenda a um dos requisitos para que seja considerada brasileira:

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; (Redação dada pela Lei nº 10.454, de 13..5.2002)

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 coprodução cinematográfica e em consonância com os mesmos.

c) ser realizada, em regime de coprodução, por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de coprodução, 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. (Incluída pela Lei nº 10.454, de 13..5.2002)

45. É relevante notar que apenas uma das hipóteses traz a propriedade da obra como um requisito a ser considerado para fins de definição da obra enquanto brasileira, e que, mesmo essa hipótese, não traz qualquer referência ao conceito de Poder Dirigente posteriormente criado pela ANCINE.

46. Diante desse cenário e considerando a pluralidade do mercado audiovisual, a camara-e.net entende que os direitos de propriedade, por si só, não deveriam ser considerados como fator chave para classificar determinada obra enquanto brasileira ou não.

47. Também considerando a intenção original do legislador de desenvolver o mercado audiovisual brasileiro e a estimular a propagação da cultura brasileira e de nosso idioma, não deveriam ser estes os requisitos chave?

48. A camara-e.net entende que estimular a contratação de profissionais brasileiros (como produtores, atores, atrizes, equipe técnica, etc), bem como a produção de conteúdo em território brasileiro e focado na propagação da cultura brasileira é que deveria ser considerado como requisito para definir a nacionalidade da obra, e não quem detém os direitos de propriedade que dela decorram.

49. No mais, a limitação do exercício desses direitos de propriedade em plena era da tecnologia limita, desproporcional e injustificadamente, a capacidade de propagação desse conteúdo em múltiplas plataformas e países. É evidente que a dificuldade de propagação do conteúdo vai exatamente na contramão do fomento à cultura brasileira.

50. Essa restrição acaba, ainda, por dificultar, e muitas vezes inviabilizar, o investimento estrangeiro em produções nacionais, o que certamente seria mais um catalisador. O foco da ANCINE, enquanto responsável por fomentar o

desenvolvimento do audiovisual brasileiro, deveria ser garantir a **liberdade da expansão e distribuição** do conteúdo brasileiro, e não a sua restrição.

51. Foi exatamente o excesso de regulação por parte da Administração Pública que levou o legislador brasileiro a promulgar a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019). Dentre outras disposições, a Lei da Liberdade Econômica definiu que a Administração Pública deve evitar regular atividades econômicas de forma a impedir ou restringir injustificadamente a liberdade de atuação ou a entrada de novos competidores, sejam eles brasileiros ou estrangeiros, ao mercado.

52. Dessa forma, a discriminação criada pelo instituto do Poder Dirigente, além de desrespeitar a Lei de Direitos Autorais, vai de encontro, também à Lei da Liberdade Econômica.

IV. CONCLUSÃO

53. Diante de todo o exposto, a camara-e.net gostaria de manifestar seu apoio ao **Cenário 01**, descartado pela Diretoria Colegiada da ANCINE.

54. O Cenário 01, ao revogar o instituto do Poder Dirigente do arcabouço normativo de competência da ANCINE (sendo o único arcabouço regulatório em que o instituto existe), traria como consequências positivas:

(i) o respeito à Lei de Direitos Autorais, em toda sua extensão;

(ii) permissão ao mercado audiovisual brasileiro para negociar livremente a propriedade dos direitos derivados de obras audiovisuais, tal qual garantido pela legislação;

(iii) permitiria investimentos estrangeiros no setor;

(iv) permitiria a propagação do conteúdo brasileiro em maior número de plataformas e países; e

(v) serviria ao propósito de fomentar o audiovisual brasileiro, por todas as razões já expostas.

55. Alternativamente, caso a ANCINE, mesmo diante de todo o exposto, decida pela manutenção do instituto do Poder Dirigente em seu arcabouço normativo, deveria garantir sua aplicabilidade tão somente para finalidades relacionadas à utilização de incentivos públicos de fomento, afastando em

definitivo a utilização do instituto para fins de classificação de obras audiovisuais enquanto brasileiras ou não.

Atenciosamente,



CÂMARA BRASILEIRA DA ECONOMIA DIGITAL – CAMARA E-NET