

NEDAC

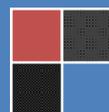
NEDAC – Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito,
Artes e Políticas Culturais

Anais do 1º Seminário em Direito, Artes e Políticas
Culturais
Direitos Autorais e Acesso à Cultura

9 e 10 de Junho de 2011

Coordenação e seleção de textos:

Allan Rocha de Souza e Leandro Mendonça



Índice

.Os limites entre a inspiração e a cópia: a efetividade do tratamento jurídico sobre a obra derivada <i>Celso de Oliveira Santos</i>	2
. Plágio às avessas: o caso S. Westphal e o direito autoral na internet <i>Sarah Helena Linke/ Rangel Oliveira Trindade</i>	12
. Incentivos fiscais para as artes: balanço histórico e perspectivas futuras <i>Marcelo Gruman</i>	28
. O anti-counterfeiting trade agreement (ACTA) em propriedade intelectual ao ambiente digital e desenvolvimento <i>Rangel Oliveira Trindade</i>	47
. Propriedade intelectual e aspectos dos direitos de transmissão esportiva <i>Sérgio L. B. F. Reis</i>	63
. Domínio público fortalecido: acesso ao conhecimento e fonte de criações <i>Christiano Lacorte / Gabriela Arenhart</i>	82
. A junção da atividade de incentivo (fomento) e regulação no setor audiovisual: possibilidades a partir da regulação dos contratos de investimentos de valores de renúncia fiscal <i>Vinícius Alves Portela Martins</i>	97

Os limites entre a inspiração e a cópia: a efetividade do tratamento jurídico sobre a obra derivada

Celso de Oliveira Santos*

Resumo

Recentemente, a propriedade intelectual vem sendo sujeito de diversas reformas e discussões no ambiente jurídico. Com o desenvolvimento da tecnologia e a aproximação entre a sociedade e a cultura, incentivados por diversos governos, aumentou também a exposição dos trabalhos protegidos por direitos autorais não só à apreciação e consumo públicos, mas também às possibilidades de mau uso desse material.

Se, por um lado, é perigoso que um trabalho esteja exposto às más práticas (a exemplo da reprodução ilegal e do plágio), por outro o acesso à cultura possibilita o enriquecimento da cultura local através do aumento e do melhoramento do conhecimento e da mudança do comportamento da sociedade em direção a um acultramento maior, resultante do reconhecimento, da empatia e da identificação entre o trabalho que inspira e a pessoa que executa a que chamamos 'obra derivada'.

No entanto, o que é obra derivada? Parece que, atualmente, já não é mais tão simples definir se um trabalho baseado em outro pode ser considerado obra derivada ou é simples reprodução não autorizada da obra de outrem. Enquanto os limites entre a inspiração e a cópia, a reprodução e o embasamento não são delineados claramente e enquanto se consolida sua aplicação prática, o questionamento entre o patrimônio, a paternidade da obra, o acesso à cultura e a liberdade de criação, comunicação e expressão segue sem uma resposta bem definida, criando obstáculos entre o tratamento legal sobre o tema e a aplicação justa e proporcional deste tratamento, que visa a proporcionar um Direito mais alinhado com as propostas essenciais dele próprio: celeridade, completude e, principalmente, igualdade

Palavras-chave: Propriedade Intelectual; Obra Derivada; Acesso à Cultura; Desenvolvimento dos Direitos Autorais.

Abstract:

Lately, the intellectual property has been being subject of several changes and discussions in the juridical environment. The technological development and the approximation between society and culture, encouraged by several governments, the exposition of works protected by copyrights

* Graduando em Direito pela UFRRJ (Instituto Três Rios), coordenador na AIESEC em Juiz de Fora e pesquisador sobre Propriedade Intelectual pelo GPCult-UFRRJ.

increased not only to the public assessment and consumption, but also to the possibilities of bad usage of this material.

Whether, on one hand, it is dangerous for a work to be exposed to bad practices (just as illegal reproduction or plagiarism, for instance), on the other hand the access to culture enables the enrichment of the local culture through the increase and improvement of the knowledge and the change in the societal behavior, heading to a bigger acculturation, resultant of the recognition, the empathy and the identification between the work that's inspiring and the individual to who it is attributed and the work we call 'derivative'.

However, what is a derivative work? It seems, currently, that it is not simple to define whether a work based on another can be considered derivative or whether it is simple reproduction of someone else's work. While the borders between inspiration and copy, reproduction and basement are not outlined clearly, and while its practical application is consolidated, the question referring to heritage, authorship, access to culture and liberty of creation, communication and expression keeps not having an accurate answer, creating obstacles between the legal treatment about this issue and a fair and proportional application of this treatment, that envisions to provide a justice that is aligned with its own essential purposes: speed, completeness and, mainly, equality.

Keywords Intellectual Property; Derivative Work; Culture Access; Copyrights Development.

Sumário: Introdução; 1. Definição de obra derivada; 2. Direitos e deveres referentes à obra derivada; 2.1. Classificação de obra como derivada no ordenamento brasileiro; 2.2. Necessidade de autorização prévia do(s) autor(es) da(s) obra(s) originária(s); 2.3. Menção de dados do autor da obra originária; 3. Direitos concernentes à obra derivada; Conclusão; Referências.

Introdução

Nas últimas décadas, o acesso à cultura aumentou significativamente em âmbito global. Os também significativos avanços tecnológicos, acompanhados da evolução do mercado artístico e das estratégias de publicação contribuíram para esse aumento. Se, por um lado, o então maior e melhor acesso à cultura garante benefícios à sociedade e avanços intelectuais, por outro desestabilizam o controle e a mensuração da distribuição das obras produzidas, expondo-as à distribuição e reprodução irregular, ou, ainda, à alteração e ao uso desautorizado suas obras.

Parece, dessa forma, que o litígio entre os direitos de propriedade dos autores sobre suas obras e o acesso à cultura e a liberdade de criação, comunicação e expressão estendem-se para além dos horizontes jurídicos traçados até hoje em âmbito nacional, considerando as dificuldades de exigência dos direitos sobre a propriedade intelectual encontradas, bem como a difícil definição dos limites entre o que é plágio e o que é obra derivada.

O ensejo da revisão da lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre os Direitos Autorais, alterando, atualizando e consolidando legislação prévia sobre o mesmo tema no Brasil, vem a tornar este estudo ainda mais oportuno, uma vez que, a partir da reflexão sobre os direitos sobre a propriedade intelectual, poder-se-á tratar com mais clareza e destreza a respeito do que concerne a exibição, reprodução, alteração e apresentação da obra artística de alguém por parte de outrem, autorizadamente ou não, de forma expressa ou não, que no contexto atual.

Assim, neste trabalho, analisar-se-á quais os limites de legalidade e quais os direitos que se aplicam às obras derivadas, além de buscar traçar um direcionamento no sentido da diferenciação entre obra derivada e plágio visando a responder até que ponto é lícito reproduzir, transformar e apresentar a obra de outrem, considerando necessidade ou não de autorização expressa, a existência ou não de fins comerciais ou lucrativos, a transformação em domínio público e a apresentação ou não dos devidos créditos aos autores da obra original.

1. Definição de obra derivada

Antes de analisar os direitos exercidos sobre a obra derivada por parte de seu autor, bem como os deveres deste para com o autor da obra original e os cuidados que devem ser tomados a fim de evitar conflitos entre os dois autores, além de buscar uma diferenciação entre a obra derivada e o plágio, é necessário esclarecer sua essência, procurando definir o que é e como nasce uma obra derivada, e qual sua relação com a obra original.

Em primeira instância, a legislação vigente define, no artigo 5º, inciso VIII, alínea g da lei 1.906/98, obra derivada como “a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação da originária”.

Observa-se, no entanto, que a legislação não nos permite uma análise muito clara ou aprofundada sobre o que de fato é ou não é obra derivada, primeiro porque não esclarece até que ponto uma obra é nova ou não e quanto é necessário transformar da obra originária para que o resultado seja considerado obra derivada. Além disso, as várias categorias que se pode identificar na abrangência do termo propriedade intelectual em todas as áreas do conhecimento e modalidades artísticas.

Para STALLMAN, a expressão ‘propriedade intelectual’ se confunde, inadequadamente, no imaginário comum, com os conceitos mais popularizados de patente, marca ou *copyright*, quando na verdade se refere a “um compêndio de leis díspares”, que causa uma generalização entre os três referidos termos ao tentar tratar de todos simultaneamente, o que é prejudicial ao entendimento da mensagem a ser passada e à formulação de uma consciência clara e correta sobre os direitos que concernem patentes, marcas e autores.

Por sua vez, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), define no item VIII do segundo artigo de sua convenção que o termo ‘Propriedade Intelectual’ se refere a: a) “trabalhos literários, artísticos e científicos”; b) “interpretações de artistas intérpretes, fonogramas e emissões de radiodifusão”; c) “invenções em todos os campos do conhecimento”; d) “descobertas científicas”; e) “designs industriais”; f) “marcas indústrias, comerciais e de serviço, bem como nomes e designações dessas naturezas”; e g) “proteção contra competição desleal”, e “todos os demais direitos resultantes de atividade intelectual nos campos industrial, científico, literário ou artístico”. A definição de propriedade intelectual da OMPI é, atualmente, tida como a mais confiável, devido ao fato de que esta é o órgão-referência das Nações Unidas para tratar do assunto.

Desta maneira, conclui-se que uma obra que esteja minimamente adequada a alguma das classificações acima está protegida por direitos que se referem diretamente ao conceito juridicamente adotado de propriedade intelectual, o que implica que ela esteja exposta a abusos de inúmeras naturezas, além de passível de transformação, que pode originar obra derivada.

É sabido que a discussão no que concerne a obra derivada e sua relação com a originária, bem como a diferenciação entre seu conceito e o de plágio, teve início no *United States Copyright Office*, que em sua *Circular 14*, intitulada “*Copyright Registration for Derivative Works*”, define, já nos primeiros parágrafos, obra derivada utilizando-se do seguinte conceito:

Uma obra derivada é uma obra baseada em ou derivada de uma ou mais obras preexistentes. Também conhecida como ‘nova versão’, uma obra derivada é protegida por direitos autorais se incluir o que a legislação de Direito Autoral chama de ‘obra de autoria original’¹. Qualquer obra em que as revisões editoriais, anotações, elaborações ou outras modificações represente, num todo, uma obra de autoria original, é uma obra derivada ou uma nova versão. (*United States Copyright Office, 2010*)

O *US Copyright Office* coloca, ainda, exemplos do que, de acordo com o conceito dado, pode ser classificado como obra derivada, a saber: documentários televisionados (que contenham cenas e fotografias de autoria de outrem), traduções de romances, trabalhos artísticos (que sejam baseados em trabalhos minimamente diferentes em essência ou modalidade artística), biografias ou romances baseados em fatos reais (que contenham trechos originais de um diário, por exemplo), rearranjos musicais, dentre outros.

¹ A expressão “original work of authorship”, adaptada “obra de autoria original” para o português, se refere, de acordo com a lei de Direitos Autorais, a um trabalho que resulta de esforço independente do autor, sendo isenta de qualquer espécie de cópia, em qualquer quantidade.

Apesar do conceito de obra derivada dado pelo escritório norte-americano de Direito Autoral, ainda é difícil estabelecer uma definição precisa para o termo. Isso porque, ainda que se saiba que uma obra derivada é uma obra “baseada em uma ou mais obras preexistentes”, não se estabeleceu de forma clara, até o momento, quais são os limites entre a inspiração e a cópia e como medi-los justa e eficientemente ao se referir a obras de todas as naturezas e classificações de maneira proporcional.

2. Direitos e deveres referentes à obra derivada

Conhecida a definição de obra derivada e sua relação com a Propriedade Intelectual, bem como as limitações que a nomenclatura oferece, é possível procurar, através da análise dos direitos relativos aos autores tanto da obra derivada, quanto da obra originária, uma aproximação melhor a respeito de quais os efeitos práticos incidentes sobre este tipo de obra.

2.1. Classificação de obra como derivada no ordenamento brasileiro

É uma obra considerada derivada, no Brasil, se, quando referenciando uma ou mais obras preexistentes, não ofenda quaisquer direitos autorais, ou seja, esteja em situação conforme o disposto no artigo 46, inciso VIII da Lei 9.610/98, a saber:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

(...)

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Em outras palavras, é obra derivada, no Brasil, aquela que, contendo trechos de uma ou mais obras preexistentes, não prejudique a exploração desta(s), não cause danos aos interesses de seu(s) autor(es), e não tenha por finalidade principal a reprodução da(a) obra(s) originária(s), visando a ser, no mínimo, uma nova interpretação, diferente da original, dada ao contexto que se retrata na obra derivada.

A mesma lei dispõe ainda, em seu artigo 47, que paráfrases e paródias “que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito” também não constituem

ofensa de nenhuma natureza aos direitos autorais, sendo também livres e consideradas obras derivadas.

2.2. Necessidade de autorização prévia do(s) autor(es) da(s) obra(s) originária(s)

O artigo 68 da Lei de Direito Autoral promulgada em 1998 dispõe a respeito de todos os casos nos quais é exigida a autorização expressa e prévia por parte do autor da obra originária para que a utilização dela não agrida os direitos autorais. Diz a lei:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

§ 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.

Apesar do fato de que o artigo 68 isenta a obra derivada da necessidade de autorização prévia expressa por parte do autor originário, no sentido de permitir sua criação, ainda não fica claro, na legislação disponível, o limite entre a reprodução e a inspiração tangentes a uma obra nesse aspecto, dificultando significativamente a aplicação prática deste dispositivo.

O artigo 81 da mesma lei, no entanto, dispõe sobre os efeitos da autorização expressa do autor para uso de sua obra, colocando que, uma vez autorizando o uso de sua criação, autoriza também a utilização dela com finalidades econômicas.

2.3. Menção de dados do autor da obra originária

O projeto de nova lei de Direito Autoral no Brasil dispõe, ainda no artigo 81, em seu parágrafo segundo, a respeito da menção de dados do autor da obra originária, da seguinte maneira:

§2º Em cada cópia da obra audiovisual, mencionará o produtor:

I - o título da obra audiovisual;

II - os nomes ou pseudônimos do diretor e dos demais coautores;

III - o título da obra adaptada e seu autor, se for o caso;

IV - os artistas intérpretes;

V - o ano de publicação;

VI - o seu nome ou marca que o identifique; e

VII - o nome dos dubladores, se for o caso.

Este dispositivo, conforme observado, contempla apenas a obra audiovisual, fazendo com que a aplicabilidade da referência e da atribuição de créditos fique desinstitucionalizada para outras modalidades artísticas ou para outras espécies de obras protegidas pelo direito de autor, além de dificultar o controle do uso das obras e, de certa forma, incentivar o uso de obras alheias sem atribuí-las aos devidos autores, ao tornar este hábito facultativo.

No entanto, o artigo 24 da lei consolidada, expressa em seu item II, que tem o autor de obra de qualquer natureza o direito de requerer menção de seu “nome, pseudônimo ou sinal convencional”, quando na utilização de sua obra.

3. Direitos concernentes à obra derivada

Sabidos os procedimentos mínimos para criação, classificação e publicação de uma obra derivada, fica mais tangível o estudo dos direitos que a estas dizem respeito, tanto por parte do autor da obra derivada quanto da obra originária.

Em primeiro lugar, o artigo 89 da lei 1.609/98 assegura aos autores de obra derivada a proteção de suas obras, e deixa, concomitantemente, intactos os direitos dos autores originários. Ao garantir que “artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão” têm plenos direitos sobre o que produzem, a legislação garante que não só as obras derivadas são protegidas, mas também que recebem proteção análoga às obras originárias, diferenciando-se destas apenas em natureza, desde que resguardados todos os direitos dos autores originários. Além disso, a lei garante a referida proteção a todas as modalidades que se inserem na definição aceita de propriedade intelectual. O projeto de nova lei, recentemente objeto de consulta pública, inclui ainda que, seguindo esta linha de raciocínio, para as obras derivadas valem não só os mesmos dispositivos de proteção, mas também as limitações legais impostas à propriedade intelectual de forma generalizada e, assim, às obras originárias.

O artigo 90 da mesma lei se refere aos direitos referidos no parágrafo acima de forma a reiterar o artigo anterior ao dispor mais claramente sobre os principais direitos dos chamados “artistas intérpretes ou executantes”. Consta na lei:

Art. 90. Tem o artista intérprete ou executante o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar ou proibir:

I - a fixação de suas interpretações ou execuções;

II - a reprodução, a execução pública e a locação das suas interpretações ou execuções fixadas;

III - a radiodifusão das suas interpretações ou execuções, fixadas ou não;

IV - a colocação à disposição do público de suas interpretações ou execuções, de maneira que qualquer pessoa a elas possa ter acesso, no tempo e no lugar que individualmente escolherem;

V - qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções.

§ 1º Quando na interpretação ou na execução participarem vários artistas, seus direitos serão exercidos pelo diretor do conjunto.

§ 2º A proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações.

O principal benefício trazido por este artigo se deve à sua clareza ao tratar dos direitos incidentes sobre obras derivadas, tornando-os acessíveis aos autores por chegarem a ser, até certo ponto, autoexplicativos.

Além dos direitos listados no artigo 90, no artigo 92 são garantidos também os direitos morais referentes à obra derivada ao autor, na medida em que se protege também a integridade e a paternidade da obra.

Conclusão

Vistos a definição de obra derivada e quais os direitos que a permeiam, sejam os que protegem o autor da obra originária no momento de seu estabelecimento, sejam os que se aplicam à própria obra derivada, fica claro que, apesar de existirem no ordenamento brasileiro dispositivos definindo, classificando, protegendo e regulando a obra derivada, estes dispositivos não são suficientemente completos a ponto de permitir uma diferenciação clara e objetiva entre obra derivada e plágio,

incluindo para fins de apurar a finalidade e a forma como ocorre a utilização da obra originária na criação de novo material.

Apesar de, nas análises fáticas, ser possível determinar uma conclusão a respeito das lides que possam vir à tona, a maioria dos casos visualizados para fins de possibilitar esta análise demandou esforço técnico específico para cada situação, além de ter-se tratado dos direitos autorais reclamados nas ações de forma pouco apegada à legislação consolidada referente especificamente ao tema, valorizando-se, por vezes, aspectos contratuais, critérios de responsabilidade, ou concernências cíveis mais generalistas, o que prejudica a eficácia do tratamento autoral sobre as obras derivadas, bem como também prejudica a disseminação e o conhecimento público claro sobre o tema que a consolidação prática da lei (levando-se em consideração que a lei 9.610/98 está consolidada formalmente, mas ainda tem pouca abrangência material, no sentido em que sua aplicação nos termos que interessam a este estudo ainda não atingiu grandes avanços).

Assim, percebe-se que, ainda que haja existido esforço do legislador ao tratar sobre a obra derivada em dispositivos da Lei de Direito Autoral, ainda é difícil vislumbrar uma forma de atribuir classificação a obras derivadas em todas as suas naturezas e modalidades possíveis, no sentido em que não existem parâmetros claros de diferenciação entre obra derivada, obra transformada e obra reproduzida, e, quando se atinge parâmetros que permitam apurar esta classificação para uma obra específica, os parâmetros utilizados não parecem poder ser aplicados de forma genérica ou geral, causando dificuldades na proteção e/ou na identificação de obras deste tipo, e fazendo com que o ordenamento apresente incompletudes neste sentido. Não obstante, é necessário que, para que se faça esta diferenciação, sejam pensados tanto, de um lado, os direitos patrimoniais e morais do autor sobre sua obra, sendo ela fruto de seu esforço pessoal, quanto, do outro, a garantia do acesso à cultura e da liberdade de criação, comunicação e expressão, sabendo que todos estes princípios (a propriedade, a dignidade, a integridade e a liberdade em seus sentidos mais amplos) pairam sobre o ordenamento brasileiro visando ao cumprimento verdadeiro e efetivo da justiça, uma tarefa distante da simplicidade, mas absolutamente necessária quando se refere ao estabelecimento de uma sociedade igual, pacífica, harmônica e juridicamente segura, que visa à ordem e ao progresso.

Referências

BRASIL. Decreto Nº [1355](#), de 30 de dezembro de 1994. Diário Oficial da União, em 31 de dezembro de 1994. Acordo TRIPS ou Acordo ADPIC. Acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao comércio. Disponível em http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf. (acesso em 03 de maio de 2011).

BRASIL. Decreto Nº. 75.699, de 06 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas. Diário Oficial da União nº 86, de 9 de maio de 1975, seção 1, páginas 5553 a 5560, retificações no Diário Oficial da União nº 96, de 23 de maio de 1975, seção 1, página 6195. Disponível em <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/10/decreto-75699.pdf>. (acesso em 03 de maio de 2011).

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República Subchefia para Assuntos Jurídicos. 1998. Diário Oficial da União, do dia 20 de fevereiro de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9610.htm>. (acesso em 04 de maio de 2011).

BRASIL, Ministério da Cultura. Consulta Pública para Modernização da Lei de Direito Autoral. Disponível em <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/consulta/>. (acesso em 04 de maio de 2011).

OMPI. Convenção Estabelecendo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Disponível em http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/convention/pdf/trtdocs_wo029.pdf. (acesso em 03 de maio de 2011).

OMPI. Tratado de Direitos Autorais. Disponível em http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf. (acesso em 03 de maio de 2011).

STALLMAN, Richard M. “Vous avez dit «Propriété intellectuelle»? Un séduisant Mirage”. Disponível em <http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.fr.html>. (acesso em 03 de maio de 2011).

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. Circular 14 – Registro de Direitos Autorais para Obras Derivadas. Disponível em http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf. Acesso em (04 de maio de 2011).

Plágio às avessas: o caso S. Westphal e o direito autoral na internet

*Sarah Helena Linke**

Rangel Oliveira Trindade[∞]

SUMÁRIO: Introdução. 1. Sociedade da informação, plágio e sua modalidade “às avessas”. 1.1. O que é plágio? 1.2. O dinamismo da sociedade da informação. 1.3. O “plágio às avessas” e o caso S. Westphal. 2. O direito autoral devido à autora S. Westphal 2.1 Direito autoral moral 2.2 Direito autoral patrimonial 3. Plágio às avessas no ordenamento jurídico Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO

O plágio de obras autorais cada vez mais tem sido recorrente em nossos dias, e o fenômeno da Sociedade da Informação amplia elasticamente as suas possibilidades de ocorrência. Adquiriu forma o chamado “plágio às avessas”, cópia não-autorizada de texto autoral da qual não se conhece a autoria. Oriundo desta mudança de paradigma, o caso S. Westphal é examinado, vez que trata-se de texto que acabou “circulando” na internet e lhe sendo atribuída erroneamente a autoria e/ou não sendo citada sua fonte, que para muitos era desconhecida. Na busca por verificar a responsabilidade pelo prejuízo à autora por meio do desrespeito a seus direitos autorais, demonstrada a exploração comercial da obra, o artigo objetiva identificar meios que possam ser utilizados para tutelar autores, particularmente amadores, vulneráveis a usurpação de seu reconhecimento através do nome à obra. Para a presente análise utilizou-se bibliografia especializada, o caso S. Westphal e sua repercussão em repositório de notícias em jornais e na internet, e a legislação autoral brasileira (Lei 9.610/98). Em considerações finais, verifica-se que o assunto é pouco estudado, e este motivo é preocupante, em face de novas situações de “plágio às avessas” que possam vir a ocorrer com o avanço tecnológico, que não deve prejudicar o reconhecimento da criação intelectual humana, para tornar-se seu aliado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Autoral. Plágio às avessas. Sociedade da Informação.

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e em Administração Pública pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). Bolsista de Iniciação Científica do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação (GEDAI-UFSC).

[∞] Mestrando em Direito, área de Direito e Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação (GEDAI-UFSC). Bolsista CAPES. Advogado.

ABSTRACT: The plagiarism of copyright works have increasingly been going on in our day, and the phenomenon of the Information Society elastically expands the possibilities of occurrence. Acquired so-called "reverse plagiarism", unauthorized copying of copyright text of which is unknown authorship. Originally this paradigm shift, the S. Westphal is examined, since it is just text that "circle" on the internet and it being misattributed the authorship and / or not being quoted its source, which for many was unknown. In seeking to determine responsibility for damage to the plaintiff by the breach of copyright, demonstrated the commercial exploitation of the work, the article aims to identify means that can be used to protect authors, particularly amateurs, vulnerable to theft by their recognition name to work. For this analysis, we used published data, the case S. Westphal and its impact on repository of stories in newspapers and on the Internet and the brazilian copyright law (9.610/98). In closing remarks, it appears that the subject is little studied, and that reason is worrisome in light of new situations of "plagiarism in reverse" that may occur with the technological advances that should not affect the recognition of intellectual creation human, to become his ally.

Keywords: Copyright. Reverse Plagiarism. Information Society

Introdução

O plágio sempre esteve presente na vida cultural humana, já na antiguidade há constatações de sua prática e desde essa época os plagiários eram execrados. Com a evolução societária, a interpretação do que se seria plágio, ou seja, a averiguação deste, foi sofrendo variações diversas, todavia, a essência do ato em si, caracterizado pela usurpação de autoria alheia, a fim de impor seu nome, sempre foi a mesma. Hoje, com a formação da chamada Sociedade da Informação presente, novas formas de plágio foram se desenvolvendo – plágio de obras idênticas; auto plágio; plágio inverso ou plágio às avessas. Aqui, disserta-se acerca do “plágio às avessas” o qual não poderia ter sido antes aparecido devido às suas peculiaridades e arcabouço tecnológico necessários para configuração de tal.

Tendo por foco o caso do texto “Quase” de S. Westphal, que teve seu nome usurpado da obra por terceira pessoa e atribuído a titularidade a Luis Fernando Veríssimo, tornando-se obra mundialmente conhecida com falsos méritos a este, o artigo, então, tem por objetivo conceituar o “plágio às avessas” e fazer uma análise jurídica no que tange à infração na órbita dos direitos autorais da verdadeira autora. Analisa-se o direito autoral no âmbito da criação de obras na internet, seus direitos morais e direitos patrimoniais infringidos.

Saindo da seara normativo-jurídica do caso, e buscando reflexão sociológica, faz-se especulação dos motivos pelos quais o “plágio às avessas” se torna corrente e que meios poderiam ser trilhados a fim de proteger e valorizar autores amadores que se tornam vítimas da usurpação de seus nomes.

1. Sociedade da informação, plágio e sua modalidade “às avessas” no caso S. Westphal

Tem como objetivo esta primeira parte do artigo estudar o plágio autoral através do fenômeno da Sociedade da Informação, que deu azo ao “plágio às avessas”, foco do caso S. Westphal.

1.1. O que é plágio?

Com precisão, Bastos, apresenta a definição de plágio como sendo: “o ato de apresentar, como sendo própria, obra ou parte dela, produzida por outra pessoa, constituindo violação de direito intelectual. Consiste na usurpação da idéia de outrem, publicando e imitando, com exatidão, obra literária produzida, apropriando-se da qualidade de autor.”¹

Nesta senda, o ato de plagiar diz respeito a apropriação indevida de linguagem, pensamentos, idéias ou expressões, e a representação deles como o seu próprio trabalho original, mas o conceito continua a ser problemático, com fronteiras nebulosas. Segundo Latorre, citado por Érica F. de Lima, “o termo plágio, ou *plagium*, *plagiator*, deriva do grego ‘plágios’, que significa dolo ou fraude, e bem se adaptaram aqueles que cometem furto intelectual com meios fraudulentos.”²

Lima ainda refere com propriedade:

“Interessante é a análise na relação existente entre o plágio, transformação, interpretação e execução artística que uma obra pode sofrer. Entendem que o processo de transformação consiste em uma verdadeira imitação, porém de menor potencialidade do que a cópia absoluta e a mera imitação, porque aqui existe um determinado e mínimo trabalho criativo; da obra existente nasce uma derivada e dependente. Portanto, apenas quando se anula ou ignora o autor original se teria um delito de plágio, do contrário no máximo haveria uma infração civil dos direitos de exploração.”

O método utilizado para averiguação de plágio, hoje, tem ajuda de técnicas da informática, todavia, mesmo dotando de critérios quantitativos e qualitativos, ainda há grande parcela de valoração e subjetividade para se analisar se houve realmente plágio. Maiores dúvidas são geradas quando não é

¹ FERREIRA, Érica Lourenço de Lima. **Crimes contra a Propriedade Intelectual: a função do direito penal na violação de direitos de autor de programa de computador**. Dissertação de Mestrado defendida perante o Curso de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito a obtenção do título de Mestre em Direito, 2009, p. 70.

² LATORRE, Virgilio. **Protección penal del derecho de autor**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, p.173.

o conteúdo em si que foi usurpado, ou seja, não foi mera cópia mas sim a essência da obra, suas ideias. Sobre a questão, aduz Ascensão, “*pode não se usar uma única palavra e estar se a copiar tudo. Nesse sentido, é mais insidioso do que a cópia. Uma pessoa pode apropriar-se do que outro escreveu através de outras palavras*”.³

1.2. O dinamismo da sociedade de informação

O fenômeno de expansão da internet no cotidiano das pessoas, iniciado massivamente em âmbito mundial no final do século passado, suscita a necessidade de inserção da sociedade como um todo no universo dos novos meios de tecnologias ligadas à informação. Esta, que agora tem seu conceito dilatado passando a abranger a voz, a imagem, as manifestações culturais e os dados em formato digital.

Nesta nova realidade, identifica-se a *Sociedade da Informação*, que encontra em Manuel Castells delimitações:

“O termo sociedade da informação enfatiza o papel da informação na sociedade [...] o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas.”⁴

Marcos Wachowicz também utiliza a expressão Sociedade da Informação, afirmando que ela inaugura um período único na história, marcado pela celeridade dos avanços tecnológicos e pela convergência da informática, das telecomunicações e do audiovisual. Sustenta que grande parte desse processo é impulsionada pela internet, que se apresenta como um canal de informação por excelência o que tanto pode produzir efeitos benéficos, ao facilitar o acesso das pessoas à informação, quanto desencadear processo de exclusão, provocando uma verdadeira brecha digital.⁵

³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação e mundo globalizado. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Propriedade intelectual & internet**. Curitiba: Juruá, 2006, p.22.

⁴ CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Vol.1. 8ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p.64.

⁵ WACHOWICZ, Marcos. Os direitos da informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Propriedade intelectual e Internet**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 37-41.

1.3. O caso S. Westphal e o “plágio às avessas”

Sarah Westphal, no primeiro semestre do ano de 2001, desenvolveu obra de cunho literário, crônica textual, mais precisamente, o qual possui o título “Quase”. A mesma enviou sua obra a alguns contatos via e-mail, os quais enviaram esta a outros contatos, os quais enviaram a outros, até que então, em algum dia indeterminado, o nome de Sarah Westphal foi usurpado do texto e creditada à autoria a Luis Fernando Veríssimo.

Não se sabe quando de fato isto ocorreu, contudo, há relatos que já no ano de 2003, no programa “Mais Você”, da Rede Globo, o texto foi lido como se fosse do cronista gaúcho (depois foi colocado na página virtual do próprio programa, com menção a este)⁶. No mesmo ano ainda, a emissora usou trechos do texto na novela “Mulheres Apaixonadas”⁷, sem qualquer referência ou autorização. No ano seguinte, Sarah estava em uma formatura de terceiro ano e para sua surpresa, seu próprio texto estava impresso nos diplomas com designação à Veríssimo.

Neste ínterim, ela se manifestou através dos meios que estavam a seu alcance – na época, porém, havia poucos espaços na web e em redes sociais, como comunidades e blogs, especializados acerca do tema – e então, enviou alguns e-mails para o colégio em questão e aos jornais da cidade, contudo, sem grande sucesso. Em 2005, ela se revelou no site de relacionamentos do Orkut como a verdadeira autora do famoso texto, todavia, houve descrença da maioria dos internautas.

Os fatos começaram a mudar quando o próprio Veríssimo pronunciou em coluna do jornal Zero Hora, do Rio Grande do Sul, que o texto não era seu e afirmava que gostaria de conhecer o verdadeiro autor. Disse ao jornal:

“Eu gostaria de encontrar o verdadeiro autor do "Quase" para agradecer a glória emprestada e para lhe dar um recado. No Salão do Livro de Paris, na semana passada, ganhei da autora um volume de textos e versos brasileiros muito bem traduzidos para o francês, com uma surpresa: eu estava entre Clarice Lispector, Carlos Drummond de Andrade, Manuel Bandeira e outros escolhidos, adivinha com que texto. Em francês ficou Presque”.⁸

Sarah, então, entrou em contato com o mesmo, que depois publicou:

⁶ Disponível em: <<http://maisvoce.globo.com/MaisVoce/0,,MUL485064-10354,00-QUASE.html>> Acesso em 23 de abril de 2011.

⁷ Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?gl=BR&v=bg45uVicR88>> aos 6'39". Acesso em 16 de abril de 2011.

⁸ Jornal ZERO HORA. ...

“Apareceu a autora Do "Quase", o texto que rola na internet atribuído a mim e que eu, relutantemente, tenho que repetir que não é meu. Ela se chama Sarah Westphal Batista da Silva, tem 21 anos, é de Florianópolis, escreveu o texto "inspirada por um menino que não me namorou, mas quase...", mandou o texto por e-mail a várias amigas e dois anos depois teve a surpresa de vê-lo impresso com a minha assinatura. A Sarah está no quarto semestre da Medicina mas sonha em largar a faculdade e começar a escrever. Olha aí, editores. Ela nem começou e já foi traduzida na França.”

Ulterior, em 2006, Sarah autorizou a reprodução à Cora Ronai para a utilização em livro de sua autoria, intitulado “Caiu na Rede”, editado pela Editora Agir. O registro na Biblioteca Nacional foi feito apenas em setembro de 2008⁹. No ano seguinte, o texto foi devidamente licenciado para as Universidades Metropolitanas Unidas pelo tempo de um ano e meio a partir da data de assinatura do contrato para uso na divulgação do processo seletivo da instituição.

Neste mesmo ano, descobriu-se que havia uso comercial de sua obra, sem autorização. A empresa “I-Stick” de adesivos, que possui atualmente trinta e nove pontos de venda espalhados pelo Brasil e atua também com venda online¹⁰, usava trechos de seu texto para venda de seus produtos. Sarah acionou judicialmente a empresa e o processo ainda não foi julgado¹¹. Constatou-se que a empresa “Imaginarium” comercializava modelos de cartões usava trechos do texto e atribuía autoria a Fernando Pessoa, esta também foi acionada judicialmente e o processo está em andamento¹².

Outros fatos de usos e créditos indevidos podem ser mencionados: elaboração de coreografia de dança, a qual a autora afirmada ter “se inspirado no famoso texto ‘Quase’ de Luis Fernando Veríssimo; declamação em shows da cantora Ana Carolina¹³, referenciando erroneamente a autoria; no dia 18 dezembro de 2009, o texto foi lido pela terceira vez no programa Mais Você por Ana Maria

⁹ Segundo Denis Borges Barbosa: “O registro do obra, como aliás ocorre no conjunto do nosso sistema de direito autoral, não é indispensável para obter a proteção: o titular do obra autoral pode, mas em geral não é obrigado a levar a registro sua criação. A propriedade sobre os obra autorais nasce do ato de criação original, e qualquer evidência desta criação substituirá o registro. O depósito do obra autoral e do material informativo para o registro é uma forma de facilitar a prova de que o obra autoral é original ou que foi aquele, e não outro, o resultado de seu trabalho.” IN BARBOSA, Denis Borges. **Direitos Autorais e TRIPS**: Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/novidades/novidades.html>. Acesso em 12 de abril de 2011.

¹⁰ www.istickonline.com.br

¹¹ Justiça Estadual de 1º Grau de Santa Catarina. Processo nº 023.09.057432-2, 3ª Vara Cível, Comarca de Florianópolis.

¹² Justiça Estadual de 1º Grau de Santa Catarina. Processo nº 023.09.079194-3,4ª Vara Cível, Comarca de Florianópolis.

¹³ Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=MgZkOQMq7VQ>

Braga, sem mencionar a autoria; em maio de 2010, o “Quase” alcançou mais de 971 mil referências no Google, número que cresce cada dia mais; e é possível encontrar o texto traduzido também para o inglês, italiano e espanhol.

O caso descrito não é isolado e existem diversas situações análogas, a internet favorece sua multiplicação tendo em vista a facilidade de troca de arquivos e de publicação. Um mero “copiar e colar” ou “encaminhar” são exemplos de como é simples repassarmos a terceiros e ao público informações as quais por vezes possuem fontes duvidosas e que nem sempre são verdadeiras. Contudo, em situações como a descrita não há enquadramento no plágio propriamente dito devido às suas peculiaridades, sendo considerado, portanto, como “plágio às avessas”.

O plágio em si já fora retro explanado, restando à conceituação e à diferenciação ao “plágio às avessas”. Este pode ser conceituado como: conduta voluntária de usurpação de autoria da obra de autor com atribuição a terceiro. A diferença de ambos se evidencia tendo em vista que no plágio propriamente dito, a pessoa remete a si a autoria da obra, e no “plágio às avessas” a pessoa referencia a outrem.

As pessoas às quais normalmente são conferidas indevidamente as autorias, são já reconhecidas e possuem grande reputação na seara cultural, literária ou jornalística. Elas “agregam valor” à obra pelo simples fato de ter seu nome vinculado a esta. Pode-se citar exemplos do fenômeno com Carlos Drummond de Andrade, Mario Quintana, Arnaldo Jabor, o próprio Luis Fernando Veríssimo, entre outros.

Investiga-se que o motivo pelo qual se faz tal usurpação seja por mero prestígio social, afinal, demonstra-se maior credibilidade repassar às pessoas do círculo social, ou publicar um texto em página pessoal, de Machado de Assis do que de um amador, aqui hipotético, “João da Silva”. A pessoa exerce conduta consciente e voluntária, que despeito não se verificar qualquer acréscimo econômico, visa ao reconhecimento social. Busca-se mostrar aos outros um alto grau de cultura pessoal, afinal, ela está demonstrando apreciar obras de artistas de alto renome, sendo que há apenas uma suposta qualidade que se dá não pelo seu conteúdo, mas pela autoria falsa que possui.

Foi isto que se observou no caso S. Westphal. Todavia, apenas reconhecer a razão da conduta de pessoas que copiaram o texto sem referi-lo não basta para quem detém os direitos sobre a obra, oriunda de seu intelecto. Inegável é a repercussão jurídica referente ao caso, e a análise disto será feita a seguir.

2. O direito autoral devido à autora S. Westphal

Concernente ao regime do direito autoral por obra criada no âmbito digital, esclarece José de Oliveira Ascensão:

“o que se protege não é a obra encarnada, mas a obra imaterial: não o livro, mas o texto, se assim podemos exprimir, que este contém. O que significa que toda a obra é imaterial; e a imaterialização trazida pelo ambiente digital não contradiz em nada a essência do direito de autor. (...) quando um autor disponibiliza em rede não significa que tenha havido renúncia ou qualquer modo de extinção dos direitos autorais sobre aquela obra. Essa continua protegida: não cai em domínio público. Por isso, todas as formas de exploração da obra continuam reservadas ao autor. Colocando a obra em rede, sem a codificar, o autor pretende que ela possa chegar livremente ao conhecimento de todos. Mas quaisquer outras utilizações públicas, e portanto quaisquer outras faculdades incluídas no direito de autor, permanecem reservadas ao titular deste.”¹⁴

Reconhecido o direito de autor de Sarah, pode-se conceituar este como “o aspecto do direito intelectual que diz respeito à tutela da obra como entidade própria, assentado em um duplo fundamento: respeito à personalidade do autor e defesa da obra considerada em si mesma como um bem, com abstração de seu criador.”¹⁵

Conclui-se com isto que, se alinhando à teoria dualista francesa, o direito de autor no ordenamento jurídico brasileiro possui em seu âmago duas incidências: o direito moral e o direito patrimonial, conforme Lei 9610/96 – Lei de Direitos Autorais, a qual em seu artigo 22 expressa:

“Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.”

2.1. Direito autoral moral

Os direitos morais são qualificados como “a expressão do espírito criador da pessoa, como emanção da personalidade do homem na condição de autor de obra intelectual estética”, segundo Bittar.¹⁶

Para Pontes de Miranda “o que se tutela, no direito autoral de personalidade é a identificação

¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do Autor**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 34.

¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do Autor**. *Op. Cit.* p. 54.

pessoal da obra, a sua autenticidade, a sua autoria”¹⁷. E continua “essa identificação pessoa, essa ligação do agente à obra, essa relação de autoria é vínculo psíquico, fático, inabulível, portanto indissolúvel, e entra no mundo jurídico, como criação, como ato-fato jurídico”¹⁸

Sendo assim, a Lei 9.610/98 – Lei de Direitos Autorais – em seu art. 24, arrola:

“Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.”

Dar-se-á ensejo no presente trabalho apenas ao inciso I e II do mencionado artigo, levando em consideração serem os principais direitos violados com o “plágio às avessas”. Aqui, nota-se que ambos os incisos possuem relação, pois visam a tutelar um direito comum e correlato, ou seja, tratam objetivamente da paternidade da obra.¹⁹

O inciso II caracteriza o direito à nomeação, que envolve a prerrogativa de ser associado como criador da obra, a todo tempo, em sua divulgação por qualquer meio, e exigir esta associação,

¹⁷ PONTES DE MIRANDA *apud* ROCHA, Allan A **Função Social dos Direitos Autorais**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de campos, 2006, p 152 – 156.

¹⁸ *Op.cit.*, p. 152 – 156.

¹⁹ CABRAL, Plínio A **Nova Lei de Direitos Autorais**, São Paulo: ed. Harbra, 200?

assim como de denominar a obra em si como queira.²⁰

Na concepção de José de Oliveira Ascensão, “costuma-se referir-se” o direito à nomeação “como direito pessoal do autor o direito ao nome. Supõe-se uma obra concreta e reclama-se que na utilização dela o nome do autor seja indicado. O direito que poderemos assim qualificar é o direito do autor de ter, nessa qualidade, o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado na utilização da obra; é um direito que se concretiza já efetivamente em relação a uma obra dada. Tutela em primeira linha interesses morais, muito embora o autor o possa utilizar com o fito de publicidade ou qualquer outro.”²¹

Segundo Bruno Jorge Hammes: “*ainda que o autor tenha autorizado a utilização de sua obra por terceiro, este não pode atribuir a obra a si ou a outrem [...] este direito é imprescritível. Neste direito não se trata apenas de reconhecer a qualidade do autor, mas, também, de a tornar conhecida.*”²²

O inciso I corresponde ao direito à paternidade, que faculta o anonimato ou o fim deste, pleiteando o reconhecimento da autoria que esteja sendo negado. Difere da nomeação, pois naquele a paternidade já é assumida, exigindo-se apenas a exposição do liame.²³

A respeito, preleciona José de Oliveira Ascensão:

“Este ultrapassa o direito à nomeação, pois supõe não apenas a omissão da designação do autor como, mais radicalmente, a utilização abusiva por alguém de obra alheia. Esse direito manifestar-se-ia positivamente pela pretensão à menção da designação e negativamente pela reação às violações praticadas. O autor até pode se comprometer validamente a não exercer o seu direito em dada relação. Mas não pode renunciar ao direito em si. Nem pode sequer compactuar validamente que um outro será apresentado como autor, pois semelhante contrato violaria a fé pública, por razões análogas às expostas a propósito da exclusão da atribuição originária do direito de autor a outrem”.²⁴

Sobre o mesmo assunto, Plínio Cabral informa que “*o autor pode, a qualquer momento,*

²⁰ ROCHA, Allan **A Função Social dos Direitos Autorais**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de campos, 2006, p 152 – 156.

²¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**: Rio de Janeiro: Renovar, 1997

²² HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3ª Ed. São Leopoldo: Unisinos: 2002, p. 58.

²³ ROCHA, Allan **A Função Social dos Direitos Autorais**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de campos, 2006 p 152 – 156

²⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**: Rio de Janeiro: Renovar, 1997

*reivindicar a autoria, exercendo seus direitos sobre a obra, não importa o tempo, as circunstâncias, a localidade, a forma de comércio exercida sobre a obra.”.*²⁵

No caso Sarah, verifica-se que ambos os direitos foram e continuam sendo infringidos. Em relação ao direito à nomeação, houve início quando seu nome foi retirado de sua obra, e então reproduzido diversas vezes sem ele. O direito de paternidade foi violado diversas vezes tendo em vista que a mesma tentou que a autoria da obra fosse creditada a si, todavia, não houve remissão ou correção pelas partes contrárias.

2.2. Direito autoral patrimonial

Os direitos patrimoniais, por sua vez, asseveram Marcos Wachowicz e Danielle Annoni

“Entende-se por direitos patrimoniais, o caráter vitalício e transmissíveis por sucessão hereditária ou *inter vivos*, bem como apresentar a forma de usar, fruir e dispor através de licença ou cessão para comercialização da obra criada tutelada pelo Direito Autoral. A legislação brasileira estabelece que os Direitos Patrimoniais do autor consiste no direito de uso, gozo e disposição do bem intelectual. Assim, poderá o autor celebrar contrato com uma editora para publicação de sua obra, de participar da comercialização da mesma Os direitos patrimoniais do autor perduram por toda a sua vida, e se transferem aos seus herdeiros pelo prazo mais 70 (setenta) anos contados do 1º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento. Após este lapso temporal, a obra cai em domínio público, sendo livre o sua reprodução ou uso por qualquer pessoa.”²⁶

Na órbita do direito patrimonial recai regime diverso ao do direito moral. Sendo este considerado bem móvel, fica configurada sua alienabilidade e transmissibilidade. Conforme Allan Rocha

“As possibilidades econômicas da obra pelo autor sobre a obra decorrem da exclusividade outorgada pela lei 9610, em seu artigo 28, que estabelece: ‘cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. Determina-se assim que são originalmente e exclusivamente do autor

²⁵ CABRAL, Plínio **A Nova Lei de Direitos Autorais**, São Paulo: ed. Harbra, 200?

²⁶ WACHOWICZ, Marcos; ANNONI, Daniele. **Estudo Sobre o Direito da Personalidade e a Tutela dos Direitos Autorais.** Meio Eletrônico. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_547.pdf.

todos os direitos de uso econômico da obra.”.

Concernente aos direitos patrimoniais, prescreve o artigo 29 da LDA:

“Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;

h) emprego de satélites artificiais;

i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a

microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.”

Segundo Hammes

“O art. 29 da lei brasileira apresenta numerosos exemplos de utilização: são a edição, a tradução, a adaptação, a comunicação ao público. Esta comunicação pode ser direta ou indireta. Não importa o meio utilizado para ela. Pode ser a execução, a representação, a recitação, a declamação, a radiodifusão, o emprego de alto-falantes, de telefonia, de videofonografia [...] note-se que a obra se exterioriza num substrato material e dele se distingue. O autor continua com o direito exclusivo sobre a obra ainda que o substrato material pertença a outrem. [...] toda a comunicação pública depende de autorização do autor. A autorização para a execução pública refere-se a uma única execução.”²⁷

Transportando para o caso Sarah, conclui-se que além dos direitos morais já analisados, houve também transgressão de seus direitos patrimoniais: foi recitado seu texto em programas televisivos (incidência do inciso VIII, d); tradução não autorizada (incidência do inciso IV); utilização comercial por representação de trechos (incidência do inciso I).

3. Plágio às avessas no ordenamento jurídico

Em pesquisa jurisprudencial nacional, verificou-se que não há casos específicos que versem sobre a hipótese do plágio às avessas. Na doutrina, encontram-se poucos estudos sobre o tema, sendo que este ainda é controvertido quanto à natureza, pois muitos não o consideram como espécie de plágio por entenderem que se trata na verdade, e aqui começa uma divergência interna entre eles de crime de falsidade, fraude, uso indevido de nome, contra a imagem ou crime contra a honra, mas jamais no âmbito do direito de paternidade autoral.²⁸

Interpretamos, contudo, que o plágio às avessas deve ser analisado sim na seara do direito autoral, pois por analogia com o plágio propriamente dito, torna-se evidente que os direitos morais (e

²⁷ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3ª Ed. São Leopoldo: Unisinos: 2002, p.76.

²⁸ FERREIRA, Érica Lourenço de Lima. **Crimes contra a Propriedade Intelectual: a função do direito penal na violação de direitos de autor de programa de computador**. Dissertação de Mestrado defendida perante o Curso de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito a obtenção do título de Mestre em Direito, 2009, p. 70.

por vezes os patrimoniais) são infringidos. Os direitos do autor precisam ser prestigiados e defendidos. Conforme Hammes:

“O autor tem direitos que poderá fruir com exclusividade. Para tanto, é preciso que suas prerrogativas morais e patrimoniais sejam afirmadas e, ao mesmo tempo, protegidas contra as violações por terceiros.”²⁹

Quanto à possibilidade de positivação do plágio às avessas, constata-se que apenas mera tentativa de integrar lacuna normativa através da tipificação do plágio às avessas, seria frustrada tendo em vista seu caráter de dificuldade fática devido à imensa dificuldade probatória de descobrir quem foi o real usurpador do nome do verdadeiro autor da obra. Portanto, a fim de diminuir casos tanto de plágio quanto de plágio às avessas, é necessário também medidas sócio-educativas, como por exemplo: valorização e reconhecimento de autores ditos amadores; conscientização social do que é plágio e como evitá-lo; implantação da cultura de citação; preservação de direitos autorais morais invariavelmente.

Tanto o plágio quanto o plágio às avessas são práticas que vão de encontro à eticidade cultural, científica, e hoje, até de convivência social. Respeitar o nome de outrem e sua autoria é elemento básico de credibilidade social.

Considerações finais

O presente trabalho visou trabalhar o tema do plágio às avessas, instituto novo, o qual foi desenvolvido no âmbito da cultura digital, traçando suas peculiaridades e ressaltando diferenças com o plágio propriamente dita.

Percebe-se, então, que há demanda sobre estudos concernente ao tema em geral, principalmente no que tange à superação doutrinária, que ainda não encara o plágio às avessas com incidência do direito autoral, mas que se torna evidente dotando-se de interpretação analógica com o plágio propriamente dito. E também especificamente sobre as partes envolvidas: o autor verdadeiro, o usurpador, o autor referenciado e o público que acredita na autoria indevida.

Sendo assim, no caso S. Westphal, é certo que tanto seus direitos autorais, quanto patrimoniais foram infringidos.

Além disto, a Sociedade da informação delinea crescente complexidade das relações

²⁹ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3ª Ed. São Leopoldo: Unisinos: 2002

humanas, sociais e culturais, e conforme preleciona Barcellos “já não é possível examinar com seriedade os problemas contemporâneos sob um único ponto de vista ou oferecer-lhes uma resposta simples e direta, já que com frequência, eles envolvem valores e interesses diversificados conflitantes”. Considerando sua dinamicidade intrínseca, precipuamente no que tange ao meio digital, o direito, o qual tem por natureza a mecanicidade e tradicionalidade, ao tentar engessar novas questões sociais já nasce obsoleto e ineficaz, sendo que é necessário, portanto, para evitar casos de plágio e plágio às avessas, combinar meios jurídicos e medidas sócio-educativas, a fim de conscientizar os indivíduos em geral sobre sua prática e valorizar os autores amadores.

Vale lembrar, ainda, que por vezes a prática do “plágio às avessas” pode prejudicar não só ao verdadeiro autor, mas também a quem foi atribuída a autoria, levando em consideração a má qualidade da obra. No caso da Sarah, Veríssimo colheu louros por algo que não escreveu e de alguma forma beneficiou o mesmo. Todavia, pode ocorrer de a estrutura e o conteúdo expostos denegrirem a imagem do já reconhecido autor.

Referências bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**: Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Direito da Internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. **Direitos Autorais e TRIPS**: Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/novidades/novidades.html>> Acesso em 23 de abril de 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Nova Interpretação**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do Autor**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Lei de Direitos Autorais** (Lei nº 9.610/98). Extraído de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm> Acesso em 21 de março de 2011.

FERREIRA, Érica Lourenço de Lima. **Crimes contra a Propriedade Intelectual: a função do direito penal na violação de direitos de autor de programa de computador**. Dissertação de Mestrado defendida perante o Curso de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito a obtenção do título de Mestre em Direito, 2009.

CABRAL, Plínio **A Nova Lei de Direitos Autorais**, São Paulo: ed. Harbra, 200?

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura** – Volume 1: A sociedade em rede. 8ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

DEL ARCO, Javier. **Ética para la Sociedad Red**. Madri, Fundación Vodafone: 2004.

HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3ª Ed. São Leopoldo: Unisinos: 2002

LEVY, Pierre. **Sobre la cibercultura**, *In* Revista de Occidente, n. 206. Madrid: 1998, p. 13 e ss.

ROCHA, Allan A **Função Social dos Direitos Autorais**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de campos, 2006.

WACHOWICZ, Marcos. Os direitos da informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Propriedade Intelectual e Internet**. Curitiba: Juruá, 2002.

WACHOWICZ, Marcos; PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim (organizadores). **Estudos de direito do autor: a revisão da lei dos direitos autorais**. Meio Eletrônico. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2010. Disponível em <
http://www.brasiliana.usp.br/bbd/bitstream/handle/1918/06002200/060022_COMPLETO.pdf>.
Acesso em 20 de julho de 2010.

WACHOWICZ, Marcos; ANNONI, Daniele. **Estudo Sobre o Direito da Personalidade e a Tutela dos Direitos Autorais**. Meio Eletrônico. Disponível em:
http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_547.pdf

Incentivos fiscais para as artes: balanço histórico e perspectivas futuras

Marcelo Gruman*

Resumo: O artigo apresenta estatísticas relativas à lei de incentivo fiscal para as áreas de atuação da Fundação Nacional de Artes – Funarte, instituição vinculada ao Ministério da Cultura responsável pelo fomento e incentivo às atividades de criação, produção, difusão e fruição nas artes visuais, artes cênicas e música, entre os anos de 2003 e 2010, antecedidas de um histórico da aplicação das leis de incentivo fiscal à cultura no Brasil. Os números da renúncia fiscal são comparados, ao final, com aqueles do Programa Engenho das Artes, da Funarte, cujo objetivo é aumentar a produção, a difusão e o acesso da população às artes suprimindo a ausência de ações sistemáticas de valorização das artes e da cultura brasileira, bem como de formação do gosto para apreciação destas manifestações artísticas.

Palavras-Chave: Incentivos fiscais; Políticas Culturais; Funarte.

Abstract: *The article presents statistics related to tax incentive policies in the areas of music, visual and performing arts between 2003 and 2010. The numbers are thus confronted with those of Engenho das Artes Program, carried out by the National Foundation of Arts – Funarte, institution of the Brazilian Ministry of Culture responsible for the development of the arts in terms of creation, production, diffusion and fruition.*

Keywords: Tax Incentive Policies; Cultural Policies; Funarte.

* Antropólogo, Doutor em Antropologia Social (PPGAS/MN/UFRJ), Especialista em Gestão de Políticas Públicas de Cultura (MinC/UnB), CEPIN/ Funarte/MinC.

Apresentação

Símbolo do chamado “Estado Mínimo”, as leis de incentivo fiscal para a área da cultura, popularmente conhecida como Lei Rouanet, vem sendo repensada pelo Ministério da Cultura. Numa série de encontros intitulada Diálogos Culturais, o então Ministro Juca Ferreira apresentou à sociedade civil a proposta de reformulação da lei, apontando as distorções do modelo de financiamento atual. Alguns exemplos: de cada dez reais captados, nove são de recursos públicos de incentivo fiscal; 3% dos proponentes captam cerca de 50% dos recursos; a região norte capta menos de 1% dos recursos; a região sudeste capta 80% dos recursos e, destes, apenas 1% é captado pelo estado do Espírito Santo. O modelo atual, ainda de acordo com o diagnóstico do MinC, exclui a inovação, a gratuidade e os projetos sem retorno de marketing; não fortalecem a sustentabilidade do mercado cultural; inibe a percepção de que os recursos são públicos; não promove a democratização do acesso aos bens culturais.

A proposta de reformulação da Lei Rouanet, em tramitação no Congresso Nacional, prevê novos critérios para a renúncia fiscal, dentre eles:

1. critérios específicos para incentivar a criação, a democratização do acesso e a economia da cultura;
2. quanto mais orientado às políticas públicas, maior a renúncia fiscal;
3. quanto mais orientado à democratização do acesso, maior a renúncia fiscal;
4. todos os segmentos culturais com alta pontuação podem receber 100% de renúncia;
5. empresas que realizam editais serão beneficiadas com mais renúncia fiscal;
6. criação de um sistema nacional de informações de incentivos;
7. aumento do percentual de renúncia fiscal para pessoa física (10%)
8. pelo menos 20% para produção independente, no caso de institutos ligados a patrocinadores.

E, também, novos atrativos para os patrocinadores:

1. Ranking das empresas que mais investem;
2. Maior visibilidade para maior participação privada;
3. Selo de responsabilidade cultural;

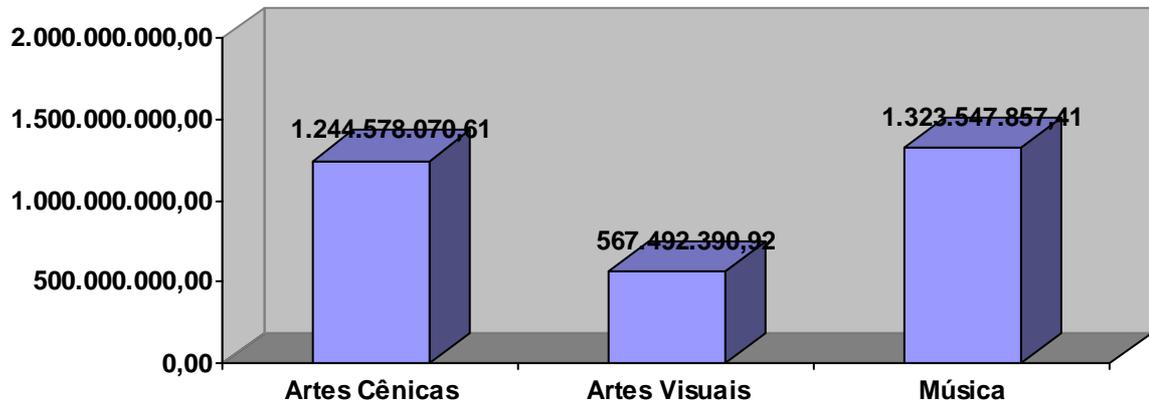
4. Quanto maior a participação privada, maior a participação nos produtos.

Apresento, neste artigo, estatísticas relativas à lei de incentivo fiscal para as áreas de atuação da Fundação Nacional de Artes – Funarte, instituição vinculada ao Ministério da Cultura responsável pelo fomento e incentivo às atividades de criação, produção, difusão e fruição nas artes visuais, artes cênicas e música, entre os anos de 2003 e 2010, antecedidas de um histórico da aplicação das leis de incentivo fiscal à cultura no Brasil. Os números da renúncia fiscal são comparados, ao final, com aqueles do Programa Engenho das Artes, da Funarte, cujo objetivo é aumentar a produção, a difusão e o acesso da população às artes suprimindo a ausência de ações sistemáticas de valorização das artes e da cultura brasileira, bem como de formação do gosto para apreciação destas manifestações artísticas. Os dados referentes à Lei Rouanet foram colhidos no site do Ministério da Cultura (<http://blogs.cultura.gov.br/blogdarouanet/>) e os referentes ao Programa Engenho das Artes, do site <http://www.transparencia.gov.br>.

Por acolher diversos segmentos culturais simultaneamente, suas ações apóiam as expressões da música, do teatro, da dança, do circo e das artes visuais, e visam atender ao amplo universo da diversidade brasileira. O principal problema é que muitos artistas que não têm apoio da mídia e dos meios de comunicação de massa encontram dificuldade de inserção nos circuitos de fruição e difusão cultural, aliada aos custos de deslocamento, infra-estrutura inadequada e falta de mão-de-obra local especializada. Dentre as principais ações da instituição na consecução de seu objetivo estão os editais nas áreas de artes cênicas, música e artes visuais, que distribuem milhões de reais em prêmios, possibilitando aos contemplados tanto a criação, quanto a produção e disseminação suas obras. Pretende-se facilitar, assim, o acesso àqueles que, de outro modo, ficariam privados da imensa produção simbólica característica diversidade cultural brasileira.

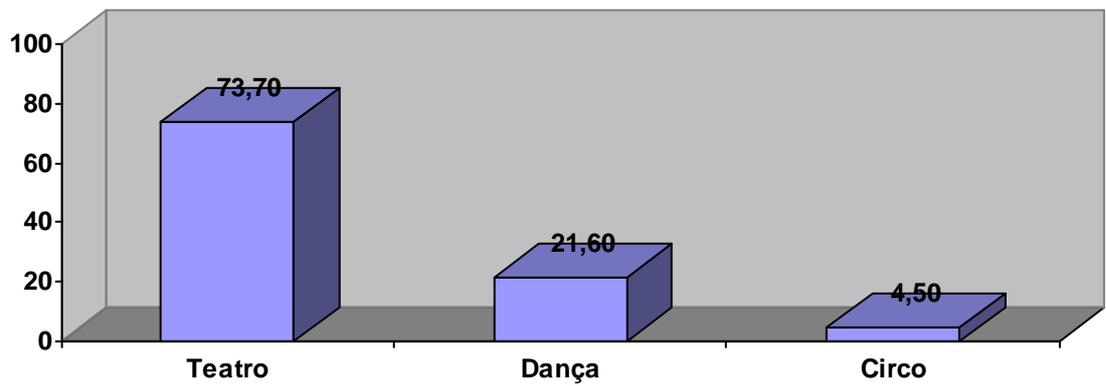
A escolha do período 2003-2010 para a análise dos números não foi aleatória, uma vez que é a partir da gestão de Gilberto Gil à frente do Ministério da Cultura (substituído, posteriormente, por Juca Ferreira) que a expressão “cidadania cultural” passou a ser utilizada como norteadora de sua política institucional. A noção de cultura passa a ser compreendida pelos gestores das políticas públicas de cultura a partir de três dimensões: cidadã, simbólica e econômica. Pretende-se, portanto, avaliar a eficiência da renúncia fiscal como instrumento de democratização cultural nas áreas de atuação da Funarte, tanto do acesso quanto da fruição, comparando-a com a sua execução orçamentária.

1. Captação de recursos entre 2003 e 2010, em R\$ milhões, por linguagem:

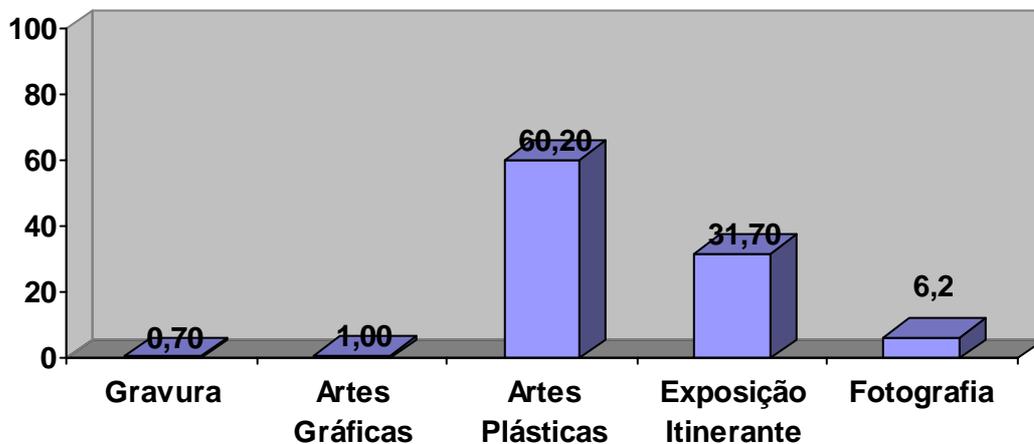


2. Captação, por linguagem artística, 2003-2010 (em %).

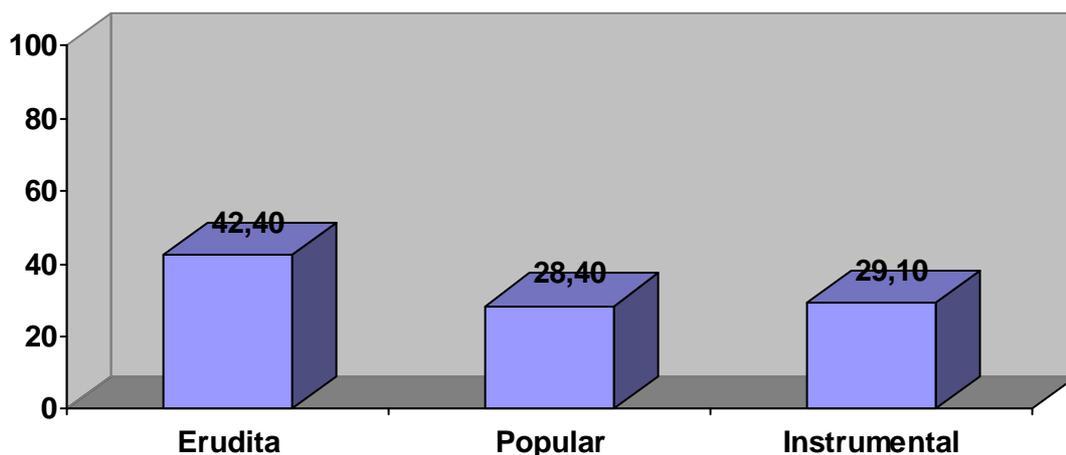
2.1 Artes Cênicas



2.2. Artes Visuais

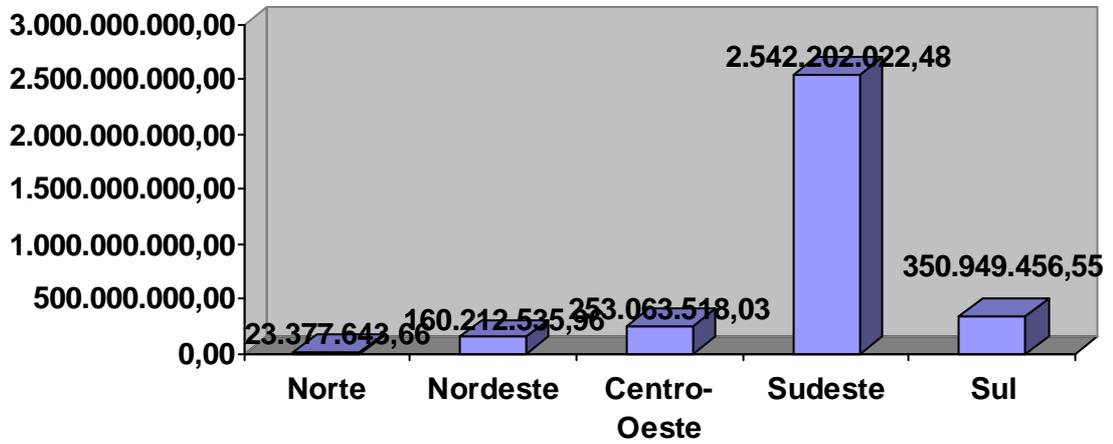


2.3. Música

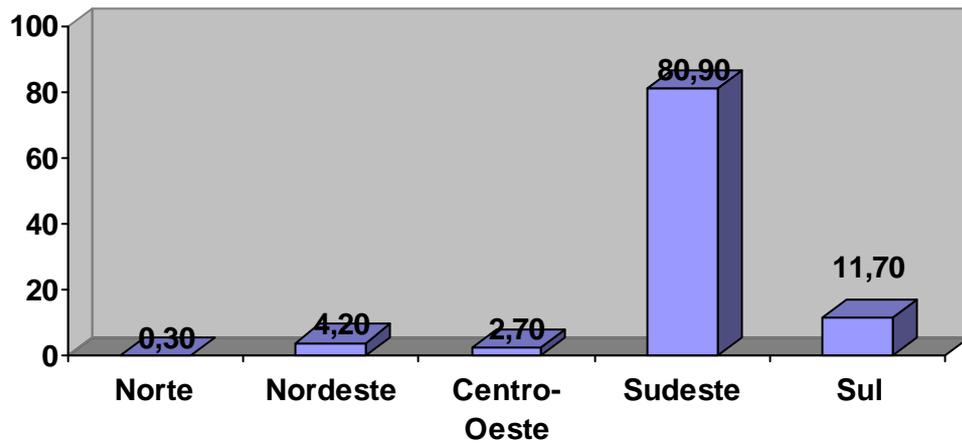


O volume de captação de recursos entre 2003 e 2010, somadas as três áreas de atuação da Funarte ora em análise, soma mais de R\$ 3,1 bilhões. A área da música e suas três vertentes responderam pela maior parte dos recursos (42,2%), seguida pelas artes cênicas (39,6%) e, finalmente, pelas artes visuais (18%). Com relação às linguagens de cada área, o teatro respondeu por praticamente 75% do volume captado pelas artes cênicas, seguido pela dança e pelo circo. Nas artes visuais, as artes plásticas (60,2%) e as exposições itinerantes (31,7%) concentraram a captação. Na música, à vertente erudita correspondeu a maior fatia dos recursos captados, seguida da instrumental e da popular cujas captações praticamente se equivaleram.

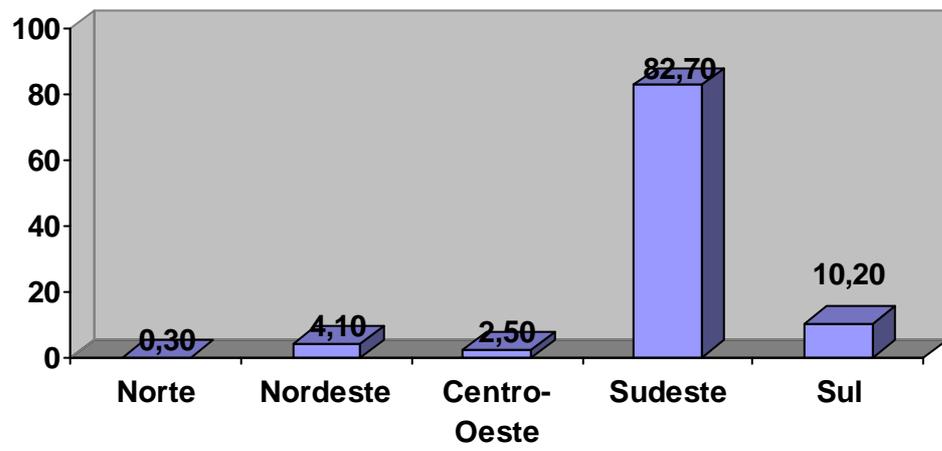
3. Volume total de captação entre 2003 e 2010, em R\$ milhões, nas áreas de atuação da Funarte, por região do país:



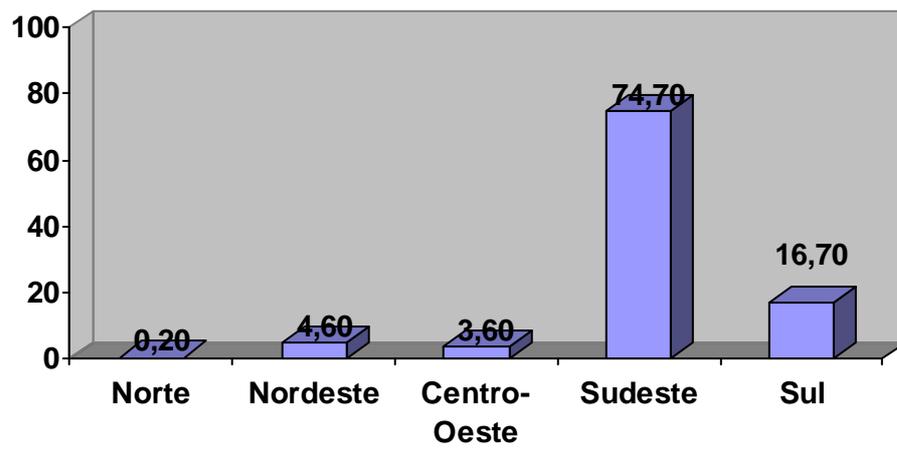
3.1. Artes Cênicas



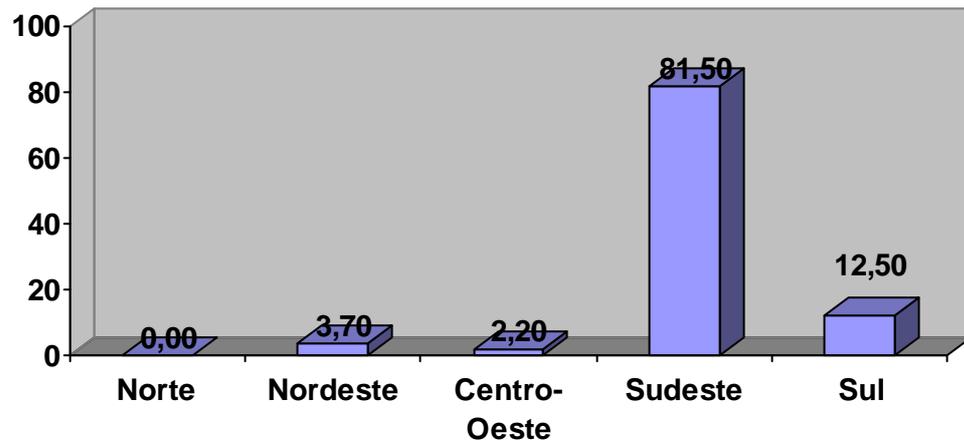
3.1.1. Teatro



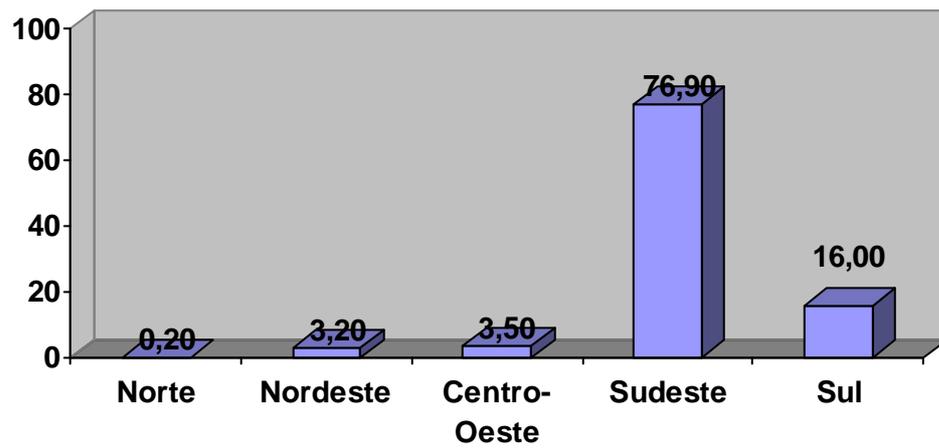
3.1.2. Dança



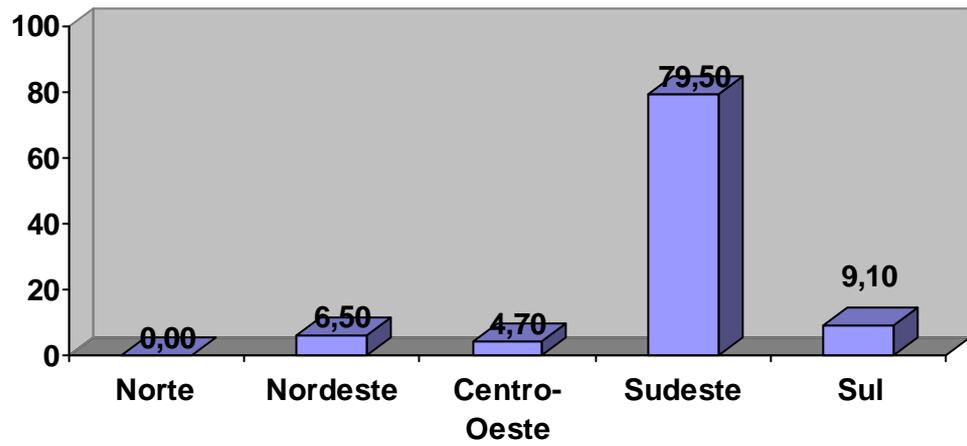
3.1.3. Circo



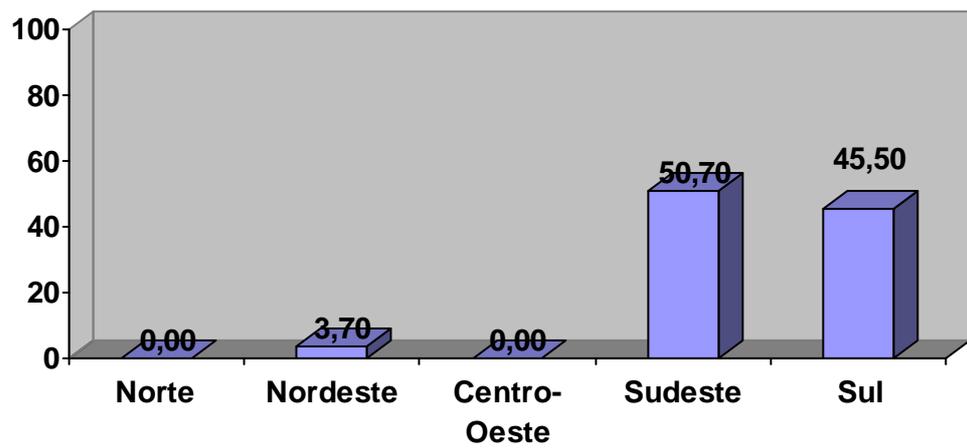
3.2. Artes Visuais



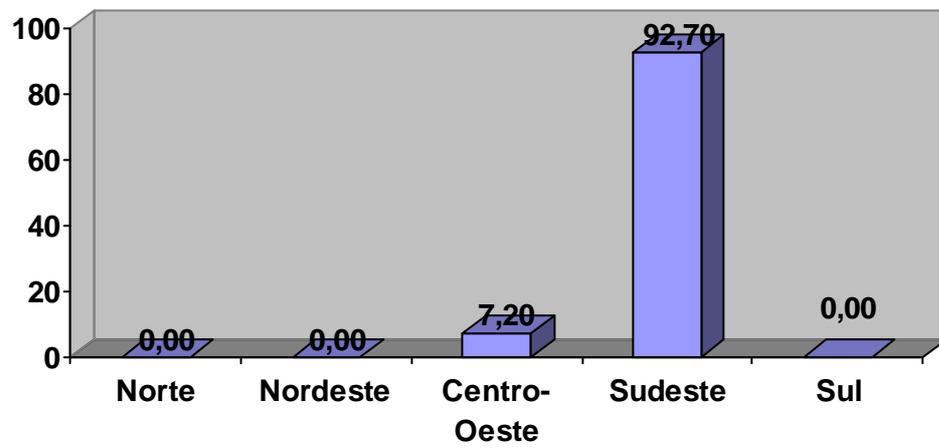
3.2.1. Fotografia



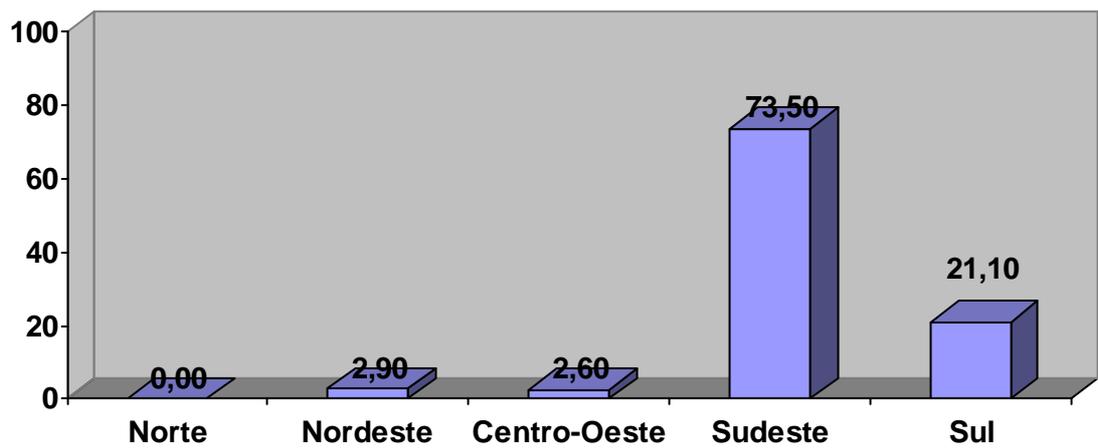
3.2.2. Gravura



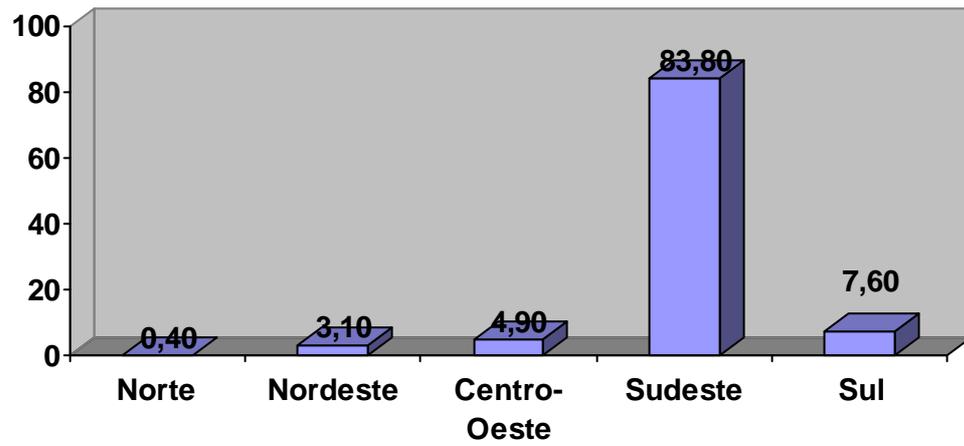
3.2.3. Artes Gráficas



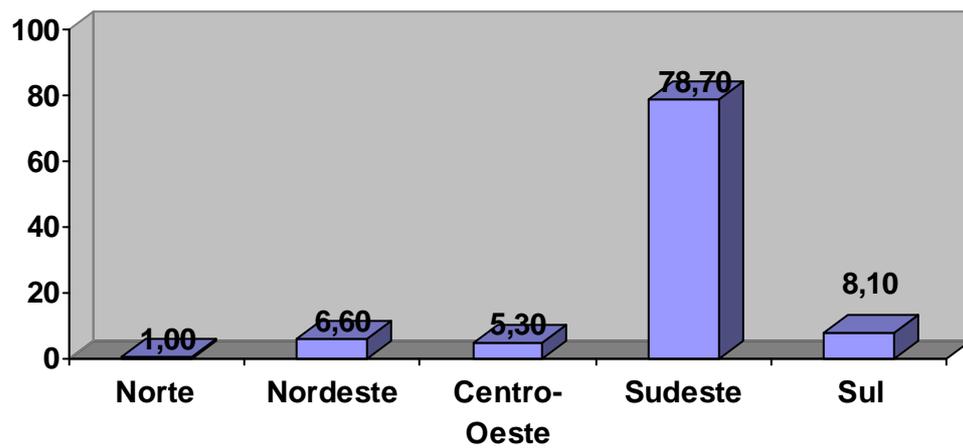
3.2.4. Artes Plásticas



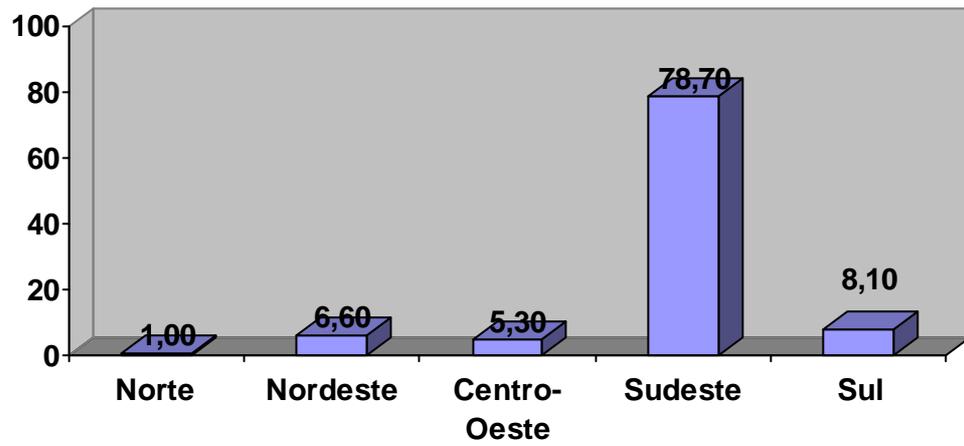
3.2.5. Exposição Itinerante



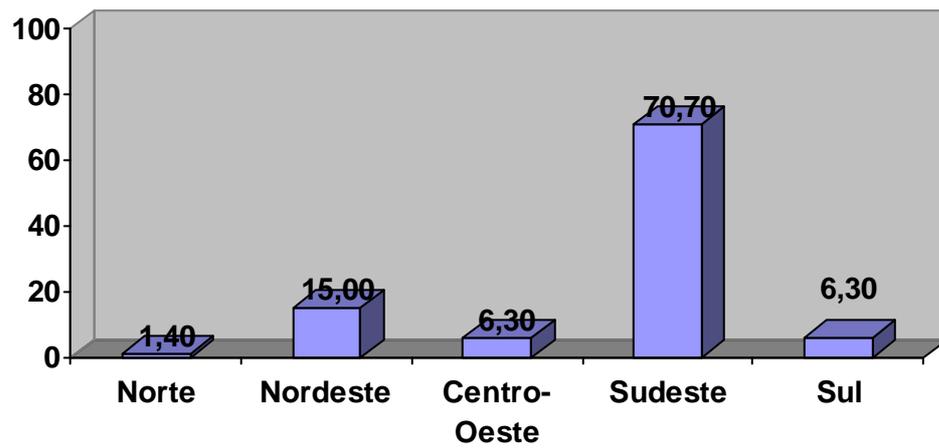
3.3. Música



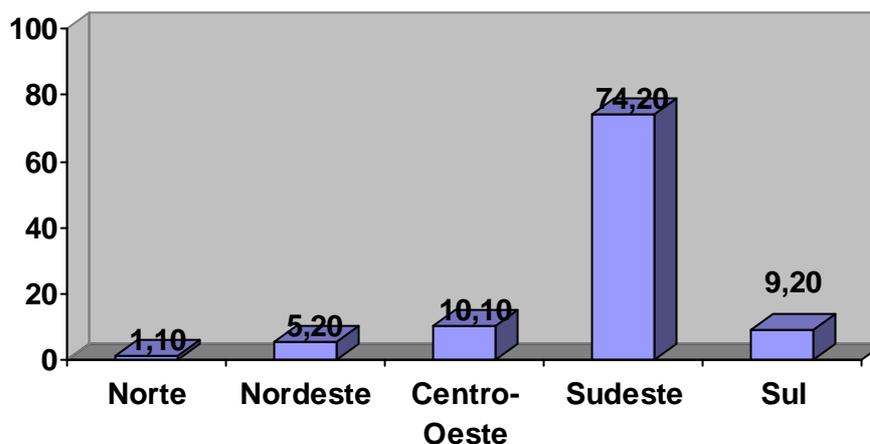
3.3.1. Música Erudita



3.3.2. Música Popular



3.3.3. Música Instrumental

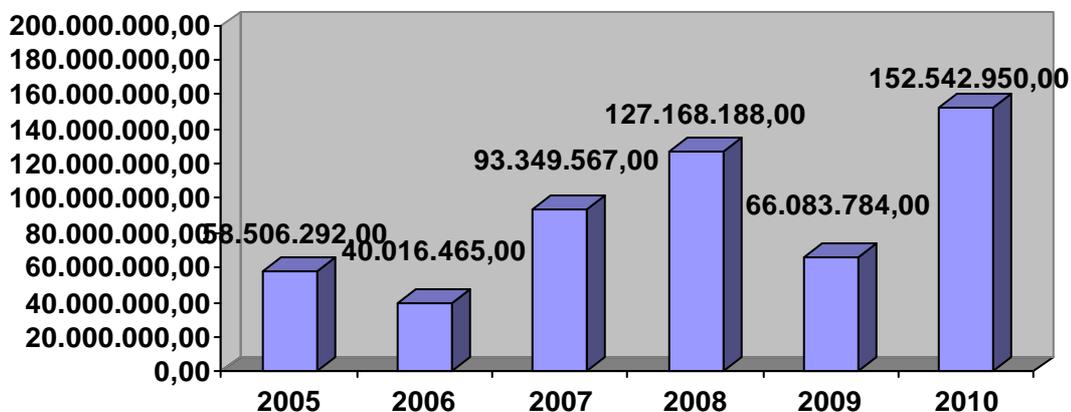


Dentre as regiões do país, o sudeste concentra a maior parte dos recursos captados pelas áreas de atuação da Funarte via renúncia fiscal. É seguido muito de longe, em ordem decrescente da região sul; centro-oeste; nordeste e norte. O quadro se repete quando analisamos, em separado, as artes cênicas, à exceção das regiões centro-oeste e nordeste que invertem o peso dos respectivos volumes captados. As regiões sudeste e sul concentram mais de 90% do total, sendo a primeira responsável por, no mínimo, mais de três quartos dos recursos amealhados (dança). A região norte, por outro lado, não captou recursos na linguagem circense.

Nas artes visuais, a concentração na região sudeste é semelhante à verificada nas artes cênicas, praticamente 80%. É seguida pelas regiões sul, centro-oeste, nordeste (ambas com índices semelhantes) e norte, cuja representação é ínfima. A região norte, inclusive, não teve captação de recursos em fotografia, gravura (tampouco o centro-oeste) e artes gráficas (junto com o nordeste). Por sua vez, a concentração de recursos na região sudeste é ainda mais acentuada nas artes gráficas (92,7%) e nas exposições itinerantes (83,8%). Apenas na gravura há um maior equilíbrio e, mesmo assim, entre apenas duas regiões, sudeste e sul.

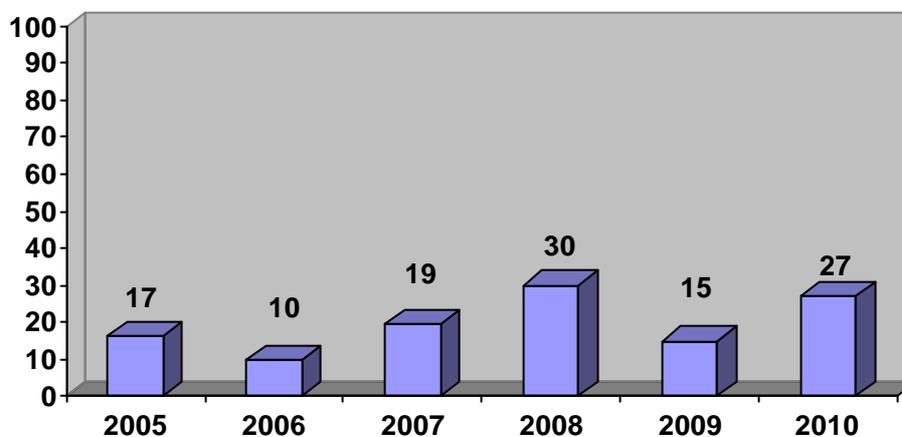
O mesmo panorama de concentração acontece na área de música: quase 80% do volume captado é canalizado para a região sudeste, o restante se dividindo entre sul, centro-oeste e nordeste, uma vez que a participação da região norte é praticamente nula. O peso do sudeste é ainda maior na música erudita (87,2%), ao passo que o nordeste se faz mais presente na captação de recursos para a música popular (15%) e o centro-oeste na música instrumental (10,1%).

4. Evolução da dotação orçamentária da Funarte, Programa Engenho das Artes (dados disponíveis a partir de 2005):



Fonte: Transparência Pública (www.transparencia.gov.br)

5. Relação entre volume de recursos captados via renúncia fiscal e orçamento do Programa Engenho das Artes, por ano, em %:



Os gráficos 4 e 5 revelam que, se por um lado, o volume de captação de recursos através do incentivo fiscal aumenta continuamente, por outro lado, a dotação orçamentária do principal programa da Fundação Nacional de Artes responsável pelo fomento às suas áreas de atuação oscila para cima e para baixo ao longo da série histórica.

Considerações finais

De acordo com dados fornecidos pelo suplemento de cultura do Perfil de Informações Básicas Municipais – MUNIC, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, referente ao ano de

2006, havia grupos de teatro entre 35,4% dos municípios da região nordeste. A princípio, poderíamos imaginar que parte dos recursos oriundos da renúncia fiscal seria canalizada para lá se seguissemos a lógica da democratização do acesso e financiamento, no entanto, observamos que mais de 80% do volume foi destinado à região sudeste, que concentra menor número de municípios com grupos de teatro (30,3%). No caso da dança, constata-se a mesma discrepância: a região nordeste tinha em 2006 cerca de 30% de seus municípios com grupos de dança, mais do que o sudeste (25,8%) e o sul (24,9%). Entretanto, o sudeste respondeu por cerca de três quartos do volume captado via mecenato, dezoito vezes mais que o nordeste. No caso do circo, um quarto dos municípios nordestinos tinha grupos circenses; seu peso no volume captado foi trinta vezes menor (3,7%). As discrepâncias se replicam nas artes visuais e na música.

Apesar de o PRONAC englobar, como um de seus mecanismos de financiamento, o Fundo Nacional de Cultura, o maior volume de investimento é, sem dúvida, por meio do Mecenato. Entramos, portanto, na era do marketing em sua vertente cultural. O marketing cultural seria uma extensão do marketing empresarial, que utiliza atividades artísticas como ferramenta de comunicação, buscando a promoção de marcas e produtos das empresas. Ele seria um elemento da estratégia de comunicação corporativa que visa à promoção, defesa, patrocínio e valorização de bens e padrões culturais, sejam eles de cunho literário, científico, artístico, educacional e a vinculação desses valores com a empresa para a valorização da marca ou da instituição perante os agentes econômicos.

Deve-se reconhecer que os recursos oriundos da renúncia fiscal prevista pela lei são públicos, são parte do imposto de renda devido pelas empresas e contribuintes ao governo. Portanto, a lei permite que o setor privado decida onde esses recursos serão investidos. Fica estabelecido um conjunto de áreas de produção cultural para os quais podem ser apresentadas propostas de trabalhos a serem patrocinadas. O que ocorre com mais frequência é a concessão do patrocínio a projetos que tenham forte apelo comercial, ou seja, os que permitam que a empresa patrocinadora os utilize como marketing cultural. O resultado desse processo é que passa a caber à iniciativa privada a decisão sobre uma grande parcela da produção cultural do país. A decisão é privada, mas o dinheiro que financia os projetos é, na verdade, público. (CALABRE, 2005).

As críticas relativas aos programas de incentivo fiscal para atividades culturais concentram-se, sobretudo, no fato de a cultura ser tratada pelo poder público como uma mercadoria, uma commodity, restringindo sua importância ao “mínimo denominador neoliberal” (BRANT, 2003), enquadrando-a nas leis de mercado. A Cultura, transformada em espetáculo, se resume, então, a um determinado número de eventos de entretenimento e diversão. Ademais, o mérito do projeto não é avaliado, mas sim sua viabilidade técnico-financeira, o que nem sempre favorece a democratização cultural. Segundo os estrategistas do marketing cultural, é fundamental aliar a imagem positiva de um determinado

produto artístico à marca ou empresa patrocinadora, daí os critérios de aprovação do projeto cultural terem relação direta com o perfil do seu público consumidor.

A Lei Rouanet, promulgada em 1991, é vista pelos críticos das leis de incentivo como o momento de consagração desse novo modelo que transferiu para a iniciativa privada, através das leis de incentivo, o poder de decisão sobre o que deveria ou não receber recursos públicos incentivados. Calabre (2007) argumenta que o resultado deste processo foi a enorme concentração na aplicação dos recursos. Um pequeno grupo de produtores e artistas renomados, principalmente da região sudeste, são os que mais conseguem obter patrocínio, ao passo que as áreas que fornecem aos seus patrocinadores pouco retorno de marketing são preteridas, criando também um processo de investimento desigual entre as diversas áreas artístico-culturais mesmo nos grandes centros urbanos.

É o chamado “mecenato de resultado”, ou seja, a necessidade cada vez maior que tem o capital de se comunicar com o seu universo de consumidores de forma diferenciada demarca um terreno propício ao desenvolvimento da produção cultural dentro de uma perspectiva mercadológica. Neste cenário, o marketing cultural exerce papel decisivo, profissionalizando as ações de captação de recursos e redimensionando as relações entre patrocinadores e patrocinados. O marketing cultural é eficiente, portanto, em ações que visem a melhoria ou a fixação de uma imagem institucional.

Outra crítica rotineira é a de que os profissionais da área artístico-cultural são obrigados a se improvisar em especialistas de marketing, tendo que dominar uma lógica que pouco tem a ver com a da criação. Os projetos passam a ser concebidos, desde seu início, de acordo com o que se crê que irá interessar a uma ou mais empresas, sendo o mérito de determinado trabalho medido pelo talento do produtor cultural em captar recursos e não pelas qualidades intrínsecas de sua criação (BOTELHO, 2001). O pressuposto básico no processo de negociação do projeto cultural é o da existência de um projeto efetivamente adequado às necessidades mercadológicas ou institucionais da empresa em questão. Uma das recomendações é que a adequação ocorra na forma, no conteúdo e na apresentação do projeto. O proponente deve estar munido de um volume satisfatório de informações a respeito da empresa com a qual estará negociando.

As leis de incentivo, ao ganharem tanto protagonismo, parecem esgotar o tema das políticas de financiamento da cultura, quando não das próprias políticas culturais (RUBIM, 2007). Isto acontece, dentre outros motivos, por conta da diminuição dos orçamentos que o poder público destina para o setor cultural. Render-se a este estado de coisas seria, segundo Botelho (1998), aceitar uma inversão no mínimo empobrecedora, uma vez que o financiamento da cultura não pode ser analisado independentemente das políticas culturais. Na mesma linha, Faria (1998) acredita que um dos problemas mais importantes das leis de incentivo fiscal à cultura é o modo como ela foi constituída, onde a dinâmica do mercado cultural passa a ser definida pelo mercado, como se nós “estivéssemos em uma sociedade onde o sócio minoritário define aquilo que o sócio majoritário vai fazer”. Nesta

perspectiva, não só os produtores culturais têm de se aventurar na seara do marketing cultural, como o acesso aos recursos incentivados é facilitado para aqueles mais profissionalizados, pelos mais integrados ao debate cultural e próximos da política de relações e pelos mais “espertos”, ou seja, aqueles atentos às oportunidades¹.

Os críticos das leis de incentivo como único vetor das políticas públicas culturais reconhecem, por outro lado, que a União não pode se permitir e nem tem condições de ser o quase exclusivo agente de financiamento da cultura, principalmente num país com dimensões geográficas continentais como o Brasil, com sua expressiva diversidade cultural e com suas enormes desigualdades nos planos econômico e social. Como bem coloca Botelho (1998) não é possível deixar de considerar as perversões que são engendradas por uma excessiva dependência dos poderes públicos. Suas conseqüências seriam nefastas tanto em nível político quanto em relação à qualidade da criação artística, “pois a acomodação – inimiga da arte – viceja em sistemas de patrocínio exclusivo e quase garantido pelo clientelismo estatal” (p.95). Levando em consideração que os recursos orçamentários são insuficientes para a implantação de políticas públicas culturais com amplo alcance social, seria inconseqüente e irresponsável descartar as leis de incentivo fiscal como estratégia para o alcance da chamada democracia cultural.

Não se pode, como diz o ditado, jogar fora o bebê junto com a água suja. Isto significa dizer que, na falta de aportes financeiros diretos, a política de incentivos fiscais à cultura deve seguir as orientações do Estado com relação ao fomento e estímulo ao desenvolvimento de áreas fundamentais que não oferecem atrativos econômicos suficientes para disputar com outros setores da economia investimentos privados numa escala satisfatória. Não se trata de um retorno ao dirigismo estatal de péssima memória, mas, por exemplo, oferecer maiores vantagens fiscais para aquelas empresas que invistam em áreas com pouco apelo comercial, estimulando a formação de público e movimentando setores antes excluídos da economia da cultura ou que tinham participação marginal, ou em regiões pouco desenvolvidas economicamente e, por conseqüência, invisíveis aos olhos do mercado.

Uma solução apontada é o restabelecimento do princípio da dedução fiscal parcial, única situação em que as empresas tornam-se patrocinadoras culturais de fato. É compreensível que, neste caso, serão financiadas somente atividades que tragam benefícios concretos à comunicação das marcas. Os projetos culturais relevantes que não despertam o interesse dos patrocinadores poderão recorrer, por exemplo, a fundos públicos controlados pela sociedade civil, constituídos para substituir o falso patrocínio privado realizado “exclusivamente com dinheiro do erário”. No caso da Funarte, a pergunta que se impõe é a seguinte: pode sua política institucional depender das oscilações do

¹ Talvez devêssemos adotar uma postura “conciliadora” entre o “mercado” e o “Estado”, se observarmos que todas as leis de incentivo enfatizam a necessidade de profissionalização dos agentes culturais. Esta exigência de profissionalização pode ser interpretada de dois modos: como valorização da qualidade artística pelo uso de técnicas e tecnologias criativas ou como a necessidade de ajustar o fazer criativo às demandas do mercado.

mercado, uma vez que editais importantes são financiados por recursos incentivados, ou deve pleitear cada vez mais robustez em sua dotação orçamentária? Cultura é a cereja do bolo ou é parte dos ingredientes da massa?

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Cândido J.M. de. *A arte é capital. Visão aplicada do marketing cultural*. RJ: Rocco. 1993.

ARRUDA, Maria Armanda do Nascimento. A política cultural: regulação estatal e mecenato privado. *Tempo Social vol. 15 n.2*. SP: USP. 2003.

BARRACHO, Maria Pastor & FÉLIX, Luiz Fernando Fortes. Responsabilidade social e marketing. *Cadernos CEHC, Série Cultura n.8*. Belo Horizonte. 2002.

BOTELHO, Isaura. Dimensões da cultura e políticas públicas. *Revista São Paulo em Perspectiva*, vo. 15 n.2. São Paulo. 2001.

_____. As leis de incentivo fiscais à cultura. In: FRANCESCHI, Antonio de et. al. SP: Informações Culturais. 1998.

BRANT, Leonardo (org). *Políticas culturais Vol. I*. SP: Manole. 2003.

CALABRE, Lia. Políticas culturais no Brasil: balanço e perspectivas. *III ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura*. 23 a 25 de maio. Salvador, Bahia. 2007.

_____. (org.). *Políticas culturais: diálogo indispensável*. RJ: Edições Casa de Rui Barbosa. 2005.

CARDOSO, Fernando Henrique. (1998), "Prefácio: sem medo nem saudade". In: WEFFORT, Francisco & SOUZA, Márcio. (orgs.), Um olhar sobre a cultura brasileira, Brasília, Ministério da Cultura, pp. 13-14.

CASTELLO, José. "Cultura". In: LAMOUNIER, Bolívar & FIGUEIREDO, Rubens (orgs.). *A Era FHC: um balanço*. São Paulo: Cultura Associados. 2002.

FARIA, Hamilton. Políticas públicas de cultura e desenvolvimento humano nas cidades. In: BRANT, Leonardo (org.) *op.cit.*

HENRIQUES, Eduardo Brites. Novos desafios e orientações das políticas culturais: tendências nas democracias desenvolvidas e especificidades do caso português. *Revista Finis terra XXXVII*, 73. Lisboa. 2002.

NEVES, Roberto de Castro. *Crises empresariais com a opinião pública: como evitá-las e administrá-las*. Mauad, 2002

POSSENDORO, Alexandre. Muito além do jornalismo cultural. In: BRANT, Leonardo (org.) *op.cit.*

RUBIM, Antonio Albino Canelas. Políticas culturais do governo Lula/Gil: desafios e enfrentamentos. Trabalho apresentado no III ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura, realizado entre os dias 23 a 25 de maio de 2007, na Faculdade de Comunicação/UFBa, Salvador-Bahia-Brasil.

SESI (Serviço Social da Indústria). *Tecnologia SESI Cultura e as Leis de Incentivo à Cultura*. Brasília. 2007.

O *anti-counterfeiting trade agreement* (ACTA) em propriedade intelectual ao ambiente digital e desenvolvimento

*Rangel Oliveira Trindade**

Resumo: o presente artigo tem como objetivo contribuir para o debate sobre os efeitos das medidas propostas no Acordo Comercial Anticontrafação (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement* - ACTA) para combater a contrafação e a pirataria no ambiente digital, diante da necessidade de sopesar a Propriedade Intelectual com o acesso à cultura e inclusão digital. Para tanto se discorre sobre as condutas digitais atuais na sociedade da informação, inserido o direito autoral. Examina em sequência comentários sobre as propostas do ACTA para punir infratores no ambiente digital, e por fim analisa a necessidade de transparência nas negociações do ACTA e os reflexos para os países em desenvolvimento.

Palavras-chave: *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA). Propriedade Intelectual. Ambiente digital. Desenvolvimento.

Abstract: *this article aims to contribute to the debate on the effects of the measures proposed in the Anti-Counterfeiting Trade Agreement to combat counterfeiting and piracy in the digital environment, given balance the Intellectual Property with culture access and digital inclusion. Therefore, the article discusses about current digital conducts in information society, added the copyright. Examines in sequence comments on the ACTA proposals to punish the digital environment offenders, and finally analyzes the need for transparency in the ACTA negotiations and their reflections on developing countries.*

Keywords: *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA). Intellectual Property. Digital Environment. Development.

1. Introdução

As novas tecnologias criadas pelo homem o levaram a um mundo imaginado apenas nas obras ficcionais como do autor Júlio Verne, que já previa o uso da tecnologia na vida das pessoas como uma

* Mestrando em Direito, área de Direito e Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação (GEDAI). Bolsista da CAPES. Advogado. E-mail: rangelot@gmail.com. O autor agradece a colaboração de Heloisa Gomes Medeiros ao presente artigo.

característica marcante da humanidade. Todas as searas da vida humana passam a ser influenciadas pela tecnologia, da medicina à culinária, da educação à guerra, do lar aos esportes. A sociedade se transforma com a tecnologia e surge a necessidade de rever velhos conceitos, tornando-os mais adequados a esta realidade.

Estas tecnologias surgem a passos velozes e passa-se a questionar cada vez mais as funções e limites do direito que legitima seu monopólio temporário: a Propriedade Intelectual (PI). Existe outro lado relacionado a esses direitos, ligados ao interesse público, ao acesso ao conhecimento, à saúde, à educação, ao desenvolvimento como um todo.

Apesar das nítidas mudanças necessárias com o surgimento da sociedade da informação diversos grupos econômicos e governamentais de países desenvolvidos empenham-se em aumentar internacionalmente os níveis de proteção dos direitos de Propriedade Intelectual sob o pretexto de intensificar a luta contra a contrafação e a pirataria.

Neste cenário encontram-se iniciativas como a negociação do Acordo Comercial Anticontrafação (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement* - ACTA), cujas medidas em Propriedade Intelectual propõem o combate a pirataria no ambiente digital, e são objeto do presente trabalho. Os termos em que está sendo negociado o ACTA ainda não foram totalmente esclarecidos, sendo disponibilizado pelos países tratantes apenas versão não definitiva dos principais elementos em discussão¹. As informações contidas foram suficientes para dar início a uma série de questionamentos sobre as mudanças poderão surgir e suas consequências para todos os países, principalmente os em desenvolvimento.

Assim, pretende-se neste artigo contribuir com o debate sobre as consequências que normas mais rígidas de direito autoral podem provocar no desenvolvimento no ambiente digital, que tem se mostrado um meio eficaz de democracia, exercício da cidadania e qualidade de vida, ao facilitar o acesso a diversos bens e serviços públicos e privados. Questiona-se principalmente a necessidade, eficácia e aplicabilidade de tais normas, principalmente nos países que estão se desenvolvendo.

Na primeira parte do artigo discorre-se sobre as condutas digitais atuais na sociedade da informação, seguido por comentários sobre as propostas do ACTA para punir infratores no ambiente digital, e por fim analisam-se a necessidade de transparência nas negociações do ACTA e os reflexos para os países em desenvolvimento.

A falta de acesso às informações sobre diversos aspectos é descabida no atual estágio de governança global, e constitui ainda afronta aos direitos dos próprios cidadãos dos países que estão negociando. Este é um procedimento ilegítimo para apurar questões tão complexas quanto as que estão sendo propostas.

¹ Segundo informações de 05 de outubro de 2010.

Para encontrar uma solução eficaz a problemas como o combate à pirataria e à contrafação é necessário levar em conta os princípios democráticos, as questões relativas ao livre comércio e a facilitação de troca de mercadoria, as questões de acesso ao conhecimento, e o surgimento de tecnologias cada vez mais avançadas. É necessário um esforço mundial coordenado, com discussões entre governos, organizações internacionais, setor privado e sociedade civil. Torna-se primordial um diálogo internacional em âmbito multilateral.

2. Condutas digitais e direito autoral na sociedade da informação

O fenômeno de inserção da internet no cotidiano das pessoas, iniciado massivamente em âmbito mundial no final do século passado, suscita a necessidade de inserção da sociedade como um todo no universo dos novos meios de informação. O que diferencia este período é a expansão do conceito de informação, que passa a abranger a voz, a imagem, as manifestações culturais e os dados em formato digital.

Surge o conceito de *sociedade da informação*, que encontra em Manuel Castells original definição:

“O termo sociedade da informação enfatiza o papel da informação na sociedade [...] o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas.”²

A expressão Sociedade da Informação é também utilizada por Marcos Wachowicz, que afirma que ela inaugura um período único na história, marcado pela celeridade dos avanços tecnológicos e pela convergência da informática, das telecomunicações e do audiovisual. Sustenta que grande parte desse processo é impulsionada pela internet, que se apresenta como um canal de informação por excelência o que tanto pode produzir efeitos benéficos, ao facilitar o acesso das pessoas à informação, quanto desencadear processo de exclusão, provocando uma verdadeira brecha digital.³

A noção desta necessidade digital fez com que o computador e a internet passassem a ser um relevante centro de informações culturais e educacionais, à medida em que se disseminaram, pautando condutas por parte de cada usuário na web. A internet, tal como aponta José de Oliveira Ascensão,

² CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura. Vol.1. 8ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p.64.

³ WACHOWICZ, Marcos. Os direitos da informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Propriedade intelectual e Internet**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 37-41.

“apresentou-se como um caráter atrativo, que levou a que seus destinatários nela se empenhassem e adstrassem, e por outro lado ficassem dependentes deste modo de comunicação”.⁴

Neste contexto, a interação entre usuários, em grande parte jovens, e as imposições de novas tecnologias, como, por exemplo, saber usar software de digitação de textos para trabalhos escolares, a transformação da difusão cultural para o ambiente digital⁵, e a disponibilização de informação e serviços quase em sua totalidade neste ambiente, tão logo difundido o *download* de dados, conduziram ao consumo de arquivos largamente disponibilizados.

Estas atividades estão ocorrendo em sua maioria pela utilização de softwares que permitem o compartilhamento de arquivos, de um usuário para o outro, sem intermediários, através da tecnologia P2P (*peer-to-peer*)⁶. Os dados disponíveis para transmissão são músicas, filmes, programas de computador, dentre outros. Utilizando o software P2P, o usuário “baixa” estes arquivos, ação que muitas vezes é desconhecida dos autores das obras.

Em face do desconhecimento de condutas digitais lesivas é que surge o fator de vulnerabilidade do usuário. Muitas vezes, uma pessoa que acessa e procede o *download* de arquivos desconhece os direitos de autor inerentes às suas obras, sejam elas músicas, filmes, programas de computador. Segundo Roseana Leal da Silva, em relação aos adolescentes:

“O desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação, em especial a Internet, permitiu o ingresso dos adolescentes na sociedade informacional e estes atores, na condição de nativos digitais, se valem dos recursos tecnológicos para livremente acessar informações, bens culturais, desfrutar de entretenimento e manter comunicação.”⁷

Assim, sendo “nativos digitais”, os usuários deste perfil tem a internet e o computador como seu próprio meio de vida, fazendo parte de sua inserção social. Em relação ao usuário da internet que

⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 69.

⁵ Hoje em dia existem apresentações culturais, shows, palestras, cursos universitários e inclusive artistas musicais exclusivamente via internet.

⁶ Peer-to-Peer (do inglês: par-a-par), entre pares, é uma arquitetura de sistemas distribuídos caracterizada pela descentralização das funções na rede, onde cada nodo realiza tanto funções de servidor quanto de cliente. Extraído de <http://pt.wikipedia.org>.

⁷ LEAL DA SILVA, Roseana. **A proteção integral dos adolescentes internautas**: limites e possibilidades em face dos riscos no ciberespaço. Tese de doutorado defendida perante o Curso de pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Doutorado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito a obtenção do título de Doutor em Direito, 2009.

tem mais de 20 anos, contudo, passa por um momento de adaptação à realidade informacional, segundo pesquisa do Instituto Ipsos⁸, especializado em pesquisas de marketing, propaganda e mídia.

Provada a enorme dependência do ambiente digital e constituída a Sociedade da Informação, pode-se afirmar, com base na atual situação econômica do país, que muitas pessoas ainda estão excluídas do fenômeno tecnológico.⁹ Esta é a razão pela qual os motivos sócio-econômicos pautam a conduta do compartilhamento de arquivos na web.

Veja-se que uma pessoa de baixa renda, para inserir-se no contexto tecnológico, tem enormes dificuldades para fazê-lo. Começará por adquirir um computador defasado, mais antigo, que possivelmente não possui programas utilizados no estabelecimento o qual está empregada. Em decorrência de novas exigências impostas a cada dia em relação às habilidades tecnológicas, este exemplo de usuário não terá alternativa senão adquirir um software mais avançado. Porém, se é recém iniciado no ambiente digital, não saberá da possibilidade de obter um software livre¹⁰, e vez que não terá condições de comprar o utilizado na sua empresa, fará *download* sem licença.

Contudo, insere-se à problemática a Propriedade Intelectual, por meio dos direitos autorais, vez que as informações trocadas entre usuários contém em grande parte arquivos cujos direitos autorais são inerentes.

O direito autoral, em síntese, é a designação usualmente utilizada no que se refere aos direitos outorgados e aos autores de obras intelectuais (literárias, artísticas ou científicas). Neste contexto encontram-se dispostos direitos de diferentes naturezas. A doutrina jurídica clássica coube por dividir estes direitos entre os chamados direitos morais de autor; (direitos da personalidade) e aqueles de cunho patrimonial.¹¹

⁸ IPSOS BRASIL. **Ipsos – Observatório de Tendências – Mind and Mood**. Disponível em: <<http://www.ipsos.com.br/default.asp?resolucao=1024X600>>. Acesso em: 3 fev 2010.

⁹ Segundo o Comitê Gestor de Internet no Brasil (CGI), 54% da população brasileira nunca usou computador e 67% nunca teve acesso a internet. Isso coloca o Brasil no 73º lugar na escala dos países que trabalham com tecnologia da informação, em 2007. CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS EM EDUCAÇÃO, CULTURA E AÇÃO COMUNITÁRIA. **TIC - Tecnologias da Informação e Comunicação**: Brasil ainda é 73º em tecnologia e inclusão no mundo. Disponível em: <<http://www.cenpec.org.br/modules/news/article.php?storyid=97>>. Acesso em: 21 jan 2010.

¹⁰ *Software livre*, segundo a definição criada pela [Free Software Foundation](http://www.fsf.org/) é qualquer [programa de computador](#) que pode ser usado, copiado, estudado e redistribuído sem restrições. O conceito de livre se opõe ao conceito de software restritivo ([software proprietário](#)), mas não ao software que é vendido almejando lucro ([software comercial](#)). A maneira usual de distribuição de software livre é anexar a este uma [licença de software livre](#), e tornar o [código fonte](#) do programa disponível. WIKIPEDIA. **Software livre**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Software_livre>. Acesso em: 22 jan 2010.

¹¹ Há certa controvérsia quanto à natureza jurídica dos direitos autorais. Para alguns, trata-se de autêntico direito de propriedade, enquanto para outros o traço distintivo dos direitos autorais é o seu componente de direito de personalidade.

A proteção autoral foi consolidada pela Convenção de Berna ¹² de 1878, norma internacional fundamental, que contém a chamada regra dos três passos (em inglês, *three-step test*), que prevê exceções ao direito de reprodução: em certos casos especiais, que não conflitem com a exploração comercial da obra e não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor.¹³

Assim, o direito autoral está aplicado às novas Tecnologias de Informação, ao falarmos de distribuição em massa de conteúdo de propriedade de autores.

A busca por uma legislação que punisse efetivamente tais condutas fez surgir a negociação do Acordo Comercial Anticontrafação, dentre alguns países desenvolvidos, e envolve como uns dos temas centrais a repressão à troca de arquivos em redes P2P (de compartilhamento de informações na internet), propondo punições aos usuários no ambiente digital. É o que se verá a seguir.

3. Propostas do Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) ao ambiente digital

O ACTA é um acordo plurilateral em negociação entre Austrália, Canadá, União Européia, Japão, México, Marrocos, Nova Zelândia, Coreia, Singapura, Suíça e Estados Unidos, cujo objetivo é estabelecer padrões internacionais para efetivação dos direitos de Propriedade Intelectual a fim de combater a contrafação e a pirataria.

As conversações preliminares, com a elaboração de um anteprojeto, ocorreram em segredo durante os anos de 2006 e 2007, havendo divulgação sobre seu escopo apenas em junho de 2008, ano em que as negociações iniciaram oficialmente¹⁴. Em 6 de abril de 2009, os participantes das negociações do ACTA emitiram uma declaração conjunta com um resumo dos principais elementos em discussão nas propostas. Este documento, que se encontra nos sites institucionais dos órgãos responsáveis de cada país, servirá de base para a análise que se segue neste trabalho¹⁵.

O projeto do ACTA, ainda incipiente e sujeito à modificações, possui em sua estrutura 6 capítulos e, de acordo com os países negociantes, busca elaborar um quadro de normas jurídicas

¹² Convenção da União de Berna (CUB), de 1878, surgiu com o objetivo de tutelar as obras literárias e artísticas, incluindo as de caráter científico, qualquer que seja o seu modo de expressão.

¹³ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION - WIPO. **Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/index.html>>. Acesso em: 10 fev 2010.

¹⁴ Desde o início das negociações do referido Acordo diversas preocupações foram levantadas por movimentos civis, como o IP Justice, que indagava sobre a falta de transparência no processo de negociação do acordo, a não participação de grupos de interesse público, de país em desenvolvimento ou da sociedade civil, a exclusão da OMPI e da OMC como foro, entre outros (IP JUSTICE, 2008).

¹⁵ Para este artigo foi consultado o resumo publicado pelo: UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (USTR). **ACTA - Summary of Key Elements Under Discussion**. 2009. Disponível em: <<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2009/april/acta-summary-key-elements-under-discussion>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

internacionais que ainda não existe ou que precisa ser reforçado. O primeiro capítulo, intitulado disposições iniciais e definições, traz questões como o objetivo, âmbito, definições e princípios interpretativos do Acordo; o segundo capítulo dispõe de um quadro legal para efetivação dos direitos de Propriedade Intelectual com medidas civis, medidas de fronteira, medidas penais e efetivação de direitos de PI no ambiente digital; o terceiro capítulo trata de cooperação internacional para enfrentar o comércio transfronteiriço de mercadorias contrafeitas e piratas; o quarto capítulo destina-se a dispor sobre os métodos que serão utilizados pelas autoridades para aplicar as leis de efetivação de PI colocados no segundo capítulo; o quinto capítulo inclui as disposições institucionais; e o sexto capítulo expõe as disposições finais, abrangendo detalhes sobre como o acordo irá funcionar.

Internacionalmente, o ACTA envolve como temas centrais a repressão a contrafação e a pirataria no ambiente digital, propondo punições aos usuários que pratiquem supostas condutas lesivas na internet.

Com o uso de dispositivos semelhantes aos da Lei Hadopi, recentemente aprovada na França, e do Digital Millennium Copyright Act (DMCA, na sigla em inglês, ou Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital), a lei de direitos de autor dos Estados Unidos¹⁶, o Acordo visa criminalizar usuários.

Contando com o apoio do G8¹⁷, o ACTA iniciou a ser discutido efetivamente no ano de 2008, com previsão de assinatura em dezembro de 2010. Se cumprido, promoverá a existência de um Estado policial digital que deverá obrigar todos os países a tomarem medidas severas que tentarão restringir o uso de equipamentos, de formatos de arquivos, ou de procedimentos que são habitualmente realizados por um enorme número de pessoas nos mais diferentes países, efetivamente restringindo a liberdade de seus cidadãos.

Segundo Fátima Conti, tais medidas se dividem em três grandes grupos:

1. Alfândegas – Funcionários de alfândegas revistarão aparelhos eletrônicos tais como celulares, mp3 e notebooks, em busca de violações de direitos autorais. Se encontrado algum indício o aparelho poderá ser confiscado ou destruído e o portador será multado.

¹⁶ PEDRO, Paranaçu. [O que tem o ACTA a ver com a internet? E com o Brasil?](http://softwarelivre.org/portal/comunidade/o-que-tem-o-acta-a-ver-com-a-internet-e-com-o-brasil). Disponível em: <<http://softwarelivre.org/portal/comunidade/o-que-tem-o-acta-a-ver-com-a-internet-e-com-o-brasil>>. Acesso em: 5 dez 2009. Entrevista concedida a [Stefanie Silveira](#).

¹⁷ Reunião anual de chefes de Estado ou de Governo de grandes democracias industriais para lidar com as grandes questões econômicas e políticas que enfrentam suas sociedades nacionais e da comunidade internacional como um todo. São membros a França, os Estados Unidos, Grã-Bretanha, Alemanha, Japão, Itália, Canadá, a Comunidade Européia, e, mais recentemente, a Rússia. Disponível em: <http://www.g7.utoronto.ca/what_is_g8.html>. Acesso em 21 maio 2010.

2. Cooperação dos Provedores – Os provedores de serviços a internet deverão ser obrigados a fornecer informações de clientes às autoridades, inclusive sem o devido mandato, ou aval da justiça.

3. Entidades de Fiscalização – Prevê a criação de uma agência que implemente medidas para fiscalizar e regulamentar as medidas a serem tomadas. Ainda há outras exigências que incluem até a permissão para que autoridades judiciais possam dar continuidade a processos sem identificar os processados.¹⁸

De forma geral, o ACTA propõe que no ambiente digital exista um verdadeiro poder de polícia por parte dos provedores de internet que poderão tomar medidas contra os usuários da internet sem supervisão judicial adequada ou devido processo legal, numa atitude que ameaça a inovação, a concorrência, novos modelos de negócio baseados em acesso aberto, a interoperabilidade, e exceções ao direito autoral.

Assim, não se trata só de criminalização da pirataria, pela cópia em série para posterior venda. Trata-se de vedação a uma cópia única, e o compartilhamento desta, sem objetivos comerciais. Ainda que um consumidor adquira um produto legítimo, não poderá fazer uma cópia para backup ou para uso pessoal.

O ACTA enrijece, ainda mais, as normas internacionais de Propriedade Intelectual. Há uma tentativa crescente e global de implementação de um sistema chamado "resposta gradual", semelhante a de legislações¹⁹ que ficaram conhecidas como "*three-strikes-you're-out*", expressão oriunda do jogo de baseball, pela qual quando alguém é notificado sobre infrações a direitos autorais pela terceira vez, seria banido da rede, com retirada de seu acesso à Internet.

Tal sistema é uma parceria da indústria de conteúdo (direitos autorais) com os provedores de internet²⁰, e, basicamente, funciona da seguinte forma: depois de o usuário de internet receber duas notificações sobre alegadas infrações a direitos autorais, na terceira ele teria sua internet desconectada e/ou sua velocidade de conexão diminuída.

As propostas do ACTA para o ambiente digital constituem desrespeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, ao direito de exercer a cidadania (pagar contas, obter documentos do

¹⁸ CONTI, Fátima. **Afinal, o que é o cibercrime?** Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/4211633/afinal1>>. Acesso em: 21 abr 2010. p.6.

¹⁹ Lei Hadopi, recentemente aprovada na França, e do Digital Millennium Copyright Act (DMCA), dos Estados Unidos.

²⁰ Quando alguém se conecta a Internet, o faz por intermédio de um provedor de acesso, ou ISP (Internet Service Provider). Estes são empresas que alocam um IP (Internet Protocol), número que identifica temporariamente um determinado computador na rede, para que os dados de entrada e saída trafeguem normalmente por meio do terminal utilizado.

governo, declarar imposto de renda etc.), afronta à privacidade (se não houver ordem judicial autorizando o provedor de internet a identificar o conteúdo que está sendo baixado ou compartilhado por seu usuário), à proteção dos dados pessoais, acesso à informação, à livre expressão, devido processo legal e presunção de inocência, a participação cultural, bem como é composto de medidas desproporcionais²¹. O ACTA provoca um desequilíbrio entre detentores de direitos, usuários e interesse público.

Além disso, um número IP pode ser usado por vários membros da mesma família, ou seja, uma família inteira pode ficar sem acesso à internet, caso eventualmente uma única pessoa tenha exercido atos ilícitos. Estes atos podem não ser ilícitos, já que em alguns casos a indústria de conteúdo esforça-se para que a decisão não passe pelos tribunais, mas que seja decidida administrativa e privadamente, entre ela e o provedor de internet. Deve-se considerar ainda a possibilidade de "roubo" de sinal sem fio, e o desincentivo de redes sem fio compartilhadas e abertas.²²

Outra preocupação quanto ao ACTA é de que, apesar de estar sendo negociado por alguns países, presume-se que outros países, principalmente em desenvolvimento, serão pressionados a aderir, fortalecendo enormemente a posição de corporações interessadas em níveis restritivos de proteção intelectual. Frisa-se ainda que os países proponentes possuem 70% do comércio mundial.

Nesta senda se faz necessária uma discussão transparente do referido acordo, que tem sido alvo de severas críticas por todo o mundo, inclusive por membros de parlamentos dos países signatários, com o fim de atentar para o desenvolvimento de nações menos favorecidas, e que possa promover a inclusão tecnológica. A viabilidade disto e os argumentos contra a assinatura do ACTA são objeto do capítulo a seguir.

4. Propriedade intelectual, desenvolvimento e inclusão tecnológica

A negociação do ACTA a portas fechadas tem gerado discussões em todo o mundo, que anseia por um desenvolvimento sustentável e que se encontra calejado pela última grande crise econômica dos mercados, que afetou negativamente e de forma substancial o modo de vida de muitas populações.

Recentemente, o Parlamento Europeu discutiu por meio de sua Comissão Europeia, em 9 de Março de 2010, na cidade de Estrasburgo, pontos relativos ao Tratado anticontrafação em comento, gerando questionamentos por partes de deputados comunitários. Diversos deputados realizaram pergunta oral à Comissão sobre transparência e atual situação das negociações sobre o ACTA.²³

²¹ PEDRO, Paranaguá. [O que tem o ACTA a ver com a internet? E com o Brasil?](#), 2009.

²² PEDRO, Paranaguá, *op. cit.*, 2009.

²³ PARLAMENTO EUROPEU. **Transparência e situação actual das negociações ACTA (Acordo Comercial de Combate à Contrafação).** Disponível em:

Foram levantadas preocupações quanto ao respeito aos direitos humanos e a privação de liberdade, liberdade de informação e expressão através da internet, com especial ênfase quanto às medidas de revistas nas fronteiras de aparelhos eletrônicas; afronta ao direito a privacidade e consequências aos provedores de serviço de internet; desrespeito a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que deveria guiar a Comissão da União Europeia ao negociar o ACTA.

Salientou-se ainda sobre a questão dos efeitos que estas normas irão causar a países que não estão negociando, como a China, que consideram que deveria ter sido convidada a fazer parte do acordo, bem como outros países em desenvolvimento, por representar a maior fonte de origem dos bens contrafeitos e pirateados que entram na União Europeia.

Em face do que tem sido discutido, deve existir uma alternativa que vise o desenvolvimento dos países, que considere a disparidade entre as nações. Toma-se como parâmetro o conceito proposto por Amartya Sen, que define o desenvolvimento como “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”²⁴.

Amartya Sen vincula o conceito de desenvolvimento ao conceito de liberdade. O indivíduo precisa ser livre, isto é, necessita ter suas necessidades básicas satisfeitas (acesso à saúde, alimentação, moradia, educação, saneamento básico) para atuar também livremente no mercado e atingir o desenvolvimento²⁵. Deve-se considerar o impacto da Propriedade Intelectual na sociedade, sendo necessário utilizar o sistema de PI como instrumento de políticas públicas, e consequentemente de desenvolvimento social.

Desta forma, o presente conceito não almeja desconsiderar a relevância do crescimento econômico para o desenvolvimento social, mas destacar que, conquanto essencial para o desenvolvimento, o crescimento econômico, assim como outros fatores determinantes (como as disposições sociais e econômicas, os direitos civis e o progresso tecnológico) devem ser visto como instrumento para a expansão das liberdades humanas, e não como objetivo final.²⁶

A contrafação, neste sentido, se manifesta em um exercício de liberdade a qual faz uso uma população cuja instrução e educação, e seu contexto socioeconômico, não permitiram vislumbrar a

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=OQ&reference=O-2010-0026&language=PT>>. Acesso em: 25 mar 2010.

²⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17.

²⁵ SEN, 2000.

²⁶ WACHOWICZ, Marcos; MARTINS, Diana Z. de C., Desenvolvimento econômico e social: escopo e limites da tutela da propriedade intelectual *In*: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO E DIREITO. **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/diana_zerbini_de_carvalho_martins.pdf>. Acesso em 15 jun 2010. p. 4.

observância de uma cultura para o respeito a proteção intelectual de algo que venha a ser utilizado, reproduzido ou distribuído ilegalmente.

Nesta senda, defende-se aqui que condutas contrafativas por meios digitais devem ser evitadas. Contudo, frise-se que países nos quais as condutas de seus usuários são reflexo de sua vulnerabilidade não podem ser comparados a nações já desenvolvidas. Assim, não podemos falar em um Acordo que seja aplicado a todos igualmente. O foco de um acordo de combate a contrafação deve ser promover o desenvolvimento de países sem pleno acesso tecnológico.

A ausência de acessibilidade tecnológica por grande parte da população brasileira ²⁷ faz do Brasil um país em desenvolvimento neste sentido, e o combate à “pirataria” deve começar pela promoção de um desenvolvimento ocioeconômico, assim como em outras nações de mesmo perfil.²⁸ Feito isto, possivelmente observaremos que as condutas contrafativas diminuirão ou desaparecerão por si só.

No território brasileiro, o momento atual “aguarda a edição de uma norma legal que possa atualizar o horizonte do direito para a cultura digital, respeitando os direitos dos indivíduos, adequando o direito à natureza da rede mundial, definindo com clareza as responsabilidades dos diversos atores envolvidos e estabelecendo diretrizes para a atuação governamental com vistas à consecução dos objetivos de pleno acesso, integração e interoperabilidade. Este é o objetivo assumido para o Marco Civil da Internet”²⁹, norma a ser elaborada pelo Ministério da Justiça.

Espera-se que o Marco Civil possa melhor identificar o que seriam condutas contrafativas, tratando de deveres dos usuários. Para tanto, e, primeiramente, insere-se a preocupação em promover a inclusão tecnológica da população.

A atuação do Poder Público para promoção da cultura e desenvolvimento tecnológico, por meio de iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet foram sugeridas ao texto legal³⁰, constituindo-se em importante artifício para o desenvolvimento e inclusão no país.

A necessidade de promover a inclusão tecnológica e o desenvolvimento socioeconômico nos países em desenvolvimento permitem a rediscussão do Acordo Comercial Anti-Contrafação, vez que, de acordo com especialistas, inevitavelmente será imposto pelos países signatários a um plano quase multilateral, sendo tratado internacional referência em caracterização de desrespeito à Propriedade Intelectual.

²⁷ De acordo com dados referidos no item 2 deste estudo.

²⁸ É interessante observar que outros países em desenvolvimento, como México, Marrocos, Nova Zelândia e Singapura estão negociando o Acordo Comercial Anti-Contrafação.

²⁹ Extraído de <http://culturadigital.br/marcocivil>.

³⁰ São propostas contidas nos artigos 30 a 32, do Capítulo IV, do projeto de Marco Civil da Internet, que está sob consulta pública no país.

Ademais, como visto, o trato de um acordo internacional que afeta sensivelmente a vida das pessoas, se negociado, deve ser transparente e discutido em âmbito de todos os países, incluindo nações em desenvolvimento como o Brasil, que já sinalizou que não reconhecerá o ACTA. Um *multilateralismo* entre países, que, segundo Pimentel, “consiste na liberdade comercial entre Estados, sem facilidades tarifárias diferenciadas para nenhum deles.”³¹

Segundo manifestação do Ministério das Relações Exteriores, “o governo brasileiro não reconhecerá os acordos sobre Propriedade Intelectual negociados fora de instituições multilaterais como a Organização Mundial do Comércio (OMC) e a Organização Mundial para Propriedade Intelectual (OMPI)”; afirmou ainda o diretor do Departamento Econômico do MRE, Carlos Cozende, que “ninguém pode impedir nenhum país de negociar nada. Mas o que decidirem não valerá nada para nós”.³²

O sistema multilateral passa a sofrer severo enfraquecimento devido ao uso cada vez mais restrito de flexibilidades e exceções estabelecidas no Acordo TRIPS. Assim, acaba por interferir no marco das obrigações gerais dos países. Cria-se com este expediente a prática do fórum shifting, que é o deslocamento de determinada controvérsia a um foro que tenda a dar uma decisão favorável. Assim, as discussões em Propriedade Intelectual saíam da OMPI e da OMC, especializadas no assunto.

Especialmente no caso da OMPI, restam prejudicados os compromissos assumidos junto a Agenda do Desenvolvimento, que, em sua proposta 45 recomenda aproximar a aplicação da Propriedade Intelectual no contexto de interesses sociais amplos e especialmente orientados ao desenvolvimento, com uma visão de que a proteção e aplicação de direitos de PI devem contribuir para a promoção, inovação, transferência e disseminação de tecnologias, para a vantagem mútua de produtores e usuários do conhecimento tecnológico, e em uma maneira condizente ao bem-estar econômico e social e, a um contrapeso aos direitos e obrigações, de acordo com o artigo 7 do Acordo TRIPS.³³

No caso da OMC, do Acordo TRIPS destaca-se que também se faz necessária a consecução dos objetivos e os princípios deste, dispostos, respectivamente, nos artigos 7º e 8º. Sendo assim, coloca-se em evidência que a proteção e o cumprimento dos direitos de Propriedade Intelectual devem

³¹ PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Industrial**: as funções do direito de patentes, p. 173.

³² LOURENÇO, Luana. **Brasil não reconhecerá acordo sobre pirataria fora das organizações multilaterais**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/home;jsessionid=376D1E5149943FC900FDD07768898EC1?p_p_id=56&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-3&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3&_56_groupId=19523&_56_articleId=945443>. Acesso em: 23 maio 2010.

³³ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION - WIPO. **The 45 Adopted Recommendations under the WIPO Development Agenda**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html>>. Acesso em: 15 mai 2010.

contribuir para a promoção do desenvolvimento tecnológico e social, num equilíbrio de direitos e obrigações, podendo os países, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, adotarem medidas necessárias para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento, e medidas para evitar o uso de práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.³⁴

O ACTA, desprestigiando países em desenvolvimento, pretende criar um terceiro fórum para tratar da Propriedade Intelectual no plano internacional. Asseveram Ronaldo Lemos e Pedro Mizukami, acerca do assunto:

“O Acta prevê em seu texto atual o estabelecimento de uma nova instituição, em paralelo às atuais, para tratar da matéria de forma autônoma. O que surpreende não é a estratégia de esvaziamento dos fóruns já existentes, em que a presença da comunidade internacional é historicamente consolidada. É a clareza com que surge essa tentativa, que se traduz no fato de que os grandes países-alvo do acordo (como Índia, Rússia, China e Brasil), inseridos com frequência nas listas de "países piratas" elaboradas unilateralmente por países desenvolvidos, não façam parte das negociações.”³⁵

Por fim, cumpre referir que as medidas digitais anticontrafação propostas pelo ACTA, consideradas absurdas e lesivas aos direitos dos cidadãos, não receberão adesão maciça de outros países. Assim, o que os países signatários objetivam é tornar o Acordo um instrumento de pressão, tanto comercial quanto para a adoção de legislação que não corresponde aos interesses locais.

5. Considerações finais

A Sociedade da Informação que se apresenta expõe as vulnerabilidades de povos que não se prepararam para receber tamanha evolução tecnológica. Como vimos, muitos dos países ainda carecem de um desenvolvimento social e econômico adequado. A educação para coibir condutas lesivas à Propriedade Intelectual deve ser algo prioritário, para só então pensar-se em caracterizar infratores.

³⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC. **Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights - TRIPS**. Marraqueche, 15 de abril de 1994. Disponível em <www.wto.org>. Acesso em: 10 jul. 2009.

³⁵ LEMOS, Ronaldo; MIZUKAMI, Pedro. Tratado quer tirar poder das Nações Unidas. **Folha de São Paulo**. São Paulo: 6 maio 2010. B1, dinheiro 1.

Um tratado internacional que vise punir a contrafação utilizando artifícios lesivos aos direitos dos cidadãos, particularmente em países emergentes, impossibilita inclusive o estabelecimento de um amplo acesso ao ambiente digital em tais Estados. Estes países em desenvolvimento, como o Brasil, devem estar atentos para, desde logo, pugnam por transparência nas negociações do Acordo Comercial Anticontrafação, embora não sejam signatários, e expor seu posicionamento.

Às universidades e pesquisadores envolvidos cabe a tarefa de propor ampla discussão acadêmica, como tem sido praxe inclusive nos Estados Unidos ³⁶, provando que mesmo dentre os Membros signatários os cidadãos preocupam-se com a questão, em face de suas nações estarem tentando transpor para o âmbito internacional suas legislações internas. Como bem afirma Cozendey, “não é uma negociação que tenha legitimidade para estabelecer padrões internacionais” ³⁷. É o que se impõe em nossos dias.

O dinamismo no ambiente digital que surge anseia por uma ética solidária entre todos os agentes. Javier Del Arco menciona, inclusive, a proposta de criação de uma Declaração de Direitos Humanos no Ciberespaço, tamanho o relevo que possui, asseverando que “*el objetivo que se persigue es hacer de este entorno virtual un espacio en el que se promuevan lo más noble del pensamiento y de los ideales humanos, así como un nuevo tipo de concepto de ciudadanía que ayude a promover una ética solidaria*”³⁸. Pautados nesta premissa é que devem, se necessário, ser negociados acordos internacionais que regulem condutas dos usuários de internet.

Existe a preocupação quanto ao funcionamento do atual sistema de PI como indutor do desenvolvimento, bem como quanto aos efeitos que a proteção ampliada à Propriedade Intelectual poderia ter sobre tais políticas. Uma nação que anseia diminuir desigualdades sociais deve primeiro preocupar-se com o acesso à informação e cultura de seu povo, e encontrar alternativas que tutelem as criações intelectuais sem descuidar-se com o bem estar social.

Referências bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura – Volume 1: A sociedade em rede. 8ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

³⁶ Urgent ACTA Communique, da American University Washington College of Law, Washington, D.C. Disponível em <http://www.wcl.american.edu/pijip/go/blog-post/urgent-acta-communique>.

³⁷ LOURENÇO, Luana. **Brasil não reconhecerá acordo sobre pirataria fora das organizações multilaterais**. 2010.

³⁸ DEL ARCO, Javier. **Ética para la Sociedad Red**. Madri, Fundación Vodafone: 2004. p. 45.

CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS EM EDUCAÇÃO, CULTURA E AÇÃO COMUNITÁRIA. **TIC - Tecnologias da Informação e Comunicação:** Brasil ainda é 73º em tecnologia e inclusão no mundo. Disponível em: <<http://www.cenpec.org.br/modules/news/article.php?storyid=97>>. Acesso em: 21 jan 2010.

CONTI, Fátima. **Afinal, o que é o cibercrime?** Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/4211633/afinal1>>. Acesso em: 21 abr 2010.

DEL ARCO, Javier. **Ética para la Sociedad Red.** Madri, Fundación Vodafone: 2004.

IPSOS BRASIL. **Ipsos – Observatório de Tendências – Mind and Mood.** Disponível em: <<http://www.ipsos.com.br/default.asp?resolucao=1024X600>>. Acesso em: 3 fev 2010.

LEAL DA SILVA, Roseana. **A proteção integral dos adolescentes internautas: limites e possibilidades em face dos riscos no ciberespaço.** Tese de doutorado defendida perante o Curso de pós-graduação Stricto Sensu em Direito, Programa de Doutorado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito a obtenção do título de Doutor em Direito, 2009.

LEMONS, Ronaldo; MIZUKAMI, Pedro. Tratado quer tirar poder das Nações Unidas. **Folha de São Paulo.** São Paulo: 6 maio 2010. B1, dinheiro.

LOURENÇO, Luana. **Brasil não reconhecerá acordo sobre pirataria fora das organizações multilaterais.** Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/home;jsessionid=376D1E5149943FC900FDD07768898EC1?p_p_id=56&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-3&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3&_56_groupId=19523&_56_articleId=945443>. Acesso em: 23 maio 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC. **Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights - TRIPS.** Marraqueche, 15 de abril de 1994. Disponível em <www.wto.org>. Acesso em: 10 jul. 2009.

PARLAMENTO EUROPEU. **Transparência e situação actual das negociações ACTA (Acordo Comercial de Combate à Contrafacção).** Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=OQ&reference=O-2010-0026&language=PT>>. Acesso em: 25 mar 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade** (Trad.: Laura Teixeira Motta). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

PARANAGUÁ, Pedro. **O que tem o ACTA a ver com a internet? E com o Brasil?.** Disponível em: <<http://softwarelivre.org/portal/comunidade/o-que-tem-o-acta-a-ver-com-a-internet-e-com-o-brasil>>. Acesso em: 5 dez 2009. Entrevista concedida a Stefanie Silveira.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Industrial**: as funções do direito de patentes. Porto Alegre: Síntese, 1999.

UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (USTR). **ACTA - Summary of Key Elements Under Discussion**. 2009. Disponível em: <<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2009/april/acta-summary-key-elements-under-discussion>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

WACHOWICZ, Marcos. Os direitos da informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Propriedade Intelectual e Internet**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____ ; MARTINS, Diana Z. de C., Desenvolvimento econômico e social: escopo e limites da tutela da propriedade intelectual *In*: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO E DIREITO. **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/diana_zerbini_de_carvalho_martins.pdf>. Acesso em 15 jun 2010.

WIKIPEDIA. **Software livre**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Software_livre>. Acesso em: 22 jan 2010.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION - WIPO. **Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/index.html>>. Acesso em: 10 fev 2010.

_____. **The 45 Adopted Recommendations under the WIPO Development Agenda**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html>>. Acesso em: 15 mai 2010.

Propriedade intelectual e aspectos dos direitos de transmissão esportiva

*Sérgio L. B. F. Reis**

Resumo: O presente artigo analisa alguns aspectos da relação entre a televisão e os esportes, uma relação complexa, mas que traz vantagens para as duas partes envolvidas. Existe um grande potencial para que algumas práticas esportivas consolidem sua relação com seu público e patrocinadores, assim como o surgimento e crescimento de outras modalidades esportivas. É necessário para as federações e gestores do esporte ter em mente a necessidade de explorar novos modelos de negócios relacionados ao audiovisual.

Palavras-chave: Esportes, direitos de transmissão, transmissões esportivas

SPORTS TRANSMISSION RIGHTS – LEGAL ASPECTS

Abstract: *The article analyses aspects regarding the relationship between television and sports, a complex relationship that brings advantages for both parts involved. There is a strong potential for some sports to consolidate their relationship with their public and sponsor, as well as the rise or increase of other sports. It is necessary for the leagues and sports businessmen to keep in mind the need to explore new business methods related to the audiovisual.*

Keywords: *Sports, broadcasting rights, sports broadcasting*

Introdução

Este trabalho analisa aspectos da transmissão televisiva e sua relação com os esportes, busca trabalhar aspectos deste segmento sobre uma perspectiva das ciências humanas, principalmente das ciências humanas aplicadas, como o direito, sem deixar de lado o fenômeno e a realidade social envolvida.

* Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes, Pós-graduado em Direito da Propriedade Industrial e Bacharel em Direito pela UERJ. Especialista em Regulação da Atividade Audiovisual da ANCINE (Agência Nacional do Cinema)

A relação entre os meios de comunicação e os esportes é complexa, uma vez que os meios de comunicação têm interesse nos eventos esportivos e no grande público que acompanha as mais diversas modalidades. Os diversos esportes geram manchetes e conteúdo que é apreciado pelos espectadores e atraem público para os mais diversos meios de comunicação. Público significa também um número maior de anunciantes e, conseqüentemente, um incremento na renda do veículo de comunicação.

Ao longo deste trabalho trataremos de algumas situações de tensão entre os meios de comunicação e as modalidades esportivas, abordaremos também a estrutura desses direitos de transmissão diante da propriedade intelectual e aspectos da criação e da comercialização dos direitos.

1. A televisão no Brasil

A televisão em sua origem foi uma criação coletiva envolvendo a contribuição de diversos inventores em que, cada um, de uma forma própria, contribuiu para se alcançar um resultado final. A televisão pode ser considerada como uma das grandes invenções da década de 20, por vislumbrar a possibilidade de transmissão e de recepção de sons e imagens de uma forma nova. O envio das ondas de transmissão permitiu um dinamismo na difusão da informação, que antes estava restrito ao rádio e, conseqüentemente, limitado à forma sonora de difusão. E serviu como um revolucionário meio de comunicação de massa.

No caso brasileiro, especificamente, a TV aberta surgiu na década de 50, mais especificamente no dia 18 de Setembro de 1950, com o início das operações da TV Tupi em São Paulo. Em 1952, surge a TV Paulista e, em 1953, a TV Record. Somente em 1956 passa a haver a interiorização da televisão e se iniciam as transmissões vespertinas¹. Passando para os anos 60, nesta década houve significativas inovações como a introdução do “videotape”, que se tratava de uma cópia, mas sem edição de programas. Por exemplo, partidas de futebol que eram transmitidas ao vivo no rádio eram posteriormente transmitidas na televisão utilizando-se o videotape.

Na década de 70, houve a popularização dos aparelhos televisores na Europa e na América do Norte, fato que posteriormente também veio a ocorrer no Brasil. Houve também a expansão dos canais e da grade de programação. Ainda nesta década, cabe destacar o fato de que logo em seu início houve um marco importante para a transmissão televisiva, a Copa do Mundo de 1970, que foi o primeiro evento esportivo de grande porte a ser televisionado ao vivo para a maior parte do mundo.

¹ PORTELA, Vinícius Alves. *Fundamentos da Atividade Cinematográfica e Audiovisual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 64.

Num momento posterior, surge a TV a cabo, que inicialmente tinha por fundamento permitir a transmissão do sinal em áreas montanhosas, mas que ao longo do tempo se tornou uma opção de transmissão de programação com um maior número de canais e diversidade de conteúdo, criando um novo modelo de negócio ligado à radiodifusão. No Brasil, a TV por assinatura tem o início de suas operações em 1993.

Um ponto relevante relacionado à TV a cabo e às transmissões esportivas é que esta modalidade de difusão de conteúdo criou um novo segmento para as transmissões de esportes, visto que a ampliação do número de canais abriu a possibilidade da criação de programação voltada para públicos e perfis mais específicos, como os especializados em esportes². Complementarmente, tais canais criaram uma demanda por eventos esportivos, ou seja, iniciaram a transmissão televisiva de alguns esportes que antes somente eram assistidos no local de sua realização.

Delineando as tendências para a televisão³, há uma perspectiva de mudança significativa nos três principais elos de sua cadeia produtiva. Inicialmente, no campo da produção, existe uma tendência relacionada à ampliação da diversidade de programação. Tal diversidade é um efeito das novas tecnologias que diminuirão e diminuirão, significativamente, os custos de produção de obras audiovisuais. No que diz respeito à difusão, também existe uma diminuição de custos afeta às novas tecnologias. Complementarmente, o custo será cada vez menor de produção e comercialização de aparelhos televisores, o que permite uma significativa ampliação de quantidade e, por conseguinte, do acesso à TV aberta. Poucas tecnologias tiveram amadurecimento comercial tal como a de aparelhos televisores, recentemente. Cabe ainda destacar que a convergência entre meios de difusão permite também a ampliação de meios de exibição do conteúdo. Em outras palavras, se antes era necessário uma televisão para se ter acesso, atualmente computadores, celulares e outros instrumentos permitem assistir ao conteúdo disponível.

No que diz respeito especificamente às transmissões esportivas, vislumbra-se que a diminuição dos custos de produção e de transmissão facilita a inserção de novas modalidades e ligas esportivas. Além do mais, as novas tecnologias que estão sendo desenvolvidas permitem uma melhoria das

² Cabe referência a formação da ESPN, Inc. que teve suas operações iniciadas em 1979, dirigidas especificamente para a transmissão de eventos esportivos de interesse do público norte-americano. Ao longo do tempo, tal empresa cresceu significativamente e hoje está presente em cerca de 200 países do mundo, incluindo o Brasil e transmite programação em 16 línguas.

³ Destaca-se a força da televisão, principalmente da TV aberta, no Brasil frente a outros meios que ainda estão em ascensão pelo IBGE. Fonte: IBGE - Pesquisa relativa ao acesso à internet e a telefonia móvel para uso pessoal. Análise dos Resultados. Acessado em 17 de março de 2009 no endereço: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/acessoainternet/default.shtm>. A TV aberta está presente em 95,2% dos municípios brasileiros, conforme dados do IBGE. O mercado faz uma estimativa de 60 milhões de aparelhos em funcionamento nos lares do país e considerada uma média de 1,4 televisor por domicílio. Tais dados permitem demonstrar a força da TV aberta e da televisão em geral, como meio de comunicação de massa.

transmissões esportivas de forma a torná-las cada vez mais atrativas para o público. Em certos momentos até mesmo mecanismos que permitem a interatividade da audiência são utilizados para que o espectador deixe de ser um agente passivo. Cabe ainda destacar que a ampliação dos meios de difusão permite atingir públicos cada vez mais diversificados e em diferentes lugares. Em termos práticos, se um evento não é transmitido na televisão de seu país, ele pode vir a ser assistido pela internet.

2. As transmissões esportivas

As transmissões esportivas gozam de certas peculiaridades em relação ao gênero, transmissão televisiva. Como observado anteriormente, a transmissão televisiva caracteriza-se como o sinal de radiodifusão transmitido de um ponto emissor e que alcança diversos pontos receptores ao mesmo tempo. O conteúdo transmitido pode variar significativamente do jornalismo à programação infantil e à telenovela. Desta forma, existe um gênero, que é a transmissão televisiva, e uma espécie, a transmissão esportiva, que é abordada neste trabalho.

O esporte desperta grandes paixões e emoções, seja a torcida pelo seu time ou pelos atletas de seu país, nas diversas modalidades. É fácil constatar que os mais variados eventos esportivos assumiram, ao longo do tempo, significativa relevância social e, conseqüentemente, mercadológica⁴. Como um evento esportivo acontece em um momento específico, existem várias barreiras que limitam a audiência de tal evento. Estas barreiras podem dizer respeito à limitação da quantidade de público, ao valor do ingresso, ao local de realização do evento e até mesmo acerca do simples desconhecimento de determinada modalidade esportiva. Com a transmissão televisiva existe uma significativa ampliação do público, passando de uma escala de milhares de espectadores para uma escala de milhões de telespectadores⁵. A título exemplificativo, cabe menção a transmissão de eventos como a Copa do Mundo e as Olimpíadas que atraem uma audiência na esfera dos bilhões de espectadores⁶.

⁴ No aspecto mercadológico, importante registrar o crescimento europeu dos rendimentos associados ao futebol - "According to Deloitte, an accounting firm which publishes an annual review of the sport's finances, total revenues of the "big five" European leagues rose to €7.1 billion (\$11.3 billion) in 2006-07 from €2.5 billion in 1996-97. Most of the increase came from broadcasting". Revista The Economist, edição de 31 de julho de 2008, The Business of Sport.

⁵ Neste ponto destacamos a seguinte notícia da empresa especializada em pesquisas Nielsen: "A questão do horário, adiantado oito horas em relação a Greenwich, não foi suficiente para afastar os telespectadores da Olimpíada de Pequim, realizada entre agosto e setembro deste ano. De acordo com a Nielsen, 4,7 bilhões de pessoas em todo o mundo assistiram aos jogos em algum momento, registrando a maior audiência de um evento global na história". Para Eliane Dal Colleto, gerente de Comunicação da Nielsen Brasil, além de os esportes atraírem milhares de (tele)espectadores naturalmente, alguns eventos deste ano trouxeram momentos memoráveis (...). Hiperlink: http://www.br.nielsen.com/news/ano_dos_esportes.shtml, acessado em 03 de abril de 2008.

⁶ Cabe reproduzir o observado por Leonard Mogel em seu livro: "Sports broadcasting is global. In 1990, one huge international event, soccer's World Cup final, was beamed to 167 countries and drew a huge audience of

Outro aspecto é que o evento esportivo é único. Somente há uma final de Copa do Mundo de 1994 acontecendo em certo momento e lugar, por exemplo. Em regra, o espectador deseja assistir ao evento no momento em que ele ocorre, o que poderia servir de base para uma caracterização econômica do bem, cuja escassez pode trazer significativas alterações no mercado e que não admite a substituição. O pesquisador Leonard Mogel⁷ aponta para o fato de que os diversos canais de televisão possuem uma divisão específica para a parte de esportes. Para o sucesso das transmissões esportivas é preciso concluir os arranjos contratuais com os titulares dos direitos de transmissão com grande antecedência. E depois seguir com o planejamento, comercializar o espaço publicitário, contratar pessoal e organizar toda a infra-estrutura, para que seja realizada a devida cobertura dos eventos.

Desta forma, considera-se a transmissão de eventos esportivos como um significativo meio de atrair audiência para um determinado canal de televisão. Cabe registrar que o modelo de negócio da TV aberta tem como principal receita a publicidade exibida ao longo da programação. Seguindo tal raciocínio, chega-se à conclusão lógica de que quanto maior a audiência, maior será o número de pessoas que serão atingidas por uma publicidade veiculada. E quanto maior o número de pessoas expostas a uma propaganda, mais o canal poderá cobrar pela exibição de uma obra publicitária e quanto maior a receita de um canal, maior será a capacidade de investimento. Por conseguinte, o capital investido em grande monta tende a trazer uma melhoria na qualidade da programação como um todo e até mesmo para adquirir outras licenças de modalidades esportivas.

Em análise com viés mercadológico, é estabelecido que a transmissão de esportes é valorizada por conta de três motivos: a programação esportiva serve como um veículo para atrair anunciantes e um meio de atrair público para outros programas do canal de televisão (por exemplo, através da divulgação de outros programas do canal); a transmissão de programas esportivos atrai principalmente um público masculino, alvo difícil de ser alcançado pela publicidade e tal especificidade acaba justificando um acréscimo significativo no valor pago pelo espaço publicitário; por fim, em se tratando da entrada de novos agentes no mercado televisivo, a transmissão de eventos esportivos tende a ser uma forma de atrair público para a programação de um novo canal, fortalecendo, ainda, a sua identidade. No setor de televisão, tais bens intangíveis são denominados de benefícios complementares (“ancillary benefits”).

*1.06 billion. In terms of telecasts, the 2000 Summer Olympics in Sidney holds the ratings record, with an audience of 3.7 billion”. Podemos ainda complementar que em nossa opinião achamos bastante provável que tais números tenham aumentado na Copa do Mundo da Alemanha em 2006 e nas Olimpíadas de 2008, em Pequim. MOGEL, Leonard. *This Business of Broadcasting*. Nova Iorque, EUA: Watson-Guption Publications, 2004. p. 133.*

⁷ MOGEL, Leonard. Ob. Cit. p. 46-47.

Cabe destacar que no mercado brasileiro as transmissões esportivas gozam de significativa relevância para o público, mantendo a mesma tendência observada em outros países.

3. As transmissões esportivas sob a perspectiva das entidades esportivas

Sob a perspectiva do esporte ou, mais especificamente, das entidades organizadoras das modalidades desportivas⁸, verificamos que as espécies de modalidades profissionais⁹ têm como principais fontes de receita os patrocínios diretos associados aos mais diversos agentes do mercado, que desejam veicular suas marcas associadas a determinadas atividades. Desta forma, uma empresa de alimentos patrocina um time de voleibol porque deseja associar sua imagem à saúde e à dinâmica dos atletas daquele time. Logicamente, quanto mais bem sucedido ou quanto mais for ser exposta a imagem do patrocinador, mais alto tende a ser o valor do patrocínio.

Ao longo do tempo alguns esportes foram se profissionalizando, ampliando a sua divulgação e, oportunamente, a transmissão como um todo. Como exemplo de tal crescimento, cabe mencionar que as três principais redes de televisão norte-americanas, ABC, CBS e NBC, em 1970, transmitiram cerca de 800 horas de eventos esportivos ao vivo. Em 1980, com o advento da TV a cabo, houve um significativo incremento do número de horas de eventos esportivos transmitidos ao vivo, que atingiu 1.700 horas. Em 2003, foram transmitidos mais de 5.000 horas de eventos esportivos ao vivo, sem incluir programação local ou regional de interesse de um público mais específico.

A transmissão esportiva está diretamente relacionada ao binômio público e patrocinadores. Por um lado, não há mais restrição ao público presencial, o público pode assistir à partida pela televisão, mesmo estando em outra cidade ou país. Complementarmente, os patrocinadores passam a ter uma veiculação maior de suas marcas, independente da que vimos anteriormente afeta à publicidade na televisão. A veiculação de marcas inclui bancos, fabricantes de carros, de produtos alimentícios, de medicamentos e empresas de celulares, que têm interesse em divulgar ou fortalecer suas marcas perante certos públicos. E também fabricantes de produtos desportivos, que vendem, diretamente, aquele produto identificado por sua marca, como camisas de times e seleções de futebol;

⁸ Como exemplos nacionais de tais entidades temos a CBF – Confederação Brasileira de Futebol, o Clube dos Treze, também relacionado ao futebol, a CBV – Confederação Brasileira de Voleibol, a CBB – Confederação Brasileira de Basquetebol, a CBA – Confederação Brasileira de Atletismo. Cabe observar que existem federações no âmbito estadual como a Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro e a Federação de Voleibol do Estado do Rio de Janeiro, assim como organizações que atuam na esfera internacional, como é o caso da FIFA, com sede em Zurique, na Suíça e a FIBA, no basquetebol.

⁹ Por uma questão de ordem prática, não abordaremos neste momento as ligas esportivas amadoras. Também não trataremos de eventuais investimentos feitos pelo Estado nas práticas desportivas, que deve ser focado na concretização de políticas públicas e sociais cuja fundamentação pode variar bastante, desde políticas públicas afetas à educação até as políticas públicas de geração de emprego e renda. De qualquer forma, ressaltamos que estes investimentos em diversos momentos são essenciais para as diversas modalidades esportivas.

ou indiretamente, através do atleta amador que adquire produtos esportivos para a sua prática pessoal como, por exemplo, calçados desportivos, raquetes ou camisas de secagem rápida para a prática da atividade.

Portanto, sob a perspectiva do esporte é importante ampliar a sua base de público. Em um primeiro momento, a ampliação serve para profissionalizar a modalidade, mas em um segundo momento visa fortalecer a prática da modalidade e até mesmo criar eventos esportivos que têm a área de um grande espetáculo¹⁰. Ademais, a ampliação da receita permite investir em infra-estrutura, novos talentos e diversos modelos de negócio, assim por diante. Partindo-se da premissa de que o público é um bem que tende à escassez, a capacidade de atrair público sempre será um aspecto relevante¹¹. Explicando de forma breve a noção econômica de escassez está a ideia de que o público não é algo infinito, está limitado, por exemplo, pelo número de aparelhos de televisão ou pela quantidade de horas que uma pessoa consegue assistir televisão. Ademais, se um espectador estiver assistindo a uma partida, em tese não poderá assistir à outra concomitantemente.

Em vista do exposto, é relevante considerar que a relação entre a televisão e as modalidades esportivas gera, para ambas, um proveito. Para a televisão, pela capacidade dos esportes conseguirem gerar uma audiência e, conseqüentemente, ocupação e valorização do espaço publicitário. Por outro lado, as modalidades esportivas precisam da televisão como um meio para difusão, manutenção e ampliação de seu respectivo público, o que influencia na capacidade de manter e atrair novos patrocinadores para a modalidade, como consequência. Infelizmente, existem desequilíbrios em diversas relações neste setor, seja entre as empresas de radiodifusão na aquisição dos direitos, seja entre as empresas de radiodifusão e os titulares dos direitos de imagem e transmissão das modalidades esportivas.

4. A comercialização dos direitos de transmissão

Anteriormente, neste trabalho, foi estabelecida uma visão geral do segmento de transmissões esportivas e sua relevância para a televisão. O segmento de esportes, que deve ser considerado como

¹⁰ Sobre o tema, importante fazer menção ao Sr. Rooner Arledge, que foi um dos pioneiros da transmissão esportiva. Ele iniciou a sua carreira em 1960 na rede norte-americana ABC, onde trabalhou até a sua morte em 2000, tendo participado de nada menos do que dez coberturas olímpicas. Rooner Arledge introduziu técnicas como o “slow motion” (câmera lenta), o “stop action” e o replay instantâneo, assim como o uso de câmeras dentro da água e dentro de carros de corrida. Foi também o pioneiro no uso de “closes” e “extreme close-ups” para obter as expressões de atletas e técnicos em campo. Enfim, são exemplos de técnicas que fizeram as transmissões esportivas se tornarem verdadeiros espetáculos. MOGEL, Leonard. *This Business of Broadcasting*. Nova Iorque, EUA: Watson-Guptill Publications, 2004. p. 136.

¹¹ Curioso é o modelo norte-americano, em que as principais modalidades esportivas têm suas temporadas com um calendário não colidente, de forma a evitar uma concorrência predatória (concorrência por público, espaço nos meios de comunicação, etc.). Desta forma, as finais da temporada de basquetebol da NBA acontecem antes do início da temporada do futebol americano da NFL e apesar de concomitante com a temporada de beisebol da MLB, não são os principais momentos da liga de beisebol.

entretenimento, tem significativa importância na arrecadação de recursos publicitários para toda a cadeia envolvida na televisão, tanto na espécie fechada como na aberta¹². Desta forma, é muito importante para as empresas de televisão, no momento da aquisição dos direitos de transmissão esportiva, estabelecer bases na referida negociação que lhe permitam auferir um lucro significativo.

Por outro lado, para a representante das entidades esportivas que pretende comercializar os direitos de transmissão de um determinado evento, deve-se observar que a receita proveniente tende a ser uma importante receita de seus associados. É essencial que as entidades mantenham a capacidade de investir e ampliar a sua estrutura, assim como, o espaço físico de treinamento e de jogos, as categorias de base, investimentos em outros esportes, dentre outros. Um ponto que merece destaque é que estas receitas também são utilizadas para remunerar seus respectivos atletas e pessoal, fato que associado aos custos crescentes com a remuneração dos atletas de alta performance, verdadeiros astros, torna a conta bastante complexa.

Como um primeiro ponto é preciso estabelecer que as jogadas realizadas durante uma partida ou, ainda, os movimentos feitos pelos jogadores não são considerados expressões protegidas por direito autoral, por não se envolverem expressão artística no sentido técnico do termo^{13 14}. Desta forma, diferente de outras formas de expressão nas quais a lei confere um monopólio legal à exploração econômica, isso não acontecerá em relação a uma partida de futebol ou basquete. Em

¹² Para os pesquisadores Massimo Motta e Michele Polo os custos das empresas de TV são primordialmente custos fixos, ou seja, não há um aumento de custo associado a inclusão de mais um espectador. Por sua vez, os custos fixos podem ser divididos em dois tipos, associados a questões tecnológicas ou institucionais ou a custos de programação. Abaixo reproduzimos parte da explicação para referência: *“In the TV business, most of the costs do not depend on the number of viewers that watch the programs, and are therefore fixed, while the costs of broadcasting the programs (including the advertising messages) to an additional viewer are negligible. (...) Within the fixed costs, we can distinguish between two broad subsets: a first class is basically determined by technological or institutional reasons. (...) The second class of costs refers to programming and includes production costs and the purchase of transmission rights: those costs are very sensitive to market size and the degree of competition, due to technical and, more substantially, quasi-rent reasons. A very popular program costs more because the cost of scarce input needed (talent) is pushed up by competition among TV-channels”*. MOTTA, Massimo; POLO, Michele. *Beyond the Spectrum Constraint: Concentration and Entry in the Broadcasting Industry*. In *Antitrust, Regulation and Competition – Central Issues in Contemporary Economic Theory and Policy*. (org. Mario Baldassari). Palgrave Macmillan: Nova Iorque, EUA, 2003. p.10

¹³ Esta observação é relevante, considerando que existem obras artísticas, como coreografias ou atuações teatrais em que os movimentos coordenados são uma expressão artística, e, conseqüentemente, são protegidos pelo direito de autor.

¹⁴ LANDES, William M., POSNER, Richard A.. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, EUA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. p. 106-107. Cabe menção também a posição do professor Ascensão: *“Vamos deixar desde logo o direito de autor. Este não poderia estar em causa, porque o espetáculo desportivo não implica a criação ou a execução de obra artística ou literária. (...) No domínio dos bens intelectuais, o princípio não é o da universalidade, mas sim o da tipicidade da proteção”*. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 506.

outros aspectos ligados ao evento esportivo poderá se discutir a existência de direitos de autor¹⁵ e direitos conexos em relação a outros pontos da transmissão, mas estes não existem em relação à partida propriamente dita.

No entanto, haverá o direito de imagem¹⁶ do jogador e demais envolvidos nos eventos esportivos. Trata-se de direito protegido constitucionalmente¹⁷ e pelas normas que a regulamentam, i.e., o Código Civil e a Lei No. 9.615/98, sendo considerado como uma extensão do direito da personalidade¹⁸. Desta forma, é imprescindível a prévia autorização para uso de tal imagem, que poderá ser feita com base contratual ou em bases legais.

Na forma contratual, o jogador ao celebrar contrato de trabalho¹⁹ com uma entidade esportiva ou com uma confederação, no caso dos selecionados nacionais, deve dar uma autorização expressa

¹⁵ Por exemplo, direito autoral sobre o hino do clube ou sobre o escudo de um time.

¹⁶ O Professor Posner, em conformidade com a doutrina norte-americana, faz menção ao direito à publicidade que tem relação com o direito de imagem, cabendo reproduzir sua lição: “(...) *the ‘right of publicity’, gives a person the right to prevent the use of his name or face in advertising without his consent. The right is invoked most frequently by celebrities who are not shy but merely want to control the marketing of the right to use their name or face in advertising in order to maximize their income; hence its name*”. POSNER, Richard A. *Overcoming Law*. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1995. p. 533.

¹⁷ Artigo 5o, CRFB/88: X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a *imagem* das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (grifo nosso) XXVIII – são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

¹⁸ Oportuno registrar algumas decisões judiciais interessantes. A primeira diz respeito ao uso indevido e não autorizado da imagem de jogadores em álbuns de figurinhas, em que restou decidido ser necessária a autorização. Uma outra decisão, trazida pelo Professor José de Oliveira Ascensão, é assim narrada por ele: “Numa importante decisão, o Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara condenou, em 27 de junho de 1974, a Siemens, por ter difundido uma fotografia do jogador de futebol Jairzinho, com a legenda: ‘A Siemens iluminou o gol da vitória’. Fundou-se num direito da personalidade, distinguindo a utilização de fotografia de personagem pública para fins de informação, e a sua utilização junto a mensagem publicitária”. ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. Cit. p. 507.

¹⁹ A lei estabelece a obrigatoriedade da celebração de contrato formal de trabalho nas hipóteses de prática profissional de um determinado esporte, na forma do inciso I, do parágrafo único, do artigo 3º, da Lei No. 9.615, Estatuto do Desporto: Art. 3º (...), Parágrafo único. O desporto de rendimento pode ser organizado e praticado: I - de modo profissional, caracterizado pela remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva.

²⁰ Neste ponto, cabe menção à ação movida pelo jogador de futebol Gamarra em face do Flamengo, seu ex-clube, em que pedia a rescisão do contrato na Justiça Trabalhista. Por conta de um conflito de competências, a discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça. Na decisão do STJ foi apontado que (...) “o contrato principal é o de trabalho; o outro, o contrato relativo ao uso de imagem, é acessório e só pode funcionar e ser interpretado em função do principal, pois nada mais é do que um suplemento do contrato de trabalho, assim sendo, é da Justiça Trabalhista a competência para o julgamento de litígios oriundos desses contratos. STJ - Conflito de

para o uso de sua imagem. Este direito não pode se dar por um período superior a um ano²¹, podendo, entretanto, ser amplo ou limitado.

Em certos casos, poderá ser acordado um direito recíproco de uso da imagem. A autorização recíproca, rara no Brasil, está ligada à possibilidade do jogador obter autorização para fazer uso da imagem do clube em questões pessoais, próprias como, por exemplo, em seu *website*, em certos eventos não-esportivos (profissionais ou de caridade) e, eventualmente, até mesmo em publicidade. No Brasil, a regra é a adoção de uma cláusula padrão da autorização para uso do direito de imagem pelo clube em hipóteses previsíveis. As situações não previstas que venham a surgir serão negociadas caso a caso.

As hipóteses onde a autorização para uso é feita com base na lei são mais complexas do que as contratuais. Inicialmente, é preciso mencionar que a antiga lei de direito autoral – Lei No. 5.988/73 - estabelecia como um dos direitos conexos ao direito de autor o direito de arena²². Tratava-se de uma inovação brasileira que buscava estabelecer um critério geral para o direito de imagem dos atletas. Há pontos positivos em normatizar esta questão, considerando que o estabelecimento de um padrão normativo visa garantir a segurança jurídica para as partes e terceiros interessados. E, neste sentido, o direito de arena deixa claro quem será o beneficiário, no caso, as entidades esportivas. Por outro lado, existem algumas críticas. Em primeiro lugar, retira-se a autonomia da vontade das partes, mas, ao mesmo tempo, de forma incoerente, permite-se no parágrafo único do artigo 100, que se disponha em sentido contrário sobre os aspectos financeiros da relação. E, ainda, por se tratar de uma norma geral, deixa lacunas no que diz respeito a eventuais peculiaridades de cada esporte. Enfatizamos, todavia, que tal modalidade não está mais em vigor, pois a Lei No. 5.988/73 fora revogada.

A atual lei de direitos autorais, a Lei No. 9.610/98, não traz menção ao direito de arena. No entanto, o Estatuto do Desporto, Lei No. 9.615/98, promulgado cerca de um mês após lei de direitos de autor, faz ressurgir o direito de arena, com praticamente a mesma redação adotada na revogada lei de direitos autorais. Estipula o artigo 42, do referido estatuto:

Competência Nº 69.689 - RJ (2006/0213793-4) – Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data: 23 de junho de 2009.

²¹ Conforme o disposto no artigo 28, da Lei No. 9.615, Estatuto do Desporto: Art. 28 (...), § 7º É vedada a outorga de poderes mediante instrumento procuratório público ou particular relacionados a vínculo desportivo e uso de imagem de atletas profissionais em prazo superior a um ano.

²² Lei No. 5.988/73 - Do direito de arena: Art. 100 - À entidade a que esteja vinculado o atleta, pertence o direito de autorizar, ou proibir, a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos de espetáculo desportivo público, com entrada paga. Parágrafo único. Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo. Art. 101 - O disposto no artigo anterior não se aplica à fixação de partes do espetáculo, cuja duração, no conjunto, não exceda a três minutos para fins exclusivamente informativos, na imprensa, cinema ou televisão.

Art. 42. Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem.

§ 1º Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins, exclusivamente, jornalísticos ou educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três por cento do total do tempo previsto para o espetáculo.

§ 3º O espectador pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Desta forma, houve a manutenção de uma questão fundamental. O direito de imagem é de titularidade do atleta, enquanto o direito de arena é atribuído à entidade a qual o atleta estiver vinculado. O direito ao uso da imagem do atleta é transferido à entidade desportiva contratualmente. De posse da capacidade contratual de negociar o direito de imagens dos atletas que compõem o seu elenco, a entidade desportiva pode negociar, autorizar e proibir a fixação, transmissão ou retransmissão de imagens do evento desportivo.

Antes de abordar a natureza dos direitos de transmissão, faz-se importante registrar três observações em relação ao dispositivo acima reproduzido. Em primeiro lugar, no parágrafo 1º, do artigo 42, do referido estatuto, o legislador tentou corrigir sutilmente a redação no que diz respeito ao percentual devido aos atletas por conta do direito de imagem, através da inserção da expressão “no mínimo”. Entretanto, ainda persiste a confusão por conta da redação que se inicia com a expressão, “salvo disposição em contrário”, que pode dar margem a interpretações diversas, inclusive no sentido de que a remuneração pode ser inferior ao percentual de vinte por cento. Ademais, os atletas continuam sem ter como fiscalizar se a remuneração está sendo paga de forma correta, considerando que, em muitos casos, não têm acesso ao montante arrecadado em bilheteria e, em regra, não têm conhecimento dos valores negociados nas transações de direitos de transmissão. Em segundo lugar, cabe mencionar a alteração no uso de imagens para fins jornalísticos, na forma do parágrafo 2º, do artigo 42. Houve uma alteração do critério de três minutos para três por cento do tempo do espetáculo, utilizando-se como paradigma uma partida de futebol, o que não gerou significativo impacto, já que três por cento dos noventa minutos de uma partida de futebol são cerca de três minutos. No entanto, este critério tende a gerar complicações em relação a outros esportes, principalmente naqueles onde as provas são muito rápidas, como uma corrida de 100 metros rasos ou 50 metros de nado livre. Isto porque restaria a dúvida sobre quanto tempo exatamente poderia ser transmitido para efeitos

jornalísticos. Constatase, portanto, que não foi adequado tratar sobre este tipo de questão através da lei, de forma tão taxativa, pois a lei é genérica, sem considerar as especificidades de cada modalidade esportiva. Por fim, em terceiro lugar, nota-se que o parágrafo 3º, do artigo 42, traz importante inovação sobre o tema, pois equipara os espectadores aos consumidores de forma expressa. Inclui-se o torcedor num sistema jurídico com proteção constitucional e legal. Alguns direitos dos torcedores e deveres dos organizadores tendem a se fortalecer, como o direito à segurança do consumidor/espectador.

A análise da natureza dos direitos de transmissão também é complexa. Os professores Landes e Posner²³, como afirmado anteriormente, também compreendem que não há direito autoral sobre a prática desportiva. Todavia, ao analisarem o caso *National Basketball Association v. Motorola*²⁴ mencionam que poderia haver a hipótese de uma apropriação indevida, *misappropriation*, dos direitos de transmissão. Ou seja, em que pese o fato de a lei não ter conferido o monopólio sobre aquele conteúdo através de um direito autoral, se este direito estivesse na esfera do domínio público, podendo ser apropriado por qualquer um, não haveria incentivos para que o agente criasse os fatos e, simplesmente estes eventos esportivos deixariam de existir e de serem assistidos. Desta forma, os professores comungam do mesmo entendimento adotado na decisão do caso, no sentido de que o serviço “SportsTrax” da Motorola não infringia os direitos sobre a transmissão de titularidade da NBA, por considerar que era um serviço meramente informacional e não visava competir ou se apropriar dos direitos da NBA.

Uma visão bastante interessante e com fundamentação muito pertinente é a do professor José Oliveira Ascensão. Ele insere o direito de arena dentro de uma noção maior denominada de “direito ao espetáculo”, que teria natureza consuetudinária, costumeira e não legal, tendo por fundamento a proteção ao investimento e o risco assumido pelo agente que organizou o evento. Em relação a todos os espetáculos, haveria um princípio da inadmissibilidade da sua transmissão sem autorização de quem organizou o espetáculo. Segue o professor observando que o titular do direito não seriam, por exemplo, os clubes participantes de uma partida de futebol, mas sim o organizador do espetáculo, aquele que tem domínio do conjunto dos agentes envolvidos. E a este empresário deveria ser reconhecido o direito de exclusão em relação às transmissões do evento, que se justificaria no fato de a atividade organizativa necessitar de tutela, não podendo ficar sujeita ao aproveitamento parasitário de terceiros. Neste contexto, cabe reproduzir uma parte da explicação do professor Ascensão neste ponto:

²³ LANDES, William M., POSNER, Richard A.. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, EUA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. p. 106-108.

²⁴ Referência da decisão norte-americana: 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997).

“Quanto a nós, não temos dúvida nenhuma em afirmar que esse fundamento é o costume. Para quem, como nós, considera o costume uma fonte de direito autônoma, que não depende de reconhecimento legal, o direito do empresário ao espetáculo é um exemplo acabado de costume *praeter legem* vigente genericamente em todas as ordens jurídicas”²⁵.

Em vista do exposto, a relação jurídica estabelecida teria um terceiro agente. O primeiro é o atleta, titular do direito de imagem, que autoriza contratualmente o uso desta imagem pelo segundo elemento, a entidade esportiva. Esta entidade poderá utilizar o direito de imagem de seus atletas na forma autorizada, ao mesmo tempo em que é titular do direito de arena que lhe confere o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participe. Como um terceiro elemento, o organizador de evento esportivo, através de contrato, adquire o direito de arena das entidades esportivas e, em seguida, com fundamento no direito costumeiro, poderia comercializar parte dos direitos envolvidos para terceiros, dentre os quais o direito de transmissão de sons e imagens. Paralelamente, os organizadores detêm também o direito de excluir o uso de imagens daquele evento por terceiros não autorizados. Em termos práticos, na maior parte dos casos, os organizadores dos eventos esportivos são as federações, associações e confederações esportivas.

Uma visão alternativa sugere que seria possível outra forma de negociação em separado entre cada clube e um canal de televisão, esta forma de negociação é utilizada em relação aos direitos do campeonato mexicano de futebol²⁶. Haveria a possibilidade de um único agente do setor televisivo celebrar contratos com todos os clubes e, de forma indireta, obter a exclusividade sobre um campeonato. Por outro lado, haveria a possibilidade de uma negociação mais eficiente, com possibilidade de mais agentes do setor televisivo adquirirem os direitos de transmissão, inclusive canais menores e até mesmo concessionárias regionais, o que não acontece quando a compra e a venda destes direitos é feita de forma centralizada. Os críticos à aquisição individualizada apontam que a compra traria instabilidade para o sistema, pois os jogos são realizados entre dois clubes e haveria incerteza, por exemplo, em situações em que os dois clubes que vão jogar têm contratos de exclusividade com canais de televisão diferentes. Nesta hipótese, qual canal poderia transmitir o jogo? Os dois canais, somente um dos canais ou só o canal que tem contrato com o time que joga em casa? Outra crítica diz respeito ao fato de que times com maior apelo popular teriam uma propensão a auferir maior remuneração pelos canais de televisão, enquanto times menores ou mais novos teriam

²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. Cit. p. 506.

²⁶ Fazemos menção ao campeonato organizado pela Federación Mexicana de Fútbol Asociación, A.C., ou FEMEXFUT, conhecido como Primera División.

uma remuneração menor e dificuldade em alcançar bom desempenho ou permanecer na primeira divisão, pois teriam receitas menores. Considerando que as receitas de direitos de transmissão compõem parte significativa das receitas de um clube, haveria o risco dos clubes considerados grandes serem sempre mais bem capacitados e preparados, diminuindo a competitividade e o equilíbrio de um determinado campeonato.

Neste momento, cabe indagar sobre qual é o modelo adotado no Brasil. Sabe-se que existe uma grande tendência à centralização dos direitos de transmissão em torno de federações ou associações. Todavia persiste a indagação sobre como é efetivada a divisão dos valores recebidos pela associação ou federação entre os seus membros. Para responder a este questionamento seria necessário analisar algumas “caixas pretas” cujo conteúdo é inacessível. Não obstante à natureza de direito privado presente na relação entre as empresas de televisão e o Clube dos Treze, por exemplo, há que se registrar que as redes de televisão são concessões de serviços públicos²⁷, ou seja, prestam um serviço público e, desta forma a transparência é inerente à sua atividade, dada a natureza e relevância social do serviço. Associado a isto, ao cidadão é assegurado direito de acesso a certas informações relativas aos serviços públicos que lhe são prestados ou colocados à disposição. Neste contexto, o sigilo é a exceção. Cabe mencionar que, em diversos países, as informações acerca dos valores das aquisições dos direitos de transmissão esportiva são amplamente divulgadas, como também o faturamento das empresas de televisão.

No que diz respeito à relação estabelecida entre o Clube dos Treze e os clubes, este sigilo e outras condutas discriminatórias afrontam diretamente os princípios do Estatuto do Desporto – Lei No. 9.615/98. E quanto aos aspectos financeiros, há evidente descumprimento das seguintes normas estabelecidas no referido estatuto, abaixo reproduzidas, para facilitar a compreensão:

Art. 2º O desporto, como direito individual, tem como base os princípios:

(...)

Parágrafo único. A exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de atividade econômica sujeitando-se, especificamente, à observância dos princípios:

I - da transparência financeira e administrativa; (grifo nosso)

II - da moralidade na gestão desportiva;

²⁷ Nesta questão, cabe reproduzir parte do entendimento exposto pelo Ministro Demócrito Reinaldo em julgado afeto à matéria em discussão: “os serviços de radiodifusão sonora e de imagens e demais serviços de telecomunicações constituem, por definição constitucional, serviços públicos (...)”.

STJ - Mandado de Segurança No. 5.307/DF (97.0054287-4) – Relator Ministro Demócrito Reinaldo. Publicado no Diário Oficial de 02 de agosto de 1999.

III - da responsabilidade social de seus dirigentes;

Constata-se, portanto, que a ampla exposição da formatação do negócio estabelecido nos contratos e dos valores de comercialização já permitiria uma significativa ampliação da concorrência no mercado de transmissões esportivas. O sigilo, da forma como é utilizado, é incompatível com a função social dos esportes e dos meios de comunicação social de massa.

5. Aspectos da realidade brasileira

Uma característica que chama a atenção do setor de transmissões esportivas no Brasil é a concentração. Tanto a concentração em um esporte, o futebol, como a concentração em um meio de comunicação, a televisão²⁸, principalmente a aberta, e em canal específico, qual seja, a TV Globo.

Abaixo trazemos um dado que trata de forma objetiva a concentração na TV em torno da TV Globo.

Participação de Mercado, segundo os Níveis de Audiência – 2007 Geográfico: Brasil

Emissora	Participação de Mercado
Globo	48,2%
SBT	15,3%
Record	14,7%
Bandeirantes	5,1%
Rede TV	2,5%
Outros	14,2%

Fonte: Ibope Telereport PNT – Janeiro a Dezembro 2007.

Outro dado relevante diz respeito aos principais esportes transmitidos no Brasil, com ampla liderança do futebol e da TV Globo, conforme o quadro abaixo:

²⁸ Conforme dados do Ibope Pesquisa de Mídia, 96% dos domicílios brasileiros possuem uma televisão.

Audiências de Modalidades Esportivas 2003	
Modalidade Esportiva	Audiência Média (%)
Futebol (Globo)	30,1
GP F1 (Globo)	20
Vôlei (Globo)	14
Stock Car (Globo)	13
Futsal (Globo)	12
Fut Areia (Globo)	12
Treino F1 (Globo)	11
Motociclismo (Globo)	11
Futebol (Record)	5

Elaboração: McCannErickson /Fonte: SDE/DPDE.

Esta concentração, que traz vantagens para a eventual modalidade esportiva que seja veiculada neste canal, permite estabelecer uma parceria onde as duas partes tenham grandes benefícios. No entanto, outras modalidades, novas ou já existentes, possuem significativa dificuldade de entrada neste importante meio de comunicação, e de renda, tendo em vista a limitação do espaço na programação. Ademais, existe o risco de ser criada uma idéia do “ou a Globo ou nada”, ou seja, em uma negociação o representante da modalidade esportiva aceita condições que não aceitaria caso tivesse uma segunda opção de canal de televisão. Como a participação de mercado dos outros canais é muito pequena, existe o risco de ser criada uma situação dessas. Neste contexto, constata-se que, mesmo em modalidades nas quais o Brasil é bem-sucedido internacionalmente, como o vôlei, não se alcança um público televisivo apto a competir com o futebol.

Cabe observar que a concentração acima mencionada gera algumas distorções que são tratadas na esfera do direito antitruste, existem dois casos que consideramos muito importantes neste tema e estão sendo tratados no âmbito do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ambos os casos envolvem as Organizações Globo^{29 30}.

²⁹ Conforme ranking da Revista Exame, 36ª edição de “Melhores & Maiores” Julho de 2009, contendo dados do ano de 2008, as Organizações Globo estavam como o 38º maior grupo empresarial do Brasil, acumulando vendas num total de US\$4.088.737.000,00. Consta que o grupo atua integralmente no setor de comunicação possuindo um número de 104 empresas no grupo, entre controladas e coligadas. (p. 90). Registra-se, ainda, que a empresa Globo Comunicação e Participação S.A. é a 63ª em vendas no Brasil, com total de vendas em 2008 em cerca de

No primeiro caso, houve investigação no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência acerca de possíveis condutas adotadas pela Globosat impeditivas da concorrência, mais especificamente acerca da restrição do licenciamento dos canais produzidos por ela somente a empresas coligadas. Nosso interesse específico diz respeito aos canais Sportv e Sportv 2 e aos canais *pay-per-view*³¹. No segundo caso, houve investigação da Secretaria de Direito Econômico (“SDE”), do Ministério da Justiça, objeto de processo administrativo³², com parecer encaminhado ao CADE, e sob o qual houve a celebração de um termo de cessação de conduta. Este processo administrativo versa sobre condutas anticoncorrenciais adotadas pela TV Globo e o Clube dos Treze na negociação dos direitos de transmissão do campeonato brasileiro de futebol.

Conclusão

Neste trabalho objetivamos tratar de um tema bastante amplo e complexo de uma forma bastante resumida e simplificada, infelizmente não sendo possível exaurir o tema nesta oportunidade. No entanto, trouxemos subsídios para que os diversos agentes envolvidos, em diferentes modalidades esportivas, reflitam sobre o tema. A televisão é um meio muito importante de se estabelecer contato com o público e isto deve ser pensado dentro das federações e pelos gestores envolvidos nas várias modalidades esportivas.

Na perspectiva das diversas federações esportivas, é necessário buscar novos modelos de negócio, novas formas de comercializar as suas respectivas modalidades esportivas e as imagens e a emoção que compõem as diversas práticas. Quando se tratar de um nicho muito específico, a solução pode estar na TV a cabo ou na internet. No entanto, quando houver uma massa crítica significativa, é importante construir um modelo de negócio que permita a veiculação no âmbito da TV aberta.

Chamamos a atenção para o fato de que, apesar de a maioria dos canais de televisão operar em rede nacional, pode ser trabalhado um espaço para as transmissões esportivas junto às concessionárias regionais de televisão. Determinados esportes ou modalidades podem não gerar uma lucratividade atrativa caso venham a ser transmitidos em rede nacional, mas podem gerar boas receitas quando

dois bilhões e seiscentos milhões de dólares, um lucro líquido de quase cento e sessenta milhões de dólares e pagamento de impostos sobre as vendas de quase cento e quinze milhões de dólares. Suas exportações foram de treze milhões de dólares, correspondendo a 0,5% de suas vendas. (p. 148-149).

³⁰ Este grupo econômico concentra suas atividades no setor de comunicação de massa e entretenimento, como rádio, televisão e imprensa escrita. Atua em praticamente todos os ramos de mídia: televisão aberta, televisão fechada (em todas as tecnologias disponíveis – MMDS6, cabo e satélite/DTH7), rádio, jornais, revistas, Internet, dentre outros.

³¹ Termo de Cessação de Conduta celebrado em 31 de maio de 2006, aprovado pelo plenário do CADE em sua 374ª Sessão Ordinária. Relativo ao Processo Administrativo No. 08012.003048/2001-31.

³² Processo Administrativo No. 08012.006504/97-11.

transmitidos dentro de uma certa região, com receitas compatíveis a eventuais custos de aquisição dos direitos de transmissão e produção reduzidos por conta da limitação regional.

É necessário também estar atento para as novas tecnologias e a forma como estas inovações podem agregar à prática esportiva. Os custos de equipamentos para a captação de imagens e sons têm diminuído significativamente. É preciso ponderar entre o purismo e algumas demandas publicitárias, alguns esportes como o voleibol e o críquete tiveram que se adaptar às limitações de espaço para a transmissão esportiva e conseguiram abrir importantes espaços nos meios de comunicação. E, por fim, é preciso rever certos dogmas, como aqueles que vedam a transmissão de certos jogos para a cidade onde são realizados, fato que beneficia atravessadores de ingressos e restringe o acesso do público ao *pay per view*, afastando um grande público telespectador, sendo que sabemos que a experiência de assistir uma partida ao vivo ou pela televisão são experiências diferentes, mas complementares e que podem ser valorizadas em paralelo.

Não poderíamos também deixar de abordar que a concentração ora existente, narrada anteriormente, não é algo ideal nem para o público espectador nem para as federações e clubes, tampouco para o mercado publicitário. Desta forma, numa eventual persistência deste desequilíbrio, pode ser interessante uma ação do Estado no sentido de estimular um equilíbrio neste segmento do mercado, através de uma regulação pro-concorrencial.

Por fim, observamos que esta relação entre a televisão e as diversas modalidades esportivas é algo que tende a continuar. A possibilidade de gerar sons e imagens que alcançam um público cada vez maior não é um fenômeno que pode ser ignorado. Afinal, o esporte é, e deve continuar sendo, um grande espetáculo, um espetáculo de profissionalismo, confraternização, alegria e saúde, e a televisão tende a ser o melhor instrumento para fazer com que este espetáculo alcance um número cada vez maior de pessoas.

Bibliografia

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BLUMENTHAL, Howard J., GOODENOUGH, Oliver R. *This Business of Television*. 3a. edição. Nova Iorque: Billboard Books, 2006.

FEINTUCK, Mike, VARNEY, Mike. *Media Regulation, Public Interest and the Law*. Edinburgo, Grã-Bretanha: Edinburgh University Press, 2006.

LANDES, William M., POSNER, Richard A.. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, EUA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

MOGEL, Leonard. *This Business of Broadcasting*. Nova Iorque, EUA: Watson-Guption Publications, 2004.

MONTI, Mario. *Sport and Competition*. Excerpts of a speech given by the European Commissioner for Competition Policy at a Commission-organised conference on sports. Bruxelas, 17 de abril de 2000.

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. *Beyond the Spectrum Constraint: Concentration and Entry in the Broadcasting Industry*. In *Antitrust, Regulation and Competition – Central Issues in Contemporary Economic Theory and Policy*. (org. Mario Baldassari). Palgrave Macmillan: Nova Iorque, EUA, 2003

OCDE, Policy Roundtables - Competition Issues Related to Sports 1996

OCDE, Policy Roundtables - Regulation and Competition Issues in Broadcasting in the light of Convergence 1998

PORTELA, Vinícius Alves. *Fundamentos da Atividade Cinematográfica e Audiovisual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da Concorrência e a Obrigação de Contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SPEKMAN, Robert E. *NBC Sports: The Major League Baseball Television Rights Decision*. Darden Case No. UVA-M-0691. University of Virginia - Darden Graduate School of Business Administration. Charlottesville, VA, EUA: University of Virginia Darden School Foundation, 2004.

TOFT, Torben. *Sport and Competition Law*. Broadcasting Competition Law. Londres, 23 de fevereiro de 2005. European Commission, referência – Comp/C.2/TT/hvds D(2005).

WACHTMEISTER, A.-M. *Broadcasting of Sport Events and Competition Law*. Competition Policy Newsletter, 1998 – número 2, junho.

Domínio público fortalecido: acesso ao conhecimento e fonte de criações

Christiano Lacorte [◇]

Gabriela Arenhart ^{*}

Resumo: O presente artigo trata do instituto do domínio público e sua importância como fonte para novas criações. O texto aborda elementos que podem enfraquecer o acesso aos bens que compõem esse acervo comum, representando barreiras a um domínio público plenamente eficaz. Também são apresentados fatores que podem fortalecer esse repositório, ampliando o acesso aos bens intelectuais que o compõem.

Palavras-chave: Direito Autoral. Direito Moral de Autor. Direito Patrimonial de Autor. Domínio Público. Domínio Público Fortalecido

***Abstract:** This article deals with the institute of public domain and its importance as a source for new creations. The paper discusses factors that may undermine access to goods that make up this common corpus, representing a barrier to fully effective public domain. Also presented are factors that can strengthen this repository, expanding access to intellectual assets that comprise it.*

Keywords: Copyright. Author's Moral Rights. Public Domain. Strengthened Public Domain.

[◇] Mestrando em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), advogado, graduado em Direito e Ciências da Computação, com especialização em Tecnologias da Informação e extensão em Direito da Informática e Direitos Autorais.

^{*} Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), membro do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação da Universidade Federal de Santa Catarina (GEDAI/UFSC).

“O Domínio Público não é um resíduo deixado para trás quando todas as coisas boas já foram tomadas pelo direito de propriedade. O Domínio Público compõe a estrutura que suporta a construção da nossa cultura. Ele é, na verdade, a maior parte da nossa cultura.”

James Boyle, O Domínio Público.

1. Introdução

Domínio público é a regra, direito de exploração exclusivo é a exceção. Essa afirmação poderia ser a diretriz para o tratamento da proteção das obras artísticas e científicas protegidas pelo direito autoral. Afinal, após esse período de exploração da criação exclusivamente pelo autor, a obra passará ao acervo comum, terá acesso e utilização livre e servirá também para inspirar a criação de novas obras.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) tem reservado um importante espaço para a discussão do aprimoramento do tratamento dado ao domínio público, em face de entendimento da importância desse acervo cultural. Nesse sentido, importante mencionar as recomendações 16 e 20 da Agenda de Desenvolvimento¹ proposta aos países membros dessa organização na Assembleia Geral de 2007, que apontam a necessidade de medidas que fortaleçam o domínio público. A recomendação 16 propõe que se “considere a preservação do domínio público no âmbito dos processos normativos da OMPI e aprofunde a análise das implicações e benefícios de um domínio público rico e acessível”², enquanto a recomendação 20 aponta pela necessidade de se “promover atividades normativas relacionadas com a propriedade intelectual que deem suporte a um domínio público robusto nos Estados-Membros da OMPI, incluindo a possibilidade de preparar diretrizes que possam ajudar os Estados membros interessados em identificar o que está em domínio público dentro de suas respectivas jurisdições”³.

Ainda acerca da importância de um tratamento adequado ao domínio público é importante destacar a obra “Estudo exploratório sobre direitos de autor e direitos conexos e do domínio público”⁴, de autoria de Séverine Dusollier, professor da Universidade de Namur, na Bélgica. Esse estudo

¹ <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html>

² “Consider the preservation of the public domain within WIPO’s normative processes and deepen the analysis of the implications and benefits of a rich and accessible public domain.”

³ “To promote norm-setting activities related to IP that support a robust public domain in WIPO’s Member States, including the possibility of preparing guidelines which could assist interested Member States in identifying subject matters that have fallen into the public domain within their respective jurisdictions.”

⁴ “Scoping study on copyright and related rights and the public domain.”, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_7/cdip_7inf_2.pdf

apresenta diversas considerações a respeito da importância do domínio público dentro do sistema de direito autoral e aborda elementos que afetam a eficácia desse acervo comum.

Nesse tempo em que o acesso à informação e ao conhecimento está ao alcance de todos, por meio de computadores e da Internet, se questiona o modelo de proteção autoral vigente, justamente pela imposição de uma restritividade exacerbada no acesso aos conteúdos protegidos, que acaba cerceando a criatividade ampliada propiciada pelas ferramentas tecnológicas. Nesse contexto, o tema domínio público recebe grande destaque. O fortalecimento desse instituto representa uma resposta que vai ao encontro das expectativas trazidas com a tecnologia.

As próprias transformações tecnológicas podem estabelecer novos patamares de efetividade ao domínio público. Muito do que se cria tem ou teve como fonte obras pertencentes ao domínio público, direta ou indiretamente. Portanto, falar em um domínio público mais efetivo é falar de uma fonte de cultura mais acessível à sociedade e de um repositório de inspiração criativa de fato disponível aos artistas.

O presente artigo tem por finalidade abordar tópicos relacionados ao desenvolvimento desse domínio público mais efetivo, por meio de políticas, soluções tecnológicas, alterações normativas, que explorem as condições que possam fazer desse repositório de conteúdos não apenas uma grande base de acesso a bens intelectuais, mas também fonte para novas criações.

2. Domínio Público: definição e função

Enquanto o direito autoral garante, além dos direitos morais do autor, o direito patrimonial sobre a utilização da obra, o domínio público permite que o uso seja feito sem qualquer autorização, uma vez que, em uma interpretação restrita e simples, as obras em domínio público são aquelas nas quais o direito patrimonial do autor decaiu.

As obras que fazem parte do domínio público formam um conjunto de bens intelectuais comuns ao uso todos, os quais envolvem questões muito mais amplas e relevantes, referentes ao acesso ao conhecimento e à cultura, bem como a importância das obras ao patrimônio histórico-cultural do país – questão a ser desenvolvida ao longo do trabalho.

2.1 O que é domínio público?

Domínio público é o conjunto de obras nas quais não mais incide a proteção patrimonial do direito de autor, e que, em virtude disto, seu uso é livre, independente de autorização ou pagamento.

Os direitos autorais patrimoniais não são eternos e nem mesmo protegem todos os elementos intelectuais. Quando as obras são protegidas, este prazo é determinado, limitado a um período considerado suficiente para assegurar ao autor as benesses econômicas de sua criação.

A garantia legal desses direitos perdura durante setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor. Cessa-se a proteção dos direitos patrimoniais, pois os direitos morais, por sua natureza, não perecem no tempo, são imprescritíveis.

Quando do decurso desse prazo, os direitos patrimoniais do autor decaem, a obra passa a compor o domínio público. Incluem-se também neste rol, aquelas de autor desconhecido, bem como as de autores falecidos sem herdeiros, conforme mencionado no artigo 45⁵ da Lei de Direitos Autorais.

Conforme leciona Ascensão (Direito Autoral, p.353), “domínio público em relação à obra não representa nenhum domínio ou propriedade, mas simplesmente uma liberdade do público”⁶, ou seja, a partir do momento que se finda a proteção patrimonial da obra mediante o direito autoral, seu uso é livre, não carecendo de autorização ou pagamento, pois não há mais um titular exclusivo - o titular da obra caída em domínio público é a própria coletividade.

2.2 Qual a função do domínio público?

O domínio público é uma forma de ‘devolução’ ao seio da sociedade de algo que ela mesma propiciou ao criador da obra, um resgate ou pagamento, seja como for.” João Henrique Fragoso, em: Direito Autoral – Da Antiguidade a Internet

Domínio público efetivo é aquele que garante que as obras que o compõem possam ser amplamente acessadas, utilizadas por todos, quer reproduzindo-as, explorando-as, estudando-as, ou modificando-as para criar novas obras. A partir da possibilidade de múltiplos usos, o domínio público deve ser um referencial cada vez mais fortalecido e eficaz.

O acervo em domínio público deve consistir, acima de tudo, em matéria prima disponível para novas criações. Não se trata aqui de plágio dos trabalhos caídos em domínio público - uma vez que esses continuam protegidos pelos direitos morais do autor - mas de inspiração. Por exemplo, a obra de

⁵ Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Shakespeare, *Romeu e Julieta*, certamente serviu de referência para que outros romancistas também escrevessem histórias sobre um amor impossível com final trágico, incluindo nelas seus traços criativos característicos.

O acesso às obras em domínio público cria a possibilidade de inovações contínuas, ou seja, inovações ou modificações em uma obra já iniciada por outrem. Toma-se como exemplo uma obra literária, em que o autor faleceu no ano de 1940 - a obra, por sua vez, encontra-se em domínio público. A obra pode ser utilizada como fonte para a criação de outras obras, dela derivadas, o que só poderia ser feito antes com a autorização do detentor dos direitos patrimoniais sobre a obra. A obra em domínio público possibilita que a cultura seja enriquecida com novas obras.

A regra geral é que o uso comercial das obras tenha período relativamente curto. As obras de grande sucesso, no entanto, extrapolam tal limite, continuando a ser economicamente rentáveis após o período em que os direitos patrimoniais decaem, uma vez que permanecem sendo reeditadas e relançadas. A respeito disto, Lessig (*Cultura Livre*, p.222) leciona:

O verdadeiro dano [produzido pelos longos prazos protetivos, bem como pela inexistência de um domínio público efetivo] é gerado aos trabalhos que não são famosos, nem explorados comercialmente, e que, como resultado, não estão mais disponíveis.⁷

Tendo isto em mente, surge o interesse econômico do domínio público, qual seja, criar novos modelos de negócios a partir dessas obras. Uma vez que não incidem sobre elas os direitos patrimoniais, pressupõe-se que seu custo de reprodução e reinserção no mercado sejam menores. Essa prática é necessária, a fim de manter exemplares – inclusive das obras pouco conhecidas - disponíveis e acessíveis, com a finalidade de que a obra não venha a ser esquecida com o passar dos anos.

Está na essência do domínio público a garantia de liberdade de acesso e uso às obras que o compõe. A partir desta característica, deve-se entender esse acervo como um instrumento capaz de promover a eficácia de alguns direitos fundamentais, como o direito à educação, à cultura e à informação. Quando fortalecido e efetivo, as condições de acesso e informação são cada vez melhores, permitindo que o contato com o patrimônio cultural seja mais amplo, contribuindo de maneira primordial para o desenvolvimento intelectual.

⁷ LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre – Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Bloquear a Cultura e Controlar a Criatividade**. São Paulo: Trama, 2005.

2.3 Identificação do domínio público

A proteção autoral incide sobre uma obra intelectual a partir do momento em que ela é expressa, não carecendo qualquer formalidade.

Com isto, a maneira de identificar as características de uma obras - quando foi lançada, por qual autor, se há coautoria, se há direitos conexos - é eminentemente artesanal. Este método também dificulta a determinação de quando a criação passou a fazer parte do domínio público.

O elemento central para saber quando o direito patrimonial da obra decaiu é, em geral, temporal: conhecer a data do falecimento do autor (o último deles que vier a falecer, no caso de coautoria) e a partir deste marco, contar o prazo previsto no art. 41⁸, da Lei 9.610 de 1998, a Lei de Direitos Autorais.

O registro, ainda que não exigido para que a proteção passe a se exercer, é um instrumento que facilita o conhecimento das características da obra. Sobre isso, Lessig (*Cultura Livre*, p. 283) menciona: “Se formalidades como o registro fossem instauradas [...], um dos aspectos mais difíceis de contar com o domínio público seria removido. Ficaria fácil identificar qual conteúdo é presumivelmente livre”⁹.

O objetivo deste “formalismo” não é prejudicar o processo criativo, nem mesmo impor barreiras que dificultem o amparo da obra pelo direito autoral ou desestimular a criatividade, mas sim, dar mais segurança aos autores e aos usuários. Tal registro deve ser simples, de fácil acesso, passível de buscas e com disponibilidade online, a fim de dar visibilidade ao acervo disponível e garantir maior eficiência ao sistema.

Um exemplo fático de como o registro pode auxiliar na identificação de obras em domínio público é o “depósito legal” do Escritório de Direitos Autorais da Fundação Biblioteca Nacional, onde todas as obras ali registradas compõem um arsenal confiável e disponível à pesquisa, permitindo dar publicidade da data do falecimento do autor, e conseqüentemente, quando sua obra entrará em domínio público.

No entanto, os métodos disponíveis são pouco eficientes e requerem grande esforço por parte do usuário para que este identifique a real situação da obra. Para facilitar tal processo, novas alternativas estão surgindo. Uma delas é a criação de uma marca que identifica as obras livres de proteção patrimonial – a marca do Domínio Público, promovida pela organização Creative

⁸ Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

⁹ LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre – Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Bloquear a Cultura e Controlar a Criatividade**. São Paulo: Trama, 2005.

Commons¹⁰, que desenvolve e atualiza as licenças gerais públicas do mesmo nome – consistindo em uma maneira de reunir todos estes tipos de obras e universalizar a sua identificação. Assim como se pensou em identificar o copyright¹¹ pela marca ©, o objetivo é que obras em domínio público passem a ser reconhecidas pela marca abaixo:



A ideia do símbolo é comunicar a situação das obras a todos. A marca indica, portanto, que a obra é de livre utilização, reprodução e modificação, e ao tornar clara essa condição, aumenta a efetividade do acesso aos amplos e ricos acervos em domínio público.

3. Domínio público eficaz

Como indicado anteriormente, o domínio público tem por essência o fornecimento de um repositório de uso comum e público de obras que podem ser livremente reproduzidas, exploradas ou modificadas. Portanto, falar em domínio público eficaz significa que esse acervo comum está exercendo suas razões de existir, ou seja, que está disponível aos interessados em acessar as obras que dele fazem parte, e que o uso desses bens intelectuais está assegurado de forma que não traga prejuízos aos usuários. A seguir, são apresentadas tanto condições que podem limitar a eficácia do domínio público – fatores limitadores –, quanto reforçar suas características, ampliando o alcance benéfico das obras que o compõem – fatores fortalecedores.

3.1. Fatores Limitadores

Algumas situações podem influenciar restritivamente a disponibilidade e o acesso às obras em domínio público. Representam barreiras à efetividade desse acervo, haja vista limitarem, e por vezes até impedirem o pleno acesso e uso dos bens intelectuais que deveriam estar de fato disponíveis ao uso de todos. Desse modo, é importante que tais restrições sejam aplicadas de modo a ferir minimamente as funções do domínio público.

¹⁰ www.creativecommons.org

¹¹ O modelo norte americano de proteção autoral – denominado *copyright* – se difere do modelo adotado no Brasil, e estaria relacionado aos direitos de exploração econômica da obra.

3.1.1 Direitos morais perpétuos

A Lei 9.610 de 1998 – Lei de Direitos Autorais, em seu capítulo II, ao abordar os direitos morais do autor, não menciona expressamente a existência de prazo de vigência desses direitos. Além disso, menciona, no parágrafo primeiro do artigo 24¹², que alguns dos direitos mencionados nos incisos do caput desse mesmo dispositivo se transmitem aos sucessores. Neles estão incluídos os direitos morais de reivindicar a autoria da obra (nesse caso, o direito do herdeiro é o de defender a autoria do criador da obra, não dando ao herdeiro, claro, o direito de assumi-la), o de ter o nome do autor vinculado à obra, o de conservar a obra inédita e o de assegurar a integridade da obra.

O exercício desses direitos morais pelos sucessores do criador, indefinidamente, mesmo quando já se esgotou o prazo de proteção patrimonial e a obra passou a constituir o domínio público, pode reduzir a possibilidade de livre uso desse acervo. É o caso de uma adaptação de obra que seja questionada por parentes já distantes do autor, que poderiam alegar prejuízos à integridade da obra original, ou de obras inéditas do autor, já há muito guardadas, e que poderiam enriquecer o acervo público, caso em que o interesse público se sobreporia ao interesse particular do autor já falecido.

Os direitos morais são parte importante do sistema de proteção autoral e representam o vínculo efetivo do autor com a obra criada. Entretanto, há que se identificar quais dos elementos desses direitos devem se perpetuar no tempo – como o direito de ter o nome vinculado à obra – e quais devem ceder para que não haja desequilíbrio entre a observância desse instituto e o livre acesso às obras em domínio público.

3.1.2 Prazos de proteção excessivos

Os longos prazos de proteção aos quais estão submetidas as obras podem representar a perda definitiva de muitas delas. Durante esse período a obra pode deixar de existir, já que o tempo em que é explorada economicamente é, muitas vezes, menor do que o prazo de proteção.

Lessig (Cultura Livre, p. 19) aponta que esses prazos extensos limitam o acesso às obras e dificultam a possibilidade de mantê-las disponíveis quando caídas em domínio público:

Os recursos para preservação dessas obras [principalmente as antigas, cujo valor comercial é baixo] já são naturalmente escassos e a necessidade de enfrentar o labirinto de autorizações autorais simplesmente mata a possibilidade de sua preservação. O resultado são centenas de milhares de obras que caíram em domínio público, podendo ser preservadas, publicadas e digitalizadas por qualquer um, que

¹² § 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

acabam se deteriorando juntamente com seu suporte físico porque ninguém consegue autorização para lidar com elas.¹³

Ou seja, a proteção autoral não garante que a obra será preservada por seu titular e inclusive impede que outros assegurem sua existência. Essas restrições muitas vezes impedem que a obra venha a fazer parte do acervo em domínio público, uma vez que podem se perder antes que o prazo protetivo tenha cessado.

3.1.3 Acesso às cópias físicas da obra

Outra questão que pode limitar a efetividade do domínio público reside diretamente no exercício – legítimo – do direito de propriedade, mais precisamente no direito de impedir o acesso a uma cópia física de uma obra. Se essa cópia for a última, ou mesmo rara, de alguma obra que já esteja em domínio público, não se conseguirá reproduzi-la para que possa ser acessada de forma ampla.

É o caso, por exemplo, de uma pintura de Debret, guardada por um colecionador em sua casa, e que a mantém inacessível. Debret faleceu em 1848, portanto, suas obras já estariam em domínio público. Porém, no caso hipotético apresentado, a obra inacessível, mesmo que juridicamente faça parte do domínio público, pois já decorreu o prazo de proteção determinado em lei, não está, de fato, disponível.

Nessa situação, poderia haver dispositivos legais que encorajassem os proprietários de obras em domínio público a permitirem o acesso para reproduções dessa obra, ou mesmo colocassem reproduções da obra à disposição, por exemplo, em catálogos digitais. Ademais, quando esse acesso fosse impedido, se poderia pensar na atuação estatal, levando-se em conta o interesse público que permeia a questão. Nesse sentido, Denis Barbosa (*Domínio Público e Patrimônio Cultural*, p.12):

Entendo similarmente que haja uma obrigação estatal, à luz do art. 215 da Carta, de garantir os instrumentos de acesso ao domínio público autoral. Cópias de filmes que caem, em teoria, em domínio público, mas permanecem em poder dos titulares anteriores, obras plásticas inacessíveis à reprodução, mecanismos de derivação de obras com propósitos exclusivamente de frustrar a extinção do termo autoral – todos são mecanismos em relação aos quais haverá dever estatal de atuação.¹⁴

¹³ LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre – Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Bloquear a Cultura e Controlar a Criatividade**. São Paulo: Trama, 2005.

¹⁴ BARBOSA, Denis Borges. **Domínio Público e Patrimônio Cultural**. 2005. Disponível em: <www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/bruno.pdf>. Acesso em 25 abr. 2011.

3.1.4 Medidas técnicas de proteção

As medidas técnicas de proteção (MTP ou TPM, do inglês *Technical Protection Measure*) são implementações tecnológicas que vêm sendo utilizadas em obras digitais de modo restringir usos não autorizados. O problema ocorre porque muitas vezes esses mecanismos acabam se excedendo na proteção e impedindo mesmo aquelas utilizações que a própria lei permite, como as limitações aos direitos autorais. O mesmo ocorre quando a obra está em domínio público.

Assim, se um mecanismo tecnológico impede que se copie um CD ou de um DVD que contenha, por exemplo, uma música ou um filme, esse mecanismo estará impedindo que se reproduza um pequeno trecho para uso individual e sem fins comerciais, como previsto no inciso II do artigo 46¹⁵ da Lei 9.610 de 1998 – Lei de Direitos Autorais. Mas a situação agrava-se quando as obras passam a pertencer ao domínio público.

Obras em domínio público deveriam poder ser reproduzidas, executadas ou utilizadas sem nenhum tipo de restrição, salvo os direitos morais do autor (ver item 3.1.1). Uma medida técnica de proteção que impeça essas utilizações está criando barreiras à efetividade do domínio público; por essa razão, mecanismos tecnológicos que tenham a finalidade de proteger usos não autorizados devem ser implementados de modo que permitam as utilizações autorizadas, não apenas aquelas decorrentes da utilização natural daquele bem, mas também todos aqueles usos permitidos pela lei.

3.2 Fatores fortalecedores

A seguir são listadas algumas condições/ações que podem reforçar o acesso e a disponibilidade do acervo representado pelo domínio público. Esses fatores vão ao encontro das já citadas recomendações 16 e 20 da Agenda de Desenvolvimento¹⁶ aprovada na Assembleia Geral da Organização Mundial da Propriedade Intelectual em 2007, que indicam a necessidade de preservação e promoção de um domínio público robusto. Reforçar o acesso a esse acervo significa ampliar a matéria prima para novas criações. Também concorre para a observância dos ditames constitucionais de oferta de amplo acesso à cultura¹⁷ e preservação do patrimônio cultural¹⁸.

¹⁵ Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

(...) II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

¹⁶ <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html>

¹⁷ CF, 1988. Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

¹⁸ CF, 1988. Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos

Um domínio público fortalecido representa a possibilidade de um ciclo virtuoso de bens intelectuais desse acervo gerando a criação de novas obras que um dia pertencerão ao próprio domínio público, que constantemente se ampliará.

3.2.1 Tratamento legal/normativo do domínio público

A existência de uma definição na lei para o domínio público seria um elemento favorável ao fortalecimento desse instituto. A legislação brasileira sobre direitos autorais não traz essa definição e apenas de modo esparso aborda esse instituto: enumera, no rol taxativo do artigo 45¹⁹ da Lei 9.610/98, as obras que fazem parte deste acervo de uso comum e confere ao Estado o dever de defender a obra caída em domínio público, no parágrafo 2º²⁰ do artigo 24 da mesma lei. Vale mencionar que a proteção estatal se dá em face do interesse eminentemente público desse repositório, se relacionando aos direitos fundamentais à cultura, à informação e à educação.

Para encontrar uma definição técnica do domínio público acaba sendo necessário recorrer à doutrina, o que traz certo grau de imprecisão em face das diversas conceituações elaboradas pelos diferentes autores que tratam do tema.

A inclusão do instituto do domínio público de modo objetivo e pela lei poderia trazer maior segurança e, conseqüentemente, tranquilidade na utilização desse acervo, tornando-o mais efetivo. Assim, não se trataria apenas de inserir a definição legal de domínio público, mas também da determinação clara da sua amplitude, das formalidades e dos mecanismos de proteção e preservação desse acervo.

Um ponto indicado no estudo mencionado na introdução desse texto²¹, que também poderia ser tratado dentro do espaço normativo reservado ao instituto do domínio público, visando sua preservação e a utilização com segurança das obras, diz respeito a dispositivo que impedisse a “recaptação” de obras, ou seja, que o ingresso de uma obra no domínio público fosse ato definitivo, sem que houvesse possibilidade de apropriação particular exclusiva desses conteúdos, qualquer que fosse o pretexto. Nesse sentido, aponta Denis Barbosa (Domínio Público e Patrimônio Cultural, p.10).

diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...) III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

¹⁹ Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

²⁰ § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

²¹ “Scoping study on copyright and related rights and the public domain”.

O ingresso no domínio público em cada sistema jurídico é incondicional, universal e definitivo; a criação passa a ser comum de todos, e todos têm o direito de mantê-la em cri comunhão, impedindo a apropriação singular. Não se trata de abandono da obra, *res nullius* ou *res derelicta*, suscetível de apropriação singular por simples ocupação.²² (grifou-se)

3.2.2 Registro de obras em domínio público

Abordou-se que um dos fatores que influenciam na efetividade do domínio público diz respeito à obtenção de informações sobre as obras. Por exemplo, identificar o nome do autor para que sejam concedidos os devidos créditos, ou mesmo confirmar que a obra está de fato incluída nesse acervo comum. E uma das maiores dificuldades reside exatamente na busca por essas informações.

Por essa razão é importante que haja iniciativas para incentivar o cadastro de informações sobre obras intelectuais protegidas pelo direito autoral. Não apenas quando uma obra passar a ser parte do domínio público, mas antes, especialmente em data próxima a da produção, quando é mais fácil a obtenção de informações completas acerca da criação. É importante também o reforço dos órgãos responsáveis pelo registro dessas informações, que devem contar com o suporte tecnológico adequado para que essas informações possam de fato ser levadas à sociedade de modo simples e econômico.

A criação de um sistema de registro centralizado, ou ao menos padronizado, que permita o intercâmbio de informações entre entidades que armazenam dados sobre obras protegidas pelo Direito Autoral, proporcionaria a integração entre esses repositórios, permitindo conhecer mais precisamente a situação das obras e, conseqüentemente, oferecendo maior segurança para utilizá-las.

3.2.3 Soluções tecnológicas de apoio ao domínio público

Do mesmo modo que a tecnologia pode prejudicar o domínio público – com o abuso nas medidas técnicas de proteção, como apontado anteriormente, por exemplo –, ela tem sido uma importante aliada para o fortalecimento desse acervo comum.

Se, como já mencionado, o domínio público tem com elemento essencial a disponibilidade das obras, o ambiente digital, ao facilitar o acesso aos conteúdos, quer por meio da possibilidade da reprodução digital das obras, quer por meio da interconectividade propiciada pelas redes de computadores, especialmente a Internet, representa um novo grau de efetividade ao domínio público.

²² BARBOSA, Denis Borges. **Domínio Público e Patrimônio Cultural**. 2005. Disponível em: <www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/bruno.pdf>. Acesso em 25 abr. 2011.

Porém, a tecnologia deve ser também ferramenta que permita que se vá além de permitir o acesso mais amplo às obras em domínio público. Ela deve prover meios para identificação ágil das informações necessárias para utilização das obras com segurança, a fim de, além de garantir a livre utilização das obras, salvaguardar os direitos morais do autor.

A digitalização das obras também reforça o domínio público sob a ótica da preservação do conteúdo. Obras atreladas a suportes físicos, como papel, discos, fitas, têm sua deterioração associada à do próprio meio que a contém. A dificuldade de migrar esses conteúdos cujo suporte está se deteriorando leva à perda em definitivo de muitas obras, cujo período de exploração comercial já se findou, deixando poucos interessados na preservação desses conteúdos.

A facilidade de cópia para o meio digital, associado ao custo mais baixo desse processo, aumenta sensivelmente a possibilidade de que obras consigam ultrapassar longos prazos de proteção sem que se percam pela destruição dos meios em que foram originalmente registradas. Porém, para que essa possibilidade se transforme em realidade, também devem ser observados alguns cuidados relacionados à própria tecnologia, como políticas de preservação dos conteúdos digitais, com processos de migração periódicos e utilização de formatos abertos.

Conclusão

“Caducado o direito de autor, subsistem só a liberdade de uso público e a defesa da Cultura.”

José de Oliveira Ascensão, em: Digitalização, preservação e acesso ao patrimônio cultural imaterial.

“Cada pedaço de propriedade criativa passa por diferentes ‘vidas’.” (LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre*, p.127). A primeira delas é aquela em que a obra se destina a seu uso comercial, a venda do conteúdo. Cessado tal ciclo, cria-se uma segunda existência para tal propriedade, quando esta continua com sua atribuição de informar, ainda que não seja economicamente rentável.

Segundo Lessig (*Cultura Livre*, pp. 225-6)

a vida não comercial da cultura é importante e valiosa - para o entretenimento, mas também, e de modo mais importante, para o conhecimento. Para entender quem nós

somos, e de onde viemos, e como cometemos os erros que cometemos, precisamos te acesso a essa história.²³

O domínio público pertence a esta segunda vida. Um dos objetivos do acervo é garantir que a existência não comercial das obras seja efetiva, e com isso, que o domínio público possa cumprir as funções que dele se esperam.

A fim de torná-lo mais fortalecido, é necessário observar os fatores limitadores expostos neste trabalho e garantir que sejam utilizados de maneira que venham a causar o menor dano possível à disponibilidade do domínio público. Ao lado disso, deve-se incentivar as políticas facilitadoras que irão contribuir para uma maior acessibilidade e disponibilidade das obras de uso comum.

Dentre todas as razões mencionadas, é fundamental que seja atribuída maior importância ao tema domínio público nas discussões sobre direito autoral no Brasil, uma vez que representa um repositório essencial para possibilitar o livre acesso, uso, e como consequência disso, a defesa e o incentivo à produção cultural.

Referências

ASCENSÃO, José Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Digitalização, preservação e acesso ao patrimônio cultural imaterial**. Disponível em: Direito da sociedade da informação, volume IX. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.

BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade Intelectual: Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Domínio Público e Patrimônio Cultural**. 2005. Disponível em: <www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/bruno.pdf>. Acesso em 25 abr. 2011.

BRASIL. **Lei no 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 fev. 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

DUSOLLIER, Séverine. **Scoping study on copyright and related rights and the public domain**. World Intellectual Property Organization. Disponível em: <http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=147012>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

²³ LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre – Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Bloquear a Cultura e Controlar a Criatividade**. São Paulo: Trama, 2005.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LACORTE, Christiano. **Direito autoral. Cultura, tecnologia e sociedade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2182, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12997>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

LESSIG, Lawrence. **CULTURA LIVRE - Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei Para Bloquear a Cultura e Controlar a Criatividade**. São Paulo: Trama, 2005.

SANTOS, Manuella. **Direito Autoral na Era Digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROVER, Aires (Coord.). **Direito e Informática**. São Paulo: Manole, 2003.

BRANCO JÚNIOR, Sergio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Propriedade Intelectual e Internet**. Curitiba: Juruá, 2002.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **The 45 Adopted Recommendations under the WIPO Development Agenda**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

**A junção da atividade de incentivo (fomento) e regulação no setor audiovisual:
possibilidades a partir da regulação dos contratos de investimentos de valores de
renúncia fiscal**

Vinícius Alves Portela Martins*

Resumo: Este trabalho objetiva demonstrar possibilidades de regulação do setor audiovisual por meio de criação de regras regulatórias nos contratos de investimento derivados do uso dos recursos de renúncia fiscal artigo 39, X da MP 2.228-1/2001, apontado para a possível junção das atividades de regulação e de fomento. A escolha por esses mecanismos de renúncia fiscal se dá em virtude de ser concedidos a empresas que exploram diretamente a atividade audiovisual no Brasil (programadoras) no segmento de TV fechada. Para isso, primeiro serão apontados conceitos relacionados ao mercado relevante no segmento de TV por assinatura. Depois serão descritos dados ligados à concentração econômica nesse segmento. Por último, serão apontados possibilidades de regulação dos contratos de investimentos oriundos dos recursos do mecanismo do Art. 39, X da MP 2.228-1/2001, apontando para a possibilidade dessa junção por meio do regramento dos contratos de investimento desse benefício fiscal.

Palavras chaves – incentivo/renúncia fiscal; audiovisual; política pública

Abstract: *This paper discusses regulatory possibilities for the audiovisual industry in regards to contracts based on the use of proceeds from tax breaks as per Section 39, Item X of MP 2.228-1/2001 X-MP. These tax breaks are granted to companies that operate audiovisual activities in Brazil on cable and satellite TV. To do this, first mentioned concepts will be related to the relevant market segment of cable TV. Data will be described later linked to the economic concentration in this segment. Finally, possibilities for regulation of investment of resources as stated in Section 39, Item X of MP 2.228-1/2001 X-MP will be discussed, showing the regulatory possibilities.*

Introdução

Este trabalho objetiva demonstrar possibilidades de intervenção no setor audiovisual no Brasil por meio de criação de regras regulatórias nos contratos de investimento derivados do uso dos recursos

* Ocupante do cargo de especialista em regulação da Agência Nacional do Cinema - Ancine. É pós-graduado em gestão estratégica (UCAM-AVM), regulação da atividade cinematográfica e audiovisual pela UFRJ-IE e Direito Público e Tributário pela UCAM.

de renúncia fiscal previstos no artigo 39, X da MP 2.228-1/2001, apontado para uma possível junção das atividades de regulação e fomento dentro de um mesmo setor (neste caso específico o setor audiovisual).

O incentivo e a regulação do Estado representam formas de intervenção do mesmo num dado domínio econômico privado, conforme reza o Art. 174 da CF/1988. No entanto, muitas críticas foram feitas quanto ao surgimento de uma agência reguladora federal que detinha a competência de fazer ao mesmo tempo regulação e fomento (incentivo) do setor cinematográfico-audiovisual (Agência nacional do Cinema-Ancine). Diversos teóricos achavam pouco provável a junção dessas duas atividades numa mesma entidade, motivo este que invalidaria uma possibilidade real dessa ser uma agência reguladora tais como as outras existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Nosso objetivo, no entanto, é demonstrar a possibilidade de regular o setor (regulação parcial de conteúdo) através de criação de regras no contrato de investimentos provenientes da utilização do mecanismo de renúncia fiscal previsto no Art. 39, X da MP 2.228-1/2001.

Para isso, será descrito características econômicas do setor, possibilidades de detenção de poder de mercado, além da análise de alguns dados relativos a concentração econômica do setor no Brasil dentro da janela TV por assinatura. No último tópico, serão apresentadas possibilidades de regulação dos contratos de investimentos oriundos dos recursos do Art. 39, X, além de possibilidades quanto a regulação dos contratos de investimentos e seus impactos na conformação das estruturas do setor no que se refere à regulação de conteúdos audiovisuais.

1. Os conceitos em economia relacionados à concentração econômica e poder de mercado e suas implicações no segmento de TV por assinatura

O professor Mario Luiz Possas (2005 p.11) define poder de mercado como “*poder de fixação discricionária de preços num dado mercado*”. O mesmo autor cita ainda a definição retirada dos *Guidelines americano*, qual seja:

“a capacidade de manter lucrativamente os preços acima dos níveis competitivos por um período de tempo significativo (...) admitindo que os vendedores com poder de mercado podem também restringir a concorrência em outras dimensões além do preço, tais como qualidade do produto, serviços ou inovações...”

Para a definição do poder de mercado, no entanto, observa-se a necessidade de definir qual (is) seria(m) o(s) mercado(s) relevante(s) onde esse poder poderia ser exercido.

Possas (2005 p.2) utiliza a definição da *Merger guidelines* americana para definição de mercado relevante:

“...um mercado é definido como um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido tal que uma hipotética empresa maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um ‘pequeno mas significativo e não transitório’ aumento no preço, supondo que as condições de venda em todos os outros produtos e uma área geográfica que não excedem o necessário para satisfazer tal teste...”.

O mercado relevante é definido em sua dimensão geográfica e de produto. Dimensão geográfica é a área em que a empresa que impõe o preço de seu produto de forma a atuar como um monopolista hipotético, aumentando persistentemente seu preço sem a ameaça de novos entrantes dentro de uma dada região. A dimensão produto define exatamente o local em que o monopolista hipotético é capaz de impor o significativo e persistente aumento de preços neste sem a entrada de um concorrente que produza o mesmo produto ou grupo de produtos semelhantes.

“...a demanda pelo produto (ou grupo de produtos) quanto a sua oferta devem ter elasticidades suficientemente baixas de forma a assegurar que um aumento do preço resulte em maiores lucros, e não menores, a serem alcançados pelas empresas que hipoteticamente exercem poder de mercado...”.

Assim, resta evidente (apesar da simplicidade da análise¹²⁵) que o produto não deve possuir uma alta elasticidade preço-demanda, pois qualquer alteração pequena no preço alteraria consideravelmente a demanda deste produto, impossibilitando a condição básica que caracteriza o exercício do poder de mercado.

No mercado audiovisual, vê-se que essa última questão não existe, pois o diferencial de qualquer mercado é o conteúdo acessado pelo público, estando inserido na lógica de que o setor busca, na maioria das vezes, público e/ou audiência e não a produção de filmes, programas de TV, etc. Assim o produto almejado é a audiência, a qual em um fator de variabilidade e inconstância muito maior que o comportamento de outros mercados. Dentro do audiovisual, há os que defendem que o mercado

¹²⁵ Não consideraremos em nossa análise a elasticidade preço-demanda e a substitutibilidade do produto olhando do ponto de vista do ofertante deste.

relevante de produto deveria ser o “entretenimento audiovisual passivo”, independentemente de se falar do mercado de vídeo, cinema, TV por assinatura, TV aberta ou qualquer outro mercado que veicule obra audiovisual¹²⁶. Essa tese não nos parece razoável, pois o produto audiovisual (filme, transmissão de um evento, etc.), veiculados/exibidos em diferentes segmentos não são substitutos entre si; na verdade são complementares. Observe o trecho retirado do Ato de Concentração N° 08012.005864/2000-07 da SEAE/MF que corrobora essa hipótese:

“...esses tipos (TV aberta, fechada, etc.) de entretenimento poderiam ser considerados complementares entre si, e não substitutos. A estrutura de custo desses entretenimentos é bastante diversa, não havendo inter-relação entre o preço de um e a formação de preços dos outros...”

No que diz respeito ao segmento de comunicação eletrônica de massa por assinatura (tv por assinatura e/ou segmento de acesso condicionado), constatamos dois mercados relevantes na dimensão produto: o mercado relevante de programação (incluindo programadoras¹²⁷/canais nacionais e internacionais) e o mercado de operação (incluindo as operadoras¹²⁸ de serviço de TV por assinatura nacionais). Na dimensão geográfica, o mercado de programação será internacional enquanto o mercado de operação de serviço de TV por assinatura será nacional.

Com relação a dimensão produto, o produto vendido pelas programadoras é o conteúdo para preenchimento das grades de programação do serviço oferecido por uma operadora do serviço de TV por assinatura. A citação retirada do processo “Ato de Concentração N° 08012.005864/2000-07 da SEAE/MF” clarifica o entendimento desse segmento:

¹²⁶ Ato de Concentração N° 08012.005864/2000-07 da SEAE/MF

¹²⁷ **Programadoras** – São empresas que fornecem o conteúdo que as operadoras disponibilizam. Compram e/ou produzem e editam programas, formando pacotes de canais. Podem produzir programação própria, representar canais estrangeiros no país ou comprar programas e reformatá-los em canais para o público em geral (Exemplo – HBO, ESPN, CNN, etc.). Retirado do livro de MARTINS, Vinícius Alves Portela Martins – **Fundamentos da Atividade Cinematográfica e Audiovisual**, editora Elsevier/Campus, Rio de Janeiro, 2009.

¹²⁸ **Operadoras** – Empresas responsáveis pela distribuição de sinais de TV por assinatura. Via de regra, não produzem conteúdo. Captam sinais dos canais contratados ou de sinais abertos, retransmitindo-os ao assinante por uma das tecnologias acima mencionadas. Retirado do livro de MARTINS, Vinícius Alves Portela Martins – **Fundamentos da Atividade Cinematográfica e Audiovisual**, editora Elsevier/Campus, Rio de Janeiro, 2009.

“...o mercado de TV por assinatura possui três atores principais: as programadoras, as operadoras e os assinantes. Além destes, existem ainda as associações de compras de programação...as operadoras de TV por assinatura detêm concessões ou permissões para a distribuição dos sinais dessas TVs para seus assinantes em determinada localidade. Estas operadoras necessitam produzir a sua programação a ser transmitida ou adquiri-las de terceiros. Normalmente, as operadoras não produzem conteúdo, preferindo captar os sinais dos canais contratados com empresas distribuidoras (programadoras), para a seguir processá-los e enviá-los a seus assinantes via cabo, microondas ou satélite...as programadoras, que são as empresas que fornecem conteúdo, na forma de canais ou programas avulsos. As programadoras podem produzir programação diversa para compor seus próprios canais, como também adquirir os direitos de transmissão de canais produzidos por outras produtoras para determinado país...as programadoras são remuneradas pelas operadoras, pela exibição de seus canais, com base no número de assinantes dessas últimas, estipulando um preço fixo por assinante. Esses custos giram em torno de 20% a 30% dos custos totais de uma operadora...”

Com relação à dimensão produto mercado relevante operação, Campilongo¹²⁹ (1999 p.1), destaca aspecto importante, qual seja, “[...]a concorrência entre as várias tecnologias de TV fechada, na localidade em que todas estas encontram-se disponíveis ao consumidor...”. Assim, segundo o autor, poderia se considerar um mercado relevante operação - dimensão produto – de acordo com a tecnologia e as diferentes formas de se prestar serviços de TV por assinatura. Com relação a esse aspecto, cabe, no entanto, trazer à baila uma consideração mais aprofundada a respeito da definição de mercado relevante dimensão produto neste segmento.

A concorrência e a substituíbilidade da operadora que fornece serviço de TV por assinatura dificilmente ficam restritas à questão tecnológica. O que está em jogo na escolha do consumidor nesse caso, em primeiro lugar, é o conteúdo oferecido por uma determinada operadora e o preço que tal cobra do assinante desse serviço. Até porque, observando as tecnologias utilizadas, vê-se que não há diferenças significativas em termos de qualidade da imagem e acesso a conteúdos a qual o assinante tem contratado junto a operadora (mesmo incluindo questões sobre transmissão em HD, por exemplo). Não se quer minimizar as diferenças entre os diferentes tipos de tecnologia utilizados na prestação do serviço de TV por assinatura, pois essas existem; o que se quer demonstrar é que a escolha do consumidor é condicionada, primeiramente, ao acesso a determinados tipos de conteúdos que,

¹²⁹ Processo administrativo Nº 53.500.000359/99 do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE – Voto de vista do Conselheiro Celso Campilongo, 1999. p. 1.

efetivamente, representam o diferencial que levam o assinante a escolher por uma determinada operadora em detrimento de outra. Conclui-se, dessa forma que, na definição dos dois mercados relevantes feita acima (mercado relevante programação e mercado relevante operação), há de se considerar que um deles (operação) é altamente dependente do outro (programação).

Tomando como base esta junção e analisando de forma mais aprofundada os conteúdos veiculados pelas operadoras aos assinantes do serviço de TV por assinatura, conteúdos esses vendidos pelas programadoras às operadoras de televisão por assinatura, poderia haver competição e/ou exercício de abusivo de poder de mercado com adoção de condutas anti-competitivas entre canais que veiculam conteúdos que virtualmente teriam uma tendência a maior demanda por parte dos consumidores. Do ponto-de-vista da demanda, se as preferências dos consumidores diferenciarem fortemente as operadoras em termos de conteúdo veiculado, transmitido; por exemplo, canais que só veiculem as melhores transmissões esportivas (exemplo os melhores campeonatos de futebol, direito de exibir olimpíadas, etc.) ou os melhores filmes (tomando como parâmetro o sucesso de público deste obtido no cinema, por exemplo)), um monopolista hipotético (operador de TV) poderia impor um aumento de preço de 5% na venda do seu serviço de TV por assinatura, na medida em que os consumidores, na média, dificilmente substituiriam esta operadora por outra que não tivesse acesso a esses conteúdos específicos ou se o acesso a estes determinados tipos de conteúdo saísse muito mais caro para o consumidor final por parte da outra operadora. Dessa forma nota-se que o exercício do poder de mercado no mercado relevante dimensão produto operação é altamente condicionado pelo conteúdo que essa operadora transmita/exiba, conteúdo esse fornecido pelo ente pertencente a outro mercado relevante na dimensão produto (programação).

Para corroborar esta tese, trazemos uma definição retirada do parecer “Ato de Concentração Nº 08012.005864/2000-07 da SEAE/MF”

“...Em vários pareceres envolvendo participantes do mercado de televisão por assinatura, a Comissão Europeia ressaltou a importância dos canais esportivos e de filmes, tratando-os como um mercado relevante distinto de outros canais...esses gêneros são importantes para persuadir potenciais assinantes a pagar para receber das operadoras serviços de televisão por assinatura...o FTC considerou, portanto, a substitutibilidade entre canais de gêneros diversos, embora tenha dado **ênfase a um grupos de canais fundamentais para o funcionamento das operadoras** ... (grifo não constam nos originais) ”

Isto demonstra duas coisas. Primeiro a possibilidade de se criarem mercados relevantes especificamente para os gêneros de canais (por exemplo, canais esportivos ou canais de filmes,

competindo entre si); segundo que o acesso a determinados tipos de conteúdos, dentro de gêneros considerados mais propensos a serem assistidos pelos assinantes (gênero esportes) que outros (gênero de documentários científicos, por exemplo) pode levar a preferência por parte dos consumidores para uma dada operadora de serviço de TV por assinatura, o que reforça o poder dos programadores (os quais possuem esses conteúdos). Cita-se outro trecho do parecer “Ato de Concentração Nº 08012.005864/2000-07 da SEAE/MF” a respeito do tema, de forma a concluí-lo:

“...possuir uma diversidade de canais para oferecê-los ao seu assinante é ponto-chave para a sobrevivência das diversas operadoras de televisão por assinatura. Justamente pela importância da diversidade, ofertar canais especializados em diversas temáticas como esportes, filmes, jornalismo, variedades, infantis, etc. torna mais atrativa determinada operadora para seus assinantes atuais e potenciais. Sendo assim, torna-se necessário que uma operadora de TV paga possua acesso a canais de gêneros diversos, principalmente a canais temáticos chave para o processo de escolha dos assinantes entre uma ou outra operadora, como canais de filmes e esportes. A competitividade de uma operadora que não possua um canal de determinado gênero, que tenha o condão de atrair consumidores, fica enfraquecida perante uma operadora que tenha acesso a esses canais...”

Dentro dos mercados relevantes apresentados para o segmento de TV fechada, verifica-se a possibilidade da ocorrência do poder de mercado e, conseqüentemente, seu uso de forma abusiva. No entanto, será necessário acrescentar a essa análise a concentração econômica no setor, dentro dos diferentes segmentos de mercado. Para isso utilizaremos um indicador diferente dos tradicionais, como será melhor explicado abaixo.

2. Indicador de concentração econômica a partir da análise dos valores de renúncia fiscal – Mecanismos do Art. 39, X

A literatura econômica tradicional que trata sobre concentração econômica em diversos mercados desenvolveu diversas metodologias para avaliar o nível de concentração. Abaixo, são citados de forma breve e resumida os indicadores de concentração tradicionais:

- 1) **Concentration ratio – CR(k)** – Esta consiste na soma das participações das K maiores empresas do mercado relevante, variando entre zero e cem. É mais comum na teoria econômica o cálculo do índice para 4 ou 8 empresas, sendo na análise concorrencial brasileira

utilizado tradicionalmente como parâmetro o CR4. De acordo com o Guia conjunto SEAE/SDE, uma concentração gerará controle de parcela de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício coordenado do poder de mercado sempre que o C4 após a operação for igual ou superior a 75% ou quando o agente econômico, em decorrência da operação, experimentar incremento na sua participação de mercado superior a 10%.

2) **Índice de Herfindal-Hirschman (HHI)** – Consiste na soma dos quadrados das participações de todas as empresas do mercado relevante podendo variar entre zero e dez mil. Esta é considerada uma medida sumária, pois utiliza os dados da totalidade das empresas. De acordo com esse índice, mercado que, após o ato de concentração, tivesse HHI menor que 1000, seria pouco concentrado. Mercados com HHI entre 1000 e 1800 seriam considerados mercados moderadamente concentrados. Mercados com HHI maiores que 1800 seriam considerados altamente concentrados¹³⁰.

Em se tratando especificamente do setor audiovisual, observa-se que a utilização desse índice para auferir concentração econômica/lucros se torna complexo, especialmente considerando os diferentes tipos de empresas que prestam serviços e vendem produtos audiovisuais. A peculiaridade, na verdade, diz respeito ao fato de que obra audiovisual vendida depende do público ou potencial de público que essa poderá gerar. O público e/ou audiência são determinantes e não a quantidade de obra veiculada/exibida/vendida para determinar a concentração no mercado. Assim, o objetivo não é vender muitas obras e agarrar grande parcela de mercado, mas ter muito público/audiência no conteúdo audiovisual comercializado.

Esses indicadores de concentração tradicionais também são questionados em outros setores e na sua própria metodologia. Rhoades apud Murta (2006, p.188) observa que *“características estruturais podem variar sensivelmente para mercados que exibam níveis similares de HHI, (por exemplo). Em particular, a distribuição de parcela de mercado pode diferir substancialmente...desigualdades de parcelas de mercado e o número de firmas no mercado têm um efeito na lucratividade dos bancos que é independente do HHI...”*

Assim, nem sempre o indicador tradicional que demonstre a existência de elevada participação no mercado de um dado grupo de empresas no mercado fará com que se possa relacionar esses dados diretamente a existência ou não de efetivo poder de mercado.

MURTA (2006, p.187) cita:

¹³⁰ Trecho retirado do livro – MARTINS, Vinícius Alves Portela. **Economia da regulação**. Editora Elsevier/Campus. Rio de Janeiro, 2010.

“...Nem sempre o elevado percentual de mercado detido pela empresa significa existência de posição dominante, assim como sua diminuta participação pode não significar ausência de poder. Primeiramente, o percentual de participação no mercado só adquire algum valor para fins de verificação de posição dominante se comparada àquele dos concorrentes...”¹³¹

Na verdade, pode-se concluir acerca das afirmações acima que a posição dominante independe da parcela de mercado que possua um determinado agente; depende sim do seu verdadeiro poder econômico que lhe permita indiferença e independência com relação ao comportamento dos diversos agentes envolvidos na cadeia e no mesmo setor, colocando-lhe a salvo de pressões concorrenciais. A determinação da parcela de mercado detida pelo agente não mensura seu poder, pois ainda que detentor de pequena parcela do mercado ele poderá ter a capacidade de impor preços, detendo poder econômico que lhe assegure posição dominante.

O indicador de concentração no mercado audiovisual utilizado nesse trabalho toma como base as importâncias enviadas para o exterior a partir da exploração econômica da atividade audiovisual no território brasileiro por empresas situadas no exterior (programadoras estrangeiras). Na verdade, a referência é feita em cima dos valores de renúncia fiscal que representa 3% do valor da remessa, os quais são diretamente proporcionais à remessa de lucros/rendimentos para o exterior, no que diz respeito à exploração econômica no segmento de comunicação eletrônica e massa por assinatura.

3. O Artigo 39, X da MP 2.228-1/2001

Cita-se agora o dispositivo legal que o cria este mecanismo.

MP 2.228-1/2001

“Art. 39. São isentos da CONDECINE:

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

¹³¹ MURTA, Marcios Mario Filho. **Reformas regulamentares e concorrência: o caso da indústria bancária brasileira.** I prêmio SEAE. Brasília. 2006, p. 186-189.

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...”

Este mecanismo induz uma programadora internacional ou canal estrangeiro que explora obra audiovisual no Brasil ao pagamento de 3% sobre o valor da remessa para o investimento deste valor em projetos de produção de obras cinematográficas e videofonográficas brasileiras de acordo com as classificações descritas no dispositivo jurídico que cria esse mecanismo. A opção deste benefício é feita pela empresa estrangeira (programadora) que aufera rendimento com a exploração de obras audiovisuais estrangeiras em território nacional. Os recursos são depositados numa conta de aplicação financeira especial denominada Conta de Recolhimento, que fica no nome da contribuinte também. Esta opção acima mencionada faz com que esta empresa, automaticamente, fique isenta do tributo Condecine Rendimento, descrito no parágrafo único do art.32 da MP. A empresa contribuinte tem o prazo de até 270 dias para transferir os valores depositados em Conta de Recolhimento, em nome do contribuinte estrangeiro, para a conta de aplicação financeira especial denominada Conta de Captação, a qual fica em nome da proponente do projeto aprovado pela ANCINE.

Abaixo, são apresentados dados de concentração de lucros para o segmento de comunicação eletrônica de massa – acesso condicionado (TV por assinatura). Vale lembrar que o foco no determinado segmento de TV fechada são as programadoras estrangeiras (mercado relevante dimensão produto programação), exatamente como as empresas descritas pelo indicador abaixo. Além disso, os dados de renúncia fiscal são diretamente proporcionais aos lucros remetidos para o exterior, pois a incidência da Condecine na remessa induz a opção, em todas as situações, dessas programadoras estrangeiras.

Dados de recolhimento de Art. 39 – 2005 a 2009¹³²

¹³² Dados retirados do sítio http://www.ancine.gov.br/oca/rel_refinanceiros.htm , acessado em 20/04/2010.

RAZÃO SOCIAL INVESTIDOR	Valor Total (R\$)	%
BRASIL DISTRIBUTION, L.L.C.	38.852.230,86	48,20
TURNER BROADCASTING SYSTEM LATIN AMERICA, INC.	14.424.098,72	17,90
DISCOVERY LATIN AMERICA, L.L.C	9.613.125,83	11,93
FOX LATIN AMERICAN CHANNEL, INC	9.418.014,10	11,68
MTV NETWORKS LATIN AMERICA INC.	1.895.475,52	2,35
BUENA VISTA INTERNATIONAL INC/BUENA VISTA HOME ENTERTAINMENT INC	1.307.217,66	1,62
DIRECTV LATIN AMERICA, LLC	896.019,77	1,11
DIGITAL LATIN AMERICA LLC	793.226,95	0,98
PLAYBOY TV LATIN AMERICA LLC	747.282,22	0,93
MGM NETWORKS LATIN AMERICA, LLC	716.087,90	0,89
AXN LATIN AMERICA INC	596.429,39	0,74
MULTITHÉMATIQUES INC.	340.376,29	0,42
IMAGEN SATELITAL S. A .	230.541,72	0,29
AEI COLLINGHAM HOLDINGS CO. LTD.	172.186,42	0,21
VENUS TV, INC.	124.320,57	0,15
PRAMER S.C.A	80.303,14	0,10
CROWN MEDIA INTERNATIONAL, LLC	56.937,03	0,07
TV5 MONDE	49.461,70	0,06
CARSON INTERNATIONAL LTD.	45.759,75	0,06
NHK GLOBAL MEDIA SERVICE	42.523,61	0,05
RAINBOW HEIGHTS INTERNATIONAL LTD.	39.015,85	0,05
WARNER BROS INTERNATIONAL TELEVISION DISTRIBUTION, INC.	32.959,81	0,04
SPARROWHAWK INTERNATIONAL CHANNELS LIMITED	29.278,40	0,04
SOUND TRACK CHANNEL LLC	26.686,57	0,03
LOCOMOTION CHANNEL	25.216,32	0,03
ALL TV COMMUNICATIONS S.A.	24.188,26	0,03
THE SEARCH LLC	6.377,96	0,01
BLOOMBERG LP	5.561,43	0,01
ALL TV INTERNATIONAL SOCIEDAD ANONIMA	4.906,01	0,01
ACCESO CODIFICADO S/A	1.822,50	0,00
PPV SERVICES, LLC	1.586,15	0,00
TOTAL GERAL:	80.599.218,41	100%

Percebe-se uma enorme concentração de rendimento no segmento de comunicação eletrônica de massa por assinatura – acesso condicionado (TV por assinatura). Aliado a esses dados, traz-se a

citação do trabalho de Martins (2009 p.71) a respeito dos conteúdos que são exibidos em grande parte dos canais da TV por assinatura no país:

“Para termos uma ideia do peso destas programadoras estrangeiras que vendem conteúdo para serem transmitidos nos canais fechados no Brasil, 75% dos canais na TV paga no Brasil são estrangeiros e veiculam conteúdos predominantemente estrangeiros (sem considerar os canais de TV aberta, os canais obrigatórios e as TVs mistas (EX MTV))¹³³ Na NET, só 21% dos canais são nacionais. Na SKY, este percentual cai para 17%.¹³⁴ Observa-se adicionalmente que há canais nacionais como é o caso GNT, Multishow que, apesar de serem nacionais, possuem aproximadamente 50% do conteúdo estrangeiro¹³⁵. Desta forma, observa-se que boa parte dos lucros auferidos com a exploração da atividade audiovisual no segmento de mercado de comunicação eletrônica de massa por assinatura são remetidos para empresas situadas fora de nosso país.”¹³⁶

Resta evidente que a maior parte dos rendimentos pela exploração econômica da atividade audiovisual no segmento de comunicação eletrônica de massa por assinatura são de empresas estrangeiras, o que aponta para concentração e, conseqüentemente, o poder de mercado dessas empresas (inclusive a possibilidade de seu uso de forma abusiva).

Abaixo estão descritos os dados captados pelas empresas beneficiárias dos recursos de renúncia fiscal provenientes desse mecanismo. Os dados abaixo demonstram a utilização dos recursos de renúncia fiscal para empresas citadas na tabela acima, no que se refere à concentração por produtor.

Artigo 39, X da MP 2.228-1/2001 – 2005-2009

PROPONENTE	Total captado (R\$)	%
------------	---------------------	---

¹³³ [Nota original] Dados da ABTA – www.abta.org.br – dados de 2005.

¹³⁴ [Nota original] Dados da ABTA – www.abta.org.br – dados de 2005.

¹³⁵ [Nota original] Dados da ABTA – www.abta.org.br – dados de 2005.

¹³⁶ MARTINS, Vinícius Alves Portela. **Possibilidades de Intervenção Regulatória por Parte das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE: o caso específico da Condecine.** Monografia premiada com a 3ª colocação IV prêmio SEAE (concurso de monografias na área de regulação econômica e defesa da concorrência). Brasília, 2009.

2005-2009		
Gullane Entretenimento S.A.	13.087.684,03	19,00
Conspiração Filmes S.A	8.342.162,55	12,11
O2 Cinema Ltda.	8.322.095,76	12,08
RPJ Produtores Associados Ltda.	4.109.020,58	5,97
RWR Comunicações Ltda.	3.254.567,00	4,72
Radar Cinema e Televisão Ltda.	3.223.738,25	4,68
O2 Produções Artísticas e Cinematográficas Ltda.	2.655.521,94	3,86
Vilma Lusto da Barbosa	2.080.439,55	3,02
Casa de Cinema de Porto Alegre Ltda.	1.998.104,71	2,9
Rex Produções audiovisuais (Ex. Sardinha produções)	1.989.728,58	2,89
TOTAL DAS PRIMEIRAS	49.063.062,95	71,23
TOTAL	68.883.450,79	100%

Com relação ao mecanismo acima, 53,88% (R\$ 37.115.529,92) dos recursos captados estão concentrados em apenas cinco empresas produtoras no período mencionado. Com relação às dez empresas que mais captaram, o valor representa 71,23% (R\$ 49.063.062,95) do total (grande concentração da aplicação dos recursos provenientes do art. 39). Percebe-se assim que há uma elevada concentração tanto no que diz respeito ao recolhimento dos valores de renúncia fiscal como no que diz respeito à utilização (aplicação e investimento) desses recursos. Isso é negativo para o setor, pois primeiramente nota-se uma elevada concentração de lucros (o que aponta para uma grande concentração econômica) em poucas empresas do mercado relevante programação (o que pode levar, inclusive à detenção de poder de mercado (especialmente pelas altas barreiras a entrada para operar no setor audiovisual) por parte de poucas empresas e seu uso de forma abusiva. Segundo, as aplicações dos recursos de renúncia dessas empresas se dão de forma concentrada também nas produtoras beneficiárias. Somado a isso, há o fato de haver pouca regulação contratual nos investimentos feitos por essas programadoras. Assim, urge a necessidade de se regular e regulamentar esses contratos investimento com intuito de melhorar atuação do mecanismo como mecanismo de incentivo ao setor, quanto na regulação e conformação da estrutura do setor, através, especificamente, da regulação de conteúdo audiovisual (e seus contratos) produzidos com recursos de renúncia fiscal

4. As possibilidades de regulação dos contratos de investimento

4.1. Instrumentos atuais - Deliberação de diretoria colegiada da Ancine no- 95, de 8 de junho de 2010.

Já há hoje mecanismos que buscam regular a relação contratual entre os investidores de mecanismos de renúncia para contribuintes estrangeiros, qual seja, a deliberação de diretoria colegiada da Ancine no- 95, de 8 de junho de 2010. Essa deliberação 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 seja os segmentos de mercado radiodifusão de sons e imagens (TV Aberta) ou de comunicação eletrônica de massa por assinatura (TV Paga).

Estabelece também, entre outras coisas, que os direitos patrimoniais relativos a elementos derivados da obra audiovisual, incluindo marcas, personagens, enredo, trilha sonora, entre outros, e as receitas decorrentes da exploração comercial dos mesmos, devem conferir à empresa produtora proponente, no mínimo, o percentual correspondente a partição de direitos patrimoniais sobre a obra. A empresa produtora proponente também tem assegurado o direito de decisão sobre realização de novas temporadas da obra seriada ou nova produção da obra (A empresa emissora/ programadora possui o direito de exercer o direito de primeira escolha e última recusa, enquanto perdurar o direito contratual de exploração comercial e de comunicação pública).

Sem dúvida a deliberação representa um avanço na questão da regulação desses direitos. Entretanto, peca em vários sentidos, especialmente pelo fato de não ser embasada e justificada por dados econômicos retirados do próprio setor para indicar um caminho para esse instrumento regulatório. Além disso, nota-se que é restrita às obras destinadas inicialmente aos segmentos de TV fechada e aberta. Uma restrição muito negativa, até porque os optantes por mecanismos que originariamente destinariam ou fariam obras para exibição nesses segmentos (Art., 3ºA e 39,X), também podem fazer obras com vistas a primeira destinação no cinema. Assim, retiram-se do campo da regulação as obras cinematográficas brasileiras, as quais são em grande parte financiadas com recursos de Art. 3º e onde a maioria dos optantes são empresas estrangeiras. Além disso, se os optantes pelo Art. 39 e 3ºA começam a fazer apenas filmes, com destinação inicial para o segmento de cinema ou videodoméstico, a norma deixa de ser aplicável, pois está restrita à “*destinação inicial sejam os segmentos de mercado radiodifusão de sons e imagens (TV Aberta) ou de comunicação eletrônica de massa por assinatura (TV Paga).*” Outra deficiência grave é o instrumento escolhido para regulação desses direitos. Por tratar de tema básico e central o setor (negociação de direitos patrimoniais, de comercialização, de compra e venda de exibição, adaptação, veiculação, transmissão, licenciamento. de obras audiovisuais etc.), ainda que restrita às financiadas com recursos públicos, deveria ser emitida

por instrumento sujeito a consulta e audiência pública, chamando a discussão os entes do setor afetado como Instruções Normativas, por exemplo. Aliás, esses instrumentos de divulgação e discussão de normas inserem-se dentro do conceito de análise de impacto regulatório, necessários para a validação de normas emanadas pelas agências reguladoras.

4.2. Novas possibilidades de regulação contratual dos mecanismos para contribuintes estrangeiros e Art. 39, X da MP 2.228-1/2001

Para apontar para novas possibilidades de regulação, é preciso, primeiro, diferenciar o conceito de direito patrimonial e direito de comercialização. Partindo de uma explicação bastante

básica, o direito de autor¹³⁷ é dividido em direito patrimonial¹³⁸ e direito moral¹³⁹. O direito moral é o direito que o autor tem de ter o nome citado todas as vezes que a obra for publicada. Este é invendável, irrenunciável e inalienável; o direito patrimonial é negociável total ou parcialmente, para sempre ou

¹³⁷ Lei 9610/98 – “Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou (...) “Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis...”

¹³⁸ “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.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: (...)

¹³⁹ “Art. 24. **São direitos morais do autor:**

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado...”

por tempo determinado, a depender dos termos do contrato de licenciamento/cessão de direitos assinado; o direito de comercialização trata da possibilidade de participação nos resultados da obra, especialmente a participação sobre as receitas da mesma, nas diferentes janelas ou segmentos de mercado, nos diferentes territórios em que for veiculado/exibido/transmitido, a depender dos termos negociados e tratados no contrato (caso haja). A pessoa (jurídica ou física) que possui direito patrimonial da obra pode negociar o direito de comercialização a outra empresa/pessoa, nos termos do definido em contrato¹⁴⁰.

Acredita-se, dentro do que vem sendo discutido no presente artigo que o mais importante é regular os direitos de comercialização, principalmente prevendo a participação na receita auferida pela obra produzida com recursos de renúncia fiscal oriundos dos benefícios fiscais de remessas para o exterior (art. 39, X). Isso ocorre em virtude do fato de que a participação permanente (ou por um determinado período a ser criado no instrumento regulador do contrato) na receita da obra faz com que a empresa brasileira beneficiária da renúncia fiscal (por exemplo, produtora) obtenha recursos provenientes da exploração da atividade econômica em cima da obra produzida por ela e financiada com recursos de renúncia fiscal.

A participação nessas receitas certamente ajudaria as produtoras brasileiras a se desenvolverem e a se tornarem independente dos recursos de renúncia fiscal, tendo a capacidade de se remunerarem com recursos advindos da própria atividade e não só através das remunerações de itens orçamentários do orçamento de uma obra, custo de produção da mesma, serviços de gerenciamentos¹⁴¹, etc. Essa medida aumentaria a capitalização dessas empresas proponentes de projetos aprovados na Ancine, possibilitando o investimento por parte dessas em novos produtos audiovisuais.

Alega-se, entretanto, que o fato de a produtora possuir os direitos patrimoniais da obra faria com que esta pudesse negociar sua obra em feiras internacionais, por exemplo, auferindo todos os rendimentos da obra que criou. É um argumento positivo para focar na regulação dos direitos patrimoniais. Mas, na prática, percebe-se que o direito patrimonial pode ser negociado a qualquer momento pela empresa e que essa negociação é a essência do setor audiovisual. Ademais, existe a possibilidade de insucesso nessas negociações, pois as produtoras brasileiras estariam negociando

¹⁴⁰ MARTINS, Vinícius Alves Portela. **Fundamentos da Atividade Cinematográfica e Audiovisual**. Ed Elsevier/Campus. Rio de Janeiro, 2009.

¹⁴¹ Lei 11.437/2006 – “...Art. 12. Poderá constar dos orçamentos das obras cinematográficas e audiovisuais nacionais que utilizam os incentivos fiscais previstos nas [Leis nºs 8.313, de 23 de dezembro de 1991](#), e [8.685, de 20 de julho de 1993](#), na [Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001](#), e nesta Lei, no montante de até 10% (dez por cento) do total aprovado, a remuneração dos serviços de gerenciamento e execução do respectivo projeto por empresas produtoras cinematográficas brasileiras...”

produtos audiovisuais (obras) concorrendo com as grandes empresas de todo o setor, que possuem uma força econômica muito maior que uma produtora, ou até mesmo, distribuidora brasileira.

Assim escolhendo-se o direito de comercialização como o direito a ser regulado, sugere-se, no presente estudo a adoção de instrumentos normativos (como instruções normativas) que criem regras quanto a participação na receita do filme pela produtora. Assim, independentemente do direito patrimonial ou de seu detentor, num prazo hipotético (5, 7 anos), poderia ser criada uma regra em que toda a transação feita com obra audiovisual incentivada pelo mecanismo do art. 39, X criaria uma obrigação ao investidor de pagar royalties da mesma para a empresa produtora, dentro de um percentual sobre o valor da obra negociado e fixado em contrato¹⁴².

Avançando e pensando numa questão regulatória (ou seja, o impacto dessas regras na conformação e desenvolvimento do setor), pode-se citar a possibilidades de criação de mecanismos indutivos para a alocação mais eficiente dos recursos disponíveis no setor audiovisual de uma forma geral. Assim, exemplificativamente, uma mesma empresa produtora que constantemente fosse escolhida por uma mesma investidora poderia ter sua parcela de royalties (da produtora) numa alíquota cada vez maior, de forma induzir que o investidor escolhesse outras empresas produtoras, pulverizando os investimentos. Essa regra cairia bem no que se referem aos dados de captação observados no presente estudo, pois aumentaria o poder de distribuição de recursos para outras empresas, diminuindo a concentração. Além disso, a composição de regras sobre obras audiovisuais (ainda que restritas às obras incentivadas) certamente mexeria na conformação do setor no âmbito econômico, pois regularia os ganhos com obras audiovisuais brasileiras (regulação de conteúdo audiovisual e suas relações econômicas). Essas regras combinadas com regras do PLC 116¹⁴³, o qual cria cotas de conteúdo s nacionais na TV por assinatura, certamente fariam com que esse regramento contratual aumentasse seu impacto na conformações da estrutura do setor, especialmente no modelo de negócio das programadoras estrangeiras e na forma de negociarem parte de seu portfólio de conteúdos (como, por exemplo, os oriundos dos mecanismos do Art. 39, X), principalmente.

¹⁴² A fiscalização desses contratos, como forma de verificar a efetividade dessas políticas tem respaldo legal – lei 11.437/2006 – “Art. 11. Os exploradores de atividades audiovisuais deverão prestar informações à Ancine quanto aos contratos de co-produção, cessão de direitos de exploração comercial, exibição, veiculação, licenciamento, distribuição, comercialização, importação e exportação de obras audiovisuais realizadas com recursos originários de benefício fiscal ou ações de fomento direto, conforme normas expedidas pela Ancine...”

¹⁴³ PLC 116 – “Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado... 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...”

Cabe reforçar essas regras e os modelos ilustrativos sugeridos estão em conformação com os principais princípios informadores dos contratos, notadamente os princípios da justiça contratual¹⁴⁴ e boa-fé contratual¹⁴⁵. Essas teses fundamentam-se também na teoria preceptiva. Fiúza (2003, p. 26, 27) descreve-a:

“[...]Segundo esta teoria (teoria preceptiva) obrigações oriundas dos contratos valem não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessa à a sociedade a tutela da situação obviamente gerada, por suas consequências econômicas e sociais)...”

Além disso, o art. 16 do decreto Nº 6.304 trata da questão da regulação de direito nas obras audiovisuais que usam benefícios de renúncia fiscal:

“[...]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...”

Por último, vemos que a criação de regras no sentido de induzir a participação nas receitas das obras produzidas por empresa brasileira é um caminho para autosustentabilidade, objetivo da Ancine, na medida em que gera renda às produtoras através da negociação de obras audiovisuais no mercado:

“...Art. 6º A ANCINE terá por objetivos:

IV - promover a auto-sustentabilidade da indústria cinematográfica nacional visando o aumento da produção e da exibição das obras cinematográficas brasileiras...”

Assim, encontra fundamento jurídico a interferência do Estado nesses contratos de renúncia fiscal. No entanto, essas regras deverão ser transparentes (sujeição consulta e audiência pública) e

¹⁴⁴ O princípio da justiça contratual ou equidade estabelece que as partes tenham que estar num plano de igualdade tanto formal como material; no caso da justiça formal, há de se haver igualdade de oportunidades no momento da contratação; já com relação à justiça material, há uma preocupação com o equilíbrio do contrato, ou seja, com a equivalência entre a prestação e contraprestação e com a distribuição equitativa de ônus e riscos.

¹⁴⁵ O princípio da boa fé requer que as partes ajam de acordo com padrões de honestidade e lealdade, correspondendo à confiança, reciprocamente depositada por uma parte na outra.

deverão estar fundamentadas em dados econômicos, servindo para combater gargalos nos principais segmentos do setor (especialmente o de TV por assinatura).

Conclusão

Conclui-se no presente estudo sobre a real possibilidade da junção das atividades de regulação econômica e fomento da atividade audiovisual numa mesma entidade (Ancine) através de uma medida única, qual seja, por meio da regulação dos contratos provenientes dos investimentos realizados no âmbito da utilização dos mecanismos de renúncia fiscal previsto no artigo 39, X da MP 2.228-1/2001.

Observou-se que os agentes mais fortes no mercado relevante programação (segmento de TV fechada) são as mesmas pessoas que usam o mecanismo do Art. 39, X da MP 2.228-4/2001. E a partir de indicadores provenientes do uso desse mecanismo, ficou evidenciado a concentração de lucros para empresas inseridas no mercado relevante programação. Neste caso, a renúncia fiscal gera um resultado perverso de aumentar o poder de mercado e o poder econômico dessas empresas, pois aumenta, por exemplo, o portfólio de filmes e obras audiovisuais dessas, dando mais força para que essas negociem obras audiovisuais (conteúdos brasileiros) com melhores preços, atuando com forte economia de escala, o que pode lhes permitir (ainda que numa análise bastante simplificada) baixar seus custos e aumentar seus rendimentos

Diante maior interesse público que a questão levanta e em respeito a princípios modernos advindos da teoria dos contratos como o princípio da justiça contratual, verificou-se possibilidade de regramento desses contratos por parte do poder público, de forma a que esses contratos sejam regulados de acordo com o interesse público. Esta medida, representaria, ao mesmo tempo, uma medida de fomento (pois o uso do mecanismo pode ser regulamentado de forma a gerar recursos advindos da exploração da própria atividade como o exemplo citado dos royalties obrigatórios porventura a serem pagos pelos investidores aos produtores) e de regulação (regulação de conteúdo e sua comercialização no setor audiovisual). Obviamente, vê-se que há uma limitação na política regulatória sugerida, pois é restrita aos contratos feitos para obras brasileiras financiadas com recursos de renúncia fiscal (39, X). Assim, no que tange à regulação de conteúdos audiovisuais de uma forma genérica, uma grande gama de obras (nacionais e estrangeiras), a princípio, estariam desprovidas desse mecanismo de regulação, pois não se encaixariam no modelo sugerido neste estudo. No entanto, interferir no processo de negociação e nas rendas auferidas por essas é de grande valia, pois permite o desenvolvimento da indústria audiovisual brasileira a partir do ganho financeiro para produtoras de recursos advindos da exploração econômica as obras por essas produzidas. Além disso, interfere na negociação de conteúdo audiovisual no segmento de TV fechada, especialmente sobre a renda auferida pela obra na comercialização dessas nesse segmento, um dos mais importantes do setor audiovisual. Um sucesso nessa área poderia representar um primeiro indicador da necessidade de regulação de

conteúdo em outros mercados do setor, visando interesses públicos relevantes como os mencionados como princípios enumerados na CF/1988 especialmente o art. 221¹⁴⁶.

Por último, fica a sugestão sobre a necessidade de se regular o setor audiovisual como um todo. A regulação desse setor, na verdade, insere-se numa questão muito maior, qual seja, a regulação da comunicação. Há várias sugestões de regulação como a necessidade de se criar uma regulação da internet (camada de bens finitos-nomes e números do protocolo IP); regulação dos direitos das obras audiovisuais; definição de outras políticas como classificação etária da programação; estabelecimento de cotas regionais, cotas de produção independente, cotas nacionais; regulação da propriedade intelectual (serviço de instrução ao CADE), etc; todos esses exemplos relativos à regulação de conteúdo, numa acepção mais ampla. Há ainda a necessidade de se pensar na regulação de infraestrutura de telecomunicações, reunindo atribuições que hoje estão dispersas entre o Minicom e a Anatel. Percebe-se, assim, que a regulação do setor como um todo é muito mais complexa e envolve uma série de atribuições, órgãos e campos de estudo (direito (direito administrativo econômico, civil, propriedade intelectual, etc.), economia, comunicação social, etc.). Mas esse aparato de demanda regulatória (que em parte já existe atualmente), não retira os possíveis avanços da regulação de contratos de investimentos de Art. 39, X, seja no âmbito do desenvolvimento do setor, seja no regulação “parcial” os conteúdos dos mesmos. Inclusive, esse modelo pode ser ampliado para outros mecanismos de mesma natureza, como os do art. 3º e 3º.A da lei 8.685/1993. Esse regramento contratual assim aparece como uma medida que interfere nas principais empresas que operam no segmento de TV fechada (mercado relevante programação) de forma a desenvolver o setor e regular determinados aspectos (conteúdo e suas formas de exploração), apontando para possibilidade de junção das atividades de regulação e fomento no âmbito da competência de uma agência reguladora federal – Ancine.

Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Editora forense-2ª edição, 2005

ATALIBA, Geraldo. **Hermenêutica e sistema constitucional tributário** in: Interpretação no direito tributário. São Paulo: Saraiva, EDUC, 1975.

¹⁴⁶ CF/1988 [...]Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

- I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família...”

BARROS, Leonardo Teixeira Monteiro. **Avaliação de empresas de cinema e estúdios cinematográficos**. Dissertação de mestrado da IBMEC. Rio de Janeiro, 2004.

BRASIL. Ministério da Fazenda. “Ato de Concentração Nº 08012.005864/2000-07 da SEAE/MF”. SEAE. Brasília, 2007.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o direito administrativo**. Revista dos tribunais trimestral de direito público, n. 13, São Paulo: Malheiros, 1996.

CARRAZA, Roque Antônio, **curso de direito constitucional tributário**, 9ª edição, Malheiros, 1997, p. 70.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial. 7.ed.rev.atual. de acordo com o novo código civil e alterações da LSA**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

COELHO Sacha Calmon Navarro. **Comentários à constituição de 1988**. Sistema tributário. 8ª edição., Rio de Janeiro: forense, 1999

FAGUNDES, Jorge e SCHUARTZ, Luis Fernando. **Defesa da Concorrência e Indústria do Cinema no Brasil**, acessado em, <http://www.culturalivre.org.br/artigos/def-concorrenca-cinema-schuartz-fagundes.pdf>, 2006.

FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins**, SP. Dialética, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 4.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Vinicius Alves Portela. **Fundamentos da Atividade Cinematográfica e audiovisual**. Rio de Janeiro. Editora Campus/Elsevier, 2009.

_____. **Teoria da regulação**. Rio de Janeiro. Editora Campus/Elsevier, 2009.

_____. **As taxas e CIDES arrecadadas pelas agências reguladoras e seu papel na independência funcional destas: o caso específico da ANCINE**. VI Congresso Brasileiro de regulação ABAR. Rio de Janeiro, 2009.

_____. **Possibilidades de intervenção regulatória por parte das contribuições de intervenção no domínio econômico – CIDE: o caso específico da Condecine**. Monografia premiada

com 3ª colocação no IV Prêmio SEAE em monografias sobre defesa da concorrência e regulação econômica. SEAE/Ministério da fazenda. Brasília, 2009.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. **Os importantes conceitos de pagamento, crédito, remessa, entrega e emprego de renda (a propósito do imposto de renda na fonte e de lucros de controladas e coligadas no exterior)**. RFDT 22, jul-ago, 2006.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário. Constituição e Código tributário a luz da doutrina e da jurisprudência**, Porto Alegre-RS. Ed Livraria do advogado, 2009.

POSSAS, Mario Luiz. **Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência**, Rio de Janeiro, 2009.

REIS, Sérgio L. B. F. **Concessão de serviços de radiodifusão no Brasil – Análise do segmento de transmissão esportiva**, in VI Congresso Brasileiro de Regulação, 2009, Rio de Janeiro. VI Congresso Brasileiro de Regulação - Trabalhos Técnicos e Pôsteres, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo. 11.ed. nos termos da reforma constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOLOT, Steve. **Incentivos fiscales para la producción y coproducción audiovisual en iberoamérica**, Canadá y EE.UU. BRASIL - ANDERS, Guilherme e CESNICK, Fábio de Sá. Editora EGEDA. LATC. 1ª edición. Rio de Janeiro, 2009.

Sites consultados:

www.planalto.gov.br

www.abta.org.br

www.Ancine.gov.br

www.cade.gov.br