

Futuro das (Tele)Comunicações e a Regulação na Convergência:
ponderando interesses, estimulando negócios e promovendo o acesso à informação e ao bem cultural diversificado.

I Fórum Lusófono das Comunicações

Associação de Reguladores de Comunicações e Telecomunicações da CPLP

Brasília, 30/04/2010

MARCOS TAVOLARI

Cotizalia.com > EN EXCLUSIVA

Telefónica fortalece su sección de contenidos audiovisuales antes de entrar en Digital Plus

[Telefónica](#), [Prisa](#), [Digital Plus](#)

@Gonzalo Garteiz - 31/10/2009

★★★★☆ (4/5 | 3 votos)

Deja tu comentario (0)



Telefónica está absolutamente convencida de que invertir en sectores que agrupen los servicios de telecomunicaciones y el entretenimiento, además de en la industria de contenidos audiovisuales, es una buena opción estratégica, amén de rentable, y por esta razón ha potenciado notablemente en los últimos meses su filial Telefónica Servicios Audiovisuales (TSA), antes de su entrada en el capital de Digital +, proyecto empresarial que "va por buen camino" en palabras del presidente **César Alierta**. TSA depende de Telefónica Contenidos, presidida por **Luis Blasco**.

Dejando de lado la inversión "minoritaria" (la mayor de lejos en capital), en la empresa del financieramente ahogado Grupo Prisa, Telefónica Servicios Audiovisuales es su caballo de Troya en el sector de contenidos audiovisuales. El pasado día 20, esta empresa ya adecuó sus estatutos a la nueva coyuntura para poder "prestar todo tipo de servicios públicos y privados de telecomunicaciones audiovisuales y los conexos de producción de contenidos". La filial ha cerrado en octubre la compra a Antena 3 de Gloway, el negocio de producción audiovisual de la cadena de televisión, que contaba con 17 unidades móviles, con lo cual Telefónica dispondrá de un total de 30 unidades. TSA será también la encargada de dar el servicio a Antena 3.



César Alierta, presidente de Telefónica (Efe)

El negocio de la prestación de servicios técnicos de producción se cifra en España en 1.200 millones de euros, de los cuales cerca de la mitad corresponde a la transmisión y difusión de señal de

Algumas questões ...

- **Em qualquer lugar, a qualquer tempo, com muito conteúdo.**
- **Reconhecimento das preferências e disponibilização de “serviços inteligentes”.**
- **Integração colaborativa como chave e demanda do usuário.**
- **A diminuição do custo e ampliação da capacidade da banda larga proporcionarão novas aplicações, negócios e serviço. Problema: gargalos na infra-estrutura.**
- **Tendência de integração convergente para diminuição de custos e maximização de resultados.**

Algumas questões ...

- **Proteção de investimentos pré-existentes: opção entre desenvolvimento civilizado ou barbárie predatória na reconfiguração do mercado**
 - **Dinâmica empresarial: ponderando interesses e estimulando mercados.**
- **Direitos (de escolha) do consumidor: opções de qualidade, diversidade de conteúdos e serviços - com preço justo.**
- **Mercado de Conteúdos e sua centralidade na Sociedade do Conhecimento: acessar, conhecer, usar, transformar, (re)vender...**
- **Geração de emprego e renda de qualidade, além de proporcionar ampliação da produção e circulação da informação e bens culturais diversificados.**

Esta apresentação

- **Características do mercado audiovisual no ambiente convergente**
- **Atividade audiovisual, regulação do mercado de bens simbólicos e direitos de propriedade intelectual**
- **A ação dos órgãos reguladores do setor audiovisual**
- **Princípios da regulação audiovisual**
- **Análise legislativa**
- **Para concluir: a tensão da proteção e do acesso aos bens audiovisuais na regulação setorial**

Características do mercado audiovisual no ambiente convergente

- ❑ Capilaridade, com expressiva dimensão, das redes de propriedade (ou exploradas) das grandes empresas de distribuição de conteúdo.
- ❑ Grande poder de influência junto aos consumidores e fornecedores, incluindo no processo de aquisição de conteúdo, dirigismo editorial, precificação e qualificação final do acesso (escolha do conteúdo que será acessado).
- ❑ Exclusão dos concorrentes do acesso à rede, via integração vertical (verticalização da cadeia) e acordos (tácitos ou contratos) de preferências exclusivas (contratação de direitos). Ex.: determinado provedor de conteúdo (distribuidor) também atua ou possui vínculos associativos com agregador (programador, empacotador) e produtor de conteúdos.
- ❑ Tendência à concentração do mercado, tendo, por externalidade negativa não-econômica, a diminuição do pluralismo informativo.

Características do mercado audiovisual no ambiente convergente

- ❑ **Convergência** entendida como: processo de agregação e combinação dos **setores de telecomunicações** (serviços de rede), **meios de comunicação** (produção e difusão de conteúdos) e **tecnologias da informação** (serviços diversos de internet). Possibilidade de regulação por camadas: telecomunicações (rede) e audiovisual (conteúdo), de acordo com a expertise do órgão regulador.
- ❑ Formação de “**conglomerados convergentes**” - atuação unificada de empresas, englobando redes de diversos tipos e serviços midiáticos, especialmente serviços audiovisuais. Decorrem da convergência tecnológica, e das sinergias daí derivadas, da desregulação dos mercados e dos processos naturais de concentração empresarial.
- ❑ Cenário leva a **efeitos concorrenciais negativos e “falhas de mercado”**, podendo ocasionar a marginalização dos produtores e dos difusores independentes que se encontram fora dos circuitos estabelecidos; bem como da diversidade cultural. Cenário leva à necessidade de estabelecimento, por parte do Estado, de parâmetros regulatórios e concorrenciais.

Atividade audiovisual, regulação e direitos de propriedade intelectual

- ❑ A **substancialidade econômica da atividade audiovisual** (produção e difusão de conteúdos) é **baseada em contratos de propriedade intelectual**, em especial quanto à exploração econômica das obras audiovisuais.
- ❑ Os conteúdos audiovisuais, em especial as obras audiovisuais, configuram-se em ativos intangíveis, de valoração complexa e variável de acordo com o potencial de circulação (exposição e difusão) do conteúdo. Ex.: quanto “vale” uma obra audiovisual em relação ao tempo? Ou como definir a potencialidade de licenciamento de produtos derivados da obra audiovisual ao longo do tempo?
- ❑ Os direitos relativos aos contratos de cessão de direitos e as modalidades de exploração decorrentes (outorgas de direitos de distribuição comercial, reprodução, exibição cinematográfica, veiculação em serviços de comunicação eletrônica de massa etc.) configuram-se como ativos relevantes, inclusive com influência concorrencial (direitos de exclusividade).

Atividade audiovisual, regulação e direitos de propriedade intelectual

- ❑ Além do caráter econômico, **o conteúdo audiovisual integra a categoria dos bens simbólicos**, despertando interesses em relação às desigualdades de fruição (espaços de circulação) e produção (multiplicidade de agentes produtivos). Os direitos outorgados nas modalidades de exploração (contratação de direitos) podem interferir e ampliar tais desigualdades (barreira de acesso ao bem cultural).
- ❑ O mercado de bens simbólicos transcende o espaço de trocas de mercadorias, concretizando-se como *locus* de interações sociais, troca de informações e experiências culturais que fortalecem as **capacidades substantivas** e possibilitam na real liberdade de escolha consciente de como viver (liberdade substantiva – Amartya Sen).
- ❑ O direito de acessar a cultura e fruir os bens culturais implica no **desenvolvimento de capacidades substantivas**: o direito à cultura qualifica o desenvolvimento. Neste contexto, emerge a concretização do direito de acessar os bens culturais audiovisuais, garantindo-se a diversidade de conteúdo e a pluralidade dos agentes do mercado (produtores, agregadores, difusores e distribuidores de conteúdo audiovisual). Ex.: pluralidade informacional.

Atividade audiovisual, regulação e direitos de propriedade intelectual

- ❑ A regulação (democrática) do setor audiovisual emerge como instrumento de concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, quanto é direcionada a possibilitar a entrada de novos agentes e garantir a abertura dos espaços de circulação ao bem cultural (liberdade de expressão cultural e atuação empresarial).
- ❑ A regulação (democrática) do setor audiovisual **transcende a simples adoção de medidas de proteção ao mercado interno**, tais como a fixação de mecanismos de exceção cultural (cotas de exibição para conteúdo de origem nacional). Ela pode envolver **ações de indução programática** (fomento com características regulatórias), **correção de assimetrias no mercado e adoção de medidas de caráter concorrencial** (ampliação de espaços de circulação, repressão às condutas anti-competitivas, combate a escassez artificial etc.).
- ❑ Considerando-se a centralidade dos direitos de propriedade intelectual na atividade audiovisual, **a ação regulatória envolve especial tratamento à análise das relações sobre direitos de propriedade intelectual constituídos**, servindo de instrumento de **harmonização** entre os interesses públicos (acesso ao bem cultural) e privados (proteção dos investimentos).

■ A ação dos órgãos reguladores do setor audiovisual

□ Atribuições principais desejáveis:

- preservar a livre concorrência e promover a competição;
- favorecer o pluralismo político, cultural, social e lingüístico (regulação do ordenamento social);
- garantir a efetividade dos estímulos públicos positivos concedidos (políticas de fomento).
- servir de arena socialmente permeável e voltada à ponderação de interesses públicos e privados na relação do acesso ao bem cultural e na garantia dos direitos de propriedade intelectual (direitos de autor e conexos; contratos derivados, proteção dos investimentos etc.). Em alguns sistemas hiperproprietários, assume a função de defender a propriedade intelectual e combater a pirataria, sem considerar a ponderação de interesses.

■ A ação dos órgãos reguladores do setor audiovisual

□ O que deve ser evitado:

- Dirigismo estatal no conteúdo produzido.
- Intervenções que dificultem o progresso tecnológico, o acesso ao conteúdo, a circulação dos investimentos, a inovação e a atuação competitiva do mercado.
- Ineficiência na política de fomento (incentivo) associada à regulação. Obs.: Observar o disposto no art.
- Excesso de burocracia.

■ **Princípios da regulação audiovisual**

□ **Econômicos:**

- **Promoção da competição** efetiva nos meios (antigos e novos), com abertura do mercado aos novos agentes e disciplina efetiva da ordem econômica.
- **Atenção especial à verticalização e à existência de acordos de preferências exclusivas**, o que inclui contratos referentes à propriedade intelectual (aquisição de direitos de veiculação, contratação de talentos etc.).
- **Promoção de novas formas de acesso à informação e ao bem cultural audiovisual** (incluído sua dimensão de entretenimento) que possibilitem serviços diversificados e mais baratos aos consumidores.
- **Promoção de maior competitividade na produção, difusão e exportação de conteúdos** – incluindo medidas de exceção cultural (cotas transitórias de conteúdo não hegemônico), ações de reciprocidade (co-produção internacional, espaços de difusão coordenados etc.), formação de fundos de investimento à produção e comercialização, incentivo à formação de agregadores privados e agentes de vendas internacionais etc.

■ **Princípios da regulação audiovisual**

□ **Sociais e Culturais:**

➤ **Promoção da cultura** nacional ou comunitária, da diversidade regional e fortalecimento dos produtores de conteúdos (especialmente os produtores independentes), com **garantia de acesso aos diversos segmentos de mercado**.

➤ **Ampliação da pluralidade** das fontes de informação e entretenimento (“mais agentes, mais opiniões diferenciadas”), bem como da diversidade de conteúdo (multiplicidade da tipologia de obras e gêneros de conteúdo).

Análise de casos (Brasil)

❑ Decreto n.º 6.304/2007:

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.

➤ **Objetivo:** fortalecer a agente produtor independente (privado) por intermédio da proteção de direitos na negociação dos contratos. Pretende-se que o produtor independente possa ter maior liberdade de negociação e participação nos resultados decorrentes da exploração econômica da obra audiovisual, **passando a ser um agente economicamente fortalecido** (maior participação nos resultados decorrentes dos direitos de propriedade) e **não mero prestador de serviços**. Ex.: limitar a duração da licença de exibição adquirida pela programadora/radiodifusora, possibilitando renegociação do contrato após determinado prazo, com novo valor (importante no caso de seriados que obtenham sucesso) e para terceiros.

Análise de casos (Brasil)

❑ Medida Provisória 2.228-1/2001:

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

(...)

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

➤ **Objetivo:** Participação nos direitos como **critério de definição de relação econômica para fins de política específica de fomento.**

Análise de casos (Brasil)

❑ Decreto n.º 6.304/2007:

Art. 2º Para os fins deste Decreto entende-se por:

(...)

§ 2º A ANCINE poderá expedir normas definindo o conceito de empresa produtora audiovisual independente, bem como o conceito de associação ou **vínculo** entre a empresa produtora e empresa do segmento de mercado de radiodifusão de sons e imagens ou empresa do segmento de mercado de comunicação eletrônica de massa por assinatura, visando estabelecer critérios para aplicação dos recursos advindos do imposto sobre a renda, conforme disposto neste Decreto.

➤ **Objetivo:** Participação nos direitos como **critério de definição de relação econômica para fins de política específica de fomento.**

Análise de casos (Brasil)

❑ Medida Provisória 2.228-1/2001 (Atuação do órgão regulador em matéria de contratação de direitos de propriedade intelectual):

Art. 6º A ANCINE terá por objetivos:

(...)

XI - **zelar pelo respeito** ao direito autoral sobre obras audiovisuais nacionais e estrangeiras.

(...)

Art. 7º A ANCINE terá as seguintes competências:

(...)

III - **promover o combate à pirataria de obras audiovisuais;**

(...)

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

Análise de casos (Brasil)

❑ Medida Provisória 2.228-1/2001 (Atuação do órgão regulador em matéria de contratação de direitos de propriedade intelectual):

Art. 7º A ANCINE terá as seguintes competências:

(...)

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

(...)

XI - aprovar e controlar a execução de projetos de co-produção, produção, distribuição, exibição e infra-estrutura técnica a serem realizados com recursos públicos e incentivos fiscais, ressalvadas as competências dos Ministérios da Cultura e das Comunicações;

➤ **Objetivo:** Possibilita a intervenção do Estado nos contratos das obras realizadas com recursos incentivados (regulações específicas de limites e exceções aos direitos, limites temporais, evitar obras represadas em catálogos – ampliar circulação, possibilitar ações de preservação etc.) .

Análise de casos (Brasil)

❑ Medida Provisória 2.228-1/2001 (Atuação do órgão regulador em matéria de contratação de direitos de propriedade intelectual):

Art. 18. As empresas distribuidoras, as programadoras de obras audiovisuais para o segmento de mercado de serviços de comunicação eletrônica de massas por assinatura, as programadoras de obras audiovisuais para outros mercados, conforme assinalado na alínea e do Anexo I desta Medida Provisória, assim como as locadoras de vídeo doméstico e as empresas de exibição, **devem fornecer relatórios periódicos sobre a oferta e o consumo de obras audiovisuais e as receitas auferidas pela exploração delas no período**, conforme normas expedidas pela Ancine.

➤ **Objetivo:** Possibilita a obtenção de informações sobre a remuneração de direitos por segmento de mercado – fortalecendo o detentor primário dos direitos autorais no conhecimento dos valores em circulação (relevantes para royalties). Também diminui a assimetria de informações sobre o mercado, para o estabelecimento de ações regulatórias e de defesa da ordem econômica.

Análise de casos (Brasil)

❑ Medida Provisória 2.228-1/2001 (Atuação do órgão regulador em matéria de contratação de direitos de propriedade intelectual):

Art. 19. As empresas distribuidoras e locadoras de obras cinematográficas para vídeo, doméstico ou para venda direta ao consumidor, em qualquer suporte, deverão emitir semestralmente relatório enumerando as obras cinematográficas brasileiras distribuídas no período, número de obras estrangeiras e sua relação, número de cópias distribuídas por título, conforme definido em regulamento, devendo estas informações serem remetidas à ANCINE.

Objetivo: Possibilita a obtenção de informações sobre a remuneração de direitos – fortalecendo o detentor primário dos direitos autorais no conhecimento dos valores em circulação (relevantes para royalties). Também diminui a assimetria de informações sobre o mercado, para o estabelecimento de ações regulatórias e de defesa da ordem econômica.

Análise de casos (Brasil)

❑ Medida Provisória 2.228-1/2001 (Atuação do órgão regulador em matéria de contratação de direitos de propriedade intelectual):

Art. 20. Poderá ser estabelecida, por lei, a obrigatoriedade de fornecimento periódico de informações sobre veiculação ou difusão de obras cinematográficas e videofonográficas para empresas operantes em outros segmentos de mercado além daqueles indicados nos arts. 18 e 19.

Objetivo: Possibilita a obtenção de informações sobre diversidade de conteúdo e a remuneração de direitos – fortalecendo o detentor primário dos direitos autorais no conhecimento dos valores em circulação (relevantes para royalties). Também diminui a assimetria de informações sobre o mercado, para o estabelecimento de ações regulatórias e de defesa da ordem econômica.

Análise de casos (Brasil)

❑ Medida Provisória 2.228-1/2001 (Atuação do órgão regulador em matéria de contratação de direitos de propriedade intelectual):

Art. 29. A contratação de direitos de exploração comercial, de licenciamento, produção, co-produção, exibição, distribuição, comercialização, importação e exportação de obras cinematográficas e videofonográficas em qualquer suporte ou veículo no mercado brasileiro, **deverá ser informada à ANCINE**, previamente à comercialização, exibição ou veiculação da obra, com a comprovação do pagamento da CONDECINE para o segmento de mercado em que a obra venha a ser explorada comercialmente.

Parágrafo único. No caso de obra cinematográfica ou videofonográfica publicitária, deverá ser enviado à ANCINE, o resumo do contrato firmado entre as partes, conforme modelo a ser estabelecido em regulamento.

Objetivo: Na prática, cria-se um órgão de registro informacional sobre contratos que versão sobre as modalidades de exploração econômica dos direitos de propriedade intelectual. Possibilita a obtenção sobre a remuneração de direitos – fortalecendo o detentor primário dos direitos autorais no conhecimento dos valores em circulação (relevantes para royalties). Também diminui a assimetria de informações sobre o mercado, para o estabelecimento de ações regulatórias e de defesa da ordem econômica.

Análise de casos (Brasil)

❑ Projeto de Lei n.º 29/2007 (Pretende dispor sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado)

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

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

- a) não ser controladora, controlada ou coligada a programadoras, empacotadoras, distribuidoras ou concessionárias de serviço de radiodifusão de sons e imagens;
- b) não estar vinculada a instrumento que, direta ou indiretamente, confira ou objective conferir a sócios minoritários, quando estes forem programadoras, empacotadoras, distribuidoras ou concessionárias de serviços de radiodifusão de sons e imagens, direito de veto comercial ou **qualquer tipo de interferência comercial sobre os conteúdos produzidos**;
- c) não manter **vínculo de exclusividade** que a impeça de **produzir ou comercializar** para terceiros os conteúdos audiovisuais por ela produzidos;

➤ **Objetivo**: Participação nos direitos como **critério de definição de relação econômica para fins de política específica de fomento**. Também possibilita o estabelecimento de ações regulatórias e de defesa da ordem econômica.

Análise de casos (Brasil)

❑ Projeto de Lei n.º 29/2007 (Pretende dispor sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado)

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

XXI – **Programadora Brasileira Independente**: programadora brasileira que atenda os seguintes requisitos, cumulativamente:

a) não ser controladora, controlada ou coligada a empacotadora, distribuidora ou concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens;

b) não manter **vínculo de exclusividade que a impeça de comercializar**, para qualquer empacotadora, os direitos de exibição ou veiculação associados aos seus canais de programação;

➤ **Objetivo**: Participação nos direitos como **critério de definição de relação econômica para fins de política específica de fomento**. Também possibilita o estabelecimento de ações regulatórias e de defesa da ordem econômica.

Análise de casos (Brasil)

❑ Projeto de Lei n.º 29/2007 (Pretende dispor sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado)

Art. 6º As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, bem como suas controladas, controladoras ou coligadas, **não poderão, com a finalidade de produzir conteúdo** audiovisual para sua veiculação no serviço de acesso condicionado ou no serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens:

I – **adquirir ou financiar a aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos de interesse nacional;** e

II – **contratar talentos artísticos nacionais de qualquer natureza,** inclusive direitos sobre obras de autores nacionais.

Parágrafo único. As restrições de que trata este artigo não se aplicam quando a aquisição ou a contratação se destinar exclusivamente à produção de peças publicitárias.

➤ **Objetivo:** Possibilita o estabelecimento de ações regulatórias e de defesa da ordem econômica a partir das relações contratuais inerentes aos direitos de propriedade intelectual.

Para concluir: A tensão entre a proteção e o acesso

- ❑ O advento das tecnologias digitais de gravação e reprodução de conteúdos audiovisuais, aliada à massificação do acesso à rede mundial de computadores (Internet), os investimentos na ampliação da infra-estrutura de Banda Larga e a implantação progressiva da radiodifusão digital, possibilitaram novas formas de uso, manipulação, disponibilização e circulação “virtual” dos conteúdos audiovisuais, numa escala de impacto muito maior do que a proporcionada pelas tecnologias de gravação magnética, circulação e acesso tradicional ou “físico” de conteúdo.
- ❑ Foram ampliadas, significativamente, as possibilidades de **interferência dos usuários na relação clássica de proteção dos direitos de autor da obra audiovisual**, trazendo ao debate a eficácia dos instrumentos de concretização das restrições e limites à utilização da obra, tal como inserido na legislação brasileira e de outros países.

Para concluir: A tensão entre a proteção e o acesso

□ Paralelamente aos movimentos de conservação da atual estrutura de direitos, baseada na “hipertrofia proprietária” e no rigoroso combate à “utilização indevida”, emerge a resistência dos defensores do “uso justo” e do “desenvolvimento cultural compartilhado” e, em tom mais extremado, daqueles que são totalmente contrários à apropriação de direitos sobre bens culturais, estabelecendo uma arena de disputa entre hiperproprietários e libertários. Cria-se, desta forma, um espaço à regulação especializada (ponderada), que deve afastar os riscos da judicialização (não ponderada) da análise destas demandas.

□ **Desafio:** A tutela jurídica e as ações regulatórias devem garantir o estímulo econômico à criação intelectual e o avanço tecnológico, *pari passu* com a garantia da promoção do desenvolvimento da cultura e o acesso à informação.

□ **Solução possível:** a atuação dos órgãos reguladores, que implementem processos regulatórios dotados de permeabilidade social e prestação de contas da efetividade das medidas regulatórias (*accountability*), como arena de ponderação de interesses na disciplina normativa e participação na composição dos conflitos (inclusive arbitral).

Obrigado pela atenção!



Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual

marcos@tavolari.adv.br

Advogado – OAB/RJ

Membro do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – IBPI

Membro da Comissão de Direito Autoral, Direito do Entretenimento e Direitos Imateriais da OAB-RJ

Pesquisador Associado ao Programa de Mestrado em Direito Econômico da Universidade Cândido Mendes – UCAM/RJ

Coordenador da Assessoria Técnica e Especialista em Regulação da Agência Nacional do Cinema - ANCINE

As opiniões exaradas nesta apresentação são de responsabilidade exclusiva do palestrante
BRASÍLIA , 30/04/2010