



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**Caio Eduardo Cormier Chaim**

**ESTADO REGULADOR E CULTURA: A REGULAÇÃO  
COMO VETOR DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DE  
MERCADOS CRIATIVOS**

BRASÍLIA

2021

CAIO EDUARDO CORMIER CHAIM

**ESTADO REGULADOR E CULTURA: A REGULAÇÃO COMO  
VETOR DE DESENVOLVIMENTO DE MERCADOS  
CRIATIVOS**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), realizada sob a orientação do Professor Doutor Márcio Lório Aranha

BRASÍLIA

2021

Após sessão pública da defesa desta Dissertação, o candidato Caio Eduardo Cormier Chaim foi considerado aprovado pela Banca Examinadora.

---

Professor Dr. Márcio Lório Aranha  
Universidade de Brasília (UnB)  
Orientador

---

Professora Dra. Simone Henriqueta Cossetin Scholze  
Membra

---

Professor Dr. Murilo César Ramos  
Professor Emérito da Universidade de Brasília (UnB)  
Membro

---

Professor Dr. Paulo Burnier da Silveira  
Universidade de Brasília  
Membro suplente

Brasília, 30 de agosto de 2021

*A Christine e Ricardo, mãe e pai que tanto fizeram por mim e que seguem nessa jornada da vida como meus maiores e melhores parceiros. À minha amada irmã Giselle, que tanto aposta em mim, e ao doce fruto de seu amor com Vinícius, minha sobrinha Teresa. Aos tantos colegas artistas que conheci e conhecerei, em especial àqueles que infelizmente tiveram de paralisar suas carreiras em função das dificuldades que todos nós encontramos no exercício do ofício da arte.*

## AGRADECIMENTOS

Certa vez ouvi dizer que são os filhos que escolhem os pais antes de nascerem. Se a hipótese for correta, sinto que meu maior acerto se deu antes mesmo de encarnar por aqui. Agradeço ao Universo, à Natureza, aos Deuses e Deusas (e quaisquer que sejam os nomes utilizados para traduzir o que é sagrado) por tê-los encontrado, Ricardo e Christine. O que sou e o que serei nessa vida, com toda certeza, é fruto de seu trabalho devoto no exercício da paternidade e da maternidade.

Agradeço à minha querida irmã Giselle, parceira de toda a vida e meu grande amor, que agora se duplica em um amorzinho chamado Teresa. Dedico essa obra a ela e à geração que se inaugura agora, com a chegada da minha primeira sobrinha, na esperança de que o mundo que ela venha a desfrutar seja mais justo e terno sobre as escolhas profissionais que as crianças, no futuro, terão de inevitavelmente fazer. À minha avó Tereza, matriarca das artes em nossa família (as quais exerce, todas, com esmero e inadvertido talento) por me inspirar a criar e brincar com o mundo. Ao meu avô Hubert, por sua natureza culta, curiosa e dotada de todos os talentos necessários a um excelente contador de histórias. Aos demais membros de minha querida família pelo convívio e fortalecimento mútuo nesses anos de caminhada.

Registro um especial agradecimento ao meu orientador, o Professor Márcio Lório Aranha, por me motivar a buscar a academia e acreditar que as discussões relativas à cultura necessitam ser aprofundadas na Universidade. Fico honrado com o voto de confiança e com as portas abertas, agradecendo especialmente pela compreensão da dubiedade de uma carreira jurídica e artística, em tantos sentidos aparentemente incompatível.

Por fim, registro minha gratidão com os companheiros e companheiras que me proporcionaram profundas vivências no campo das artes, podendo observar de perto as dimensões dos mercados culturais – de pequenos festejos regionais a grandes festivais. Não poderia deixar de mencionar os ex-companheiros d'O Tarot e da minha primeira banda, Garbo & Arabel, pelas andanças e pela virtude de pensar a música como empreendimento, e ao mestre Hugo Rodas, padrinho nas artes cênicas e poço de vivências nessa que é, das artes, a mais dramática (assim como o mestre).

*“A arte existe para que a verdade não nos destrua” – Friedrich Nietzsche*

*“Em todas as culturas a arte constituiu uma linguagem privilegiada: a forma de transmissão de mensagens que alcançam a mais ampla gama da sensibilidade humana (...). Mediante as artes, a cultura é realimentada a partir da energia potencial contida no inconsciente coletivo, desempenhando o artista o papel de condensador dessa energia” - Celso Furtado*

*“A arte existe porque a vida não basta” – Ferreira Gullar*

*“Há algo de metafísico na arte” – Pedro Sindeaux e Norton Fritzsche*

## RESUMO

A abordagem econômica sobre a cultura tem sido realizada, nas últimas décadas, por meio de estudos relacionados à economia criativa – cuja importância vem ganhando amplo destaque no debate internacional e justifica a relevância da pesquisa. O amadurecimento da percepção de que os mercados culturais são essenciais para o desenvolvimento econômico e social enseja discussões acerca do papel do Estado na conformação deste gênero de mercado. O presente trabalho analisa a regulação econômica da cultura a partir das teorias modernas do Estado Regulador que dão destaque à sua personalidade administrativista, empreendedora e garantidora de direitos fundamentais, em conjunto com teorias constitucionalistas que afirmam a existência de uma ordem constitucional da cultura na Constituição Federal de 1988. Como estudo de caso, analisamos a experiência regulatória brasileira nos setores da música (através da atuação da Secretaria Nacional de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual – SNDAPI) e do cinema (regulado pela Agência Nacional de Cinema – ANCINE), concluindo que a regulação da cultura poderia ser muito mais eficiente por meio do Estado Regulador, em especial devido à existência de uma agência reguladora já dedicada a um setor cultural (a ANCINE) que poderia ser aprimorada e convertida em uma agência reguladora das artes e da cultura brasileira em geral, apta a organizar os mercados culturais-criativos para explorar seu potencial para o desenvolvimento econômico no Brasil do século XXI.

**Palavras-chave:** Regulação; Economia Criativa; Cultura; Estado Regulador; ANCINE.

## **ABSTRACT**

*The economic approach to culture has been carried out, in recent decades, through studies related to the creative economy – whose importance has gained wide prominence in the international debate and justifies the relevance of the research. The maturing of the perception that cultural markets are essential for economic and social development gives rise to discussions about the role of the State in shaping this type of market. The present work analyzes the economic regulation of culture based on modern theories of the Regulatory State that emphasize its administrative, entrepreneurial and fundamental rights guarantor personality, together with constitutionalist theories that affirm the existence of a constitutional order of culture in the Federal Constitution de 1988. As a case study, we analyze the Brazilian regulatory experience in the music (through the National Secretariat for Copyright and Intellectual Property – SNDAPI) and cinema (regulated by the National Cinema Agency – ANCINE) sectors, concluding that the regulation of culture could be much more efficient through the Regulatory State, in particular due to the existence of a regulatory agency already dedicated to a cultural sector (ANCINE) that could be improved and converted into a regulatory agency for the Brazilian arts and culture in generally, able to organize cultural-creative markets to explore its potential for economic development in Brazil in the 21st century.*

**Keywords: Regulation; Creative Economy; Culture; Regulatory State; ANCINE.**

## **LISTA DE FIGURAS**

Figura 1 – Mapeamento dos modelos de economia criativa.....	28
Figura 2 – Modelo de Círculos Concêntricos da Comissão Europeia.....	30
Figura 3 – Modelo da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD).....	31

## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 1 – Valores arrecadados e distribuídos pelo Ecad entre 2010 e o primeiro semestre de 2021 .....	99
--	----

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABCA – Associação Brasileira de Compositores e Editores  
ANCINE – Agência Nacional de Cinema  
BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social  
CBC - Congresso Brasileiro de Cinema  
CF – Constituição Federal  
CNDA – Conselho Nacional de Direitos Autorais  
DDI – Diretoria de Direitos Intelectuais  
ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição  
EMBRAFILME – Empresa Brasileira de Filmes S.A.  
FIRJAN – Federação das Indústrias do Rio de Janeiro  
INC – Instituto Nacional do Cinema  
INL – Instituto Nacional do Livro  
IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada  
LDA – Lei de Direitos Autorais  
MP – Medida Provisória  
OMPI/WIPO – Organização Mundial de Propriedade Intelectual  
PAC – Plano de Ação Cultural  
PNC – Plano Nacional de Cultura  
POF – Pesquisa de Orçamento Familiar  
PRONAC – Programa Nacional de Cultura  
SACD – Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques  
SACEM – Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique  
SBAT – Sociedade Brasileira de Autores Teatrais  
SOCINPRO – Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais  
SPHAN – Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional  
SNDAPI – Secretaria Nacional de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual  
UBC – União Brasileira de Compositores  
UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
UNCTAD – Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento  
UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura  
VA – Valor agregado

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>16</b>
<b>CAPÍTULO PRIMEIRO – CULTURA, ECONOMIA CRIATIVA E TECNOLOGIA ...</b>	<b>24</b>
1.1 DA INDÚSTRIA CULTURAL À ECONOMIA CRIATIVA .....	27
1.2 ECONOMIA CRIATIVA: EM BUSCA DE UM CONCEITO .....	29
1.2.1 Modelos de economia criativa .....	32
1.3 A ECONOMIA CRIATIVA NO BRASIL .....	38
1.4 ECONOMIA DA CULTURA: A IMPORTÂNCIA DO TRATAMENTO ESPECÍFICO .....	43
1.5 CULTURA, ECONOMIA E TECNOLOGIA: O ESTUDO DE CASO DA INDÚSTRIA FONOGRAFICA .....	47
1.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	53
<b>2. CULTURA, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>56</b>
2.1 TUTELA CONSTITUCIONAL DA CULTURA: A ORDEM CONSTITUCIONAL CULTURAL .....	57
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS CULTURAIS .....	60
2.2.1 O artigo 215 da Constituição Federal de 1988: os princípios da universalidade, do pluralismo cultural e da atuação do Estado como suporte logístico .....	64
2.2.2 O art. 216 da Constituição Federal e os princípios da participação popular do respeito à memória coletiva.....	68
2.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	71
<b>3 REGULAÇÃO DE SETORES CRIATIVOS: ESTADO REGULADOR E CULTURA .....</b>	<b>73</b>
3.1 REGULAÇÃO E ESTADO REGULADOR .....	75

3.2 A REGULAÇÃO COMO MEIO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	81
3.3 ESTADO REGULADOR COMO ESTADO ADMINISTRATIVO .....	85
3.4 ESTADO REGULADOR COMO ESTADO EMPREENDEDOR.....	87
3.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O ESTADO REGULADOR É A SOLUÇÃO PARA A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E CULTURA? .....	90
<b>4 REGULAÇÃO DE SETORES CRIATIVOS NO BRASIL – A EXPERIÊNCIA DOS MERCADOS DA MÚSICA E DO CINEMA? .....</b>	<b>95</b>
4.1 A REGULAÇÃO DA MÚSICA NO BRASIL.....	98
4.1.1 O Sistema de Gestão Coletiva de Direitos Autorais – a natureza jurídica do Ecad e o monopólio legalmente instituído .....	99
4.1.2 As reformas da Lei nº 12.583/13 e a recriação de órgão regulador: a SNDAPI e suas competências.....	104
4.1.2.1 Habilitação das associações e do ente arrecadador .....	108
4.1.2.1 Fiscalização sobre a atuação das associações e do Ecad.....	108
4.1.2.3 Imposição de sanções.....	109
4.1.2.4 Mediação e Arbitragem .....	110
4.1.3 Conclusões sobre a natureza do SNDAPI.....	111
4.2 A REGULAÇÃO DO CINEMA BRASILEIRO – A ANCINE .....	111
4.2.1 A criação e dissolução da Embrafilme: a dependência do mercado cinematográfico da intervenção direta do Estado.....	113
4.2.2 A fundação da ANCINE e suas características .....	118
4.2.2.1 Competências da ANCINE .....	119
4.2.2.2 Autonomia orçamentária .....	121
4.2.2.3 Autonomia administrativa .....	121
4.2.3 Conclusões acerca da natureza da ANCINE.....	122
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>125</b>

<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>130</b>
---	------------

## INTRODUÇÃO

A compreensão do que vem a ser Cultura talvez seja um dos maiores desafios conceituais do pensamento humano. Diversos campos do saber investigam os múltiplos significados a que a palavra se refere, suas variadas aplicações e referenciais. Talvez não haja – e nem seja útil – buscar uma interpretação definitiva e estática do que Cultura vem a ser.

Partindo de um ponto de vista abrangente, a Cultura parece ser espécie de éter que toca tudo o que é humano e que se aplica transversalmente na vida cotidiana. É dela que derivam códigos, costumes, conceitos e regras que nos fundam como coletividade – aqui referida em sentido amplo, nas suas variações igualmente complexas de conceituação, estruturação e dimensão: de pequenos povoados a civilizações extintas, nações, tribos, reinos, repúblicas e a comunidade global.

A Cultura se mistura na gênese com o que nos compõe conceitualmente e é uma das matérias primas que constroem personalidade e identidade (individual e coletiva), a exemplo da linguagem, das tradições e dos padrões consuetudinários. É a nascente da qual emergem todos os significados.

Mesmo os conceitos jurídicos, econômicos e políticos derivam de processos histórico-culturais: a concepção de Estado e a variação de seus significados ao longo do tempo; a Constituição como instrumento de materialização dos princípios fundamentais que regem um povo e seus acordos coletivos; e mesmo os conceitos de dinheiro, mercado, trabalho, classes, mercantilismo, neoliberalismo, capital.

A Cultura, em última instância, talvez seja a palavra que melhor defina o que é ser humano, caracterizado pela sua curiosidade, criatividade e busca incessante pela construção de sentidos e significados, sua necessidade de conceituar a natureza e materializar suas ideias. A busca pela definição e conceituação *lato sensu* de Cultura não é objeto deste trabalho, mas é necessária uma breve incursão sobre o tema a fim de delimitar o significado de cultura que iremos adotar.

A etimologia do termo remete à palavra latina *culturae*, da raiz semântica *colore*, e cujo significado original remetia particularmente à agricultura, no sentido de cultivar, conjugando outros significados relacionados às palavras habitar, proteger, honrar (WILLIAMS, 2007, p. 117).

O termo ganhou distintos significados ao longo do tempo, consolidando-se como um conceito vinculado aos meios intelectuais e artísticos nos séculos XVIII e XIX a partir do pensamento iluminista francês, segundo o qual a iluminação intelectual se daria por meio da cultura e pela aquisição do saber formal, que guiariam o homem selvagem ao progresso e à civilização (CUCHE, 1999, p. 20-21).

A visão de matriz francesa sobre a Cultura, posteriormente denominada universalista, vincula umbilicalmente o termo à obtenção de conhecimento, ao estado de espírito sedento pela instrução característica do iluminismo, e ainda é um dos sentidos remanescentes mais utilizados até hoje – no sentido de “ser culto” aquele que se debruça sobre o saber formal, ou aquele que consome arte como atributo da erudição.

A concepção sobre a palavra adquire outro sentido no pensamento alemão (“*Kultur*”) em contraposição à concepção civilizatória e universalista francesa, em especial por ter origem na intelectualidade burguesa germânica espalhada em múltiplos principados, desejosa pela unificação política e identitária de um “povo alemão” que pudesse fazer frente aos poderosos Estados vizinhos (CUCHE, 1999, p. 27).

Neste sentido, a Cultura alemã passa a ser a base do que é a compreensão de um povo alemão e o principal meio para sua unificação, se confundindo com o próprio conceito de “nação” alemã, uma vez que é o “conjunto de características artísticas, intelectuais e morais que constituem o patrimônio de uma nação, considerado como adquirido definitivamente e fundador de sua unidade” (CUCHE, 1999, p. 28).

Tal concepção dá origem ao conceito particularista da Cultura que posteriormente contribuiria para a legitimar o pensamento de superioridade do povo alemão e de políticas nacionalistas que culminariam nas grandes guerras do séc. XX.

A conceituação de Cultura como meio de obtenção formal do saber, vinculada à tradição francesa, e como conjunto de significados que identificam um povo ou nação, no pensamento alemão, se referem a construções de pensamento vinculadas ao sentido *lato* de cultura, e se relacionam majoritariamente com a antropologia e a sociologia, referindo-se sobretudo às visões de mundo que caracterizam a coletividade e a processo de construção de seus signos e significados (BOTELHO, 2001, p. 2).

Assim, é apenas na transição entre o século XVIII e ao longo do século XIX que a Cultura passa a ser identificada como uma área do saber específica, separada das demais, constituindo-se como área de estudo própria do saber humano. Conforme anota Rubim (2007, p. 141):

Com a modernidade temos a autonomização – (relativa, é claro) do campo cultural em relação a outros domínios societários, notadamente a religião e a política. Tal autonomização (...) implica na constituição da cultura enquanto campo singular, o qual articula e inaugura: instituições, profissões, atores, práticas, teorias, linguagens, símbolos, ideários, valores, interesses, tensões e conflitos, como sempre assinalou Pierre Bordieu em seus textos acerca da cultura.

A referida autonomização viabilizou não somente o estudo da Cultura como área independente do saber humano, como também seu processo de mercantilização, ocorrido na transição entre a modernidade e o mundo contemporâneo sob influência inevitável do capitalismo.

A primeira análise sobre a mercantilização da cultura se dá na primeira metade do século XX, a partir das experiências vividas na Segunda Guerra Mundial. É nesse contexto que emerge a primeira expressão que relaciona a Cultura diretamente com a economia: “*indústria cultural*”. O termo foi originalmente cunhado na Alemanha (*Kulturindustrie*), em 1944, com a publicação da primeira edição da obra “Dialética do Esclarecimento – Fragmentos Filosóficos”, de Theodor Adorno e Max Horkheimer.

No capítulo “A Indústria Cultural: O Esclarecimento Como Mistificação das Massa” (ADORNO e HORKHEIMER, 1985, p. 57-59), os teóricos da Escola de Frankfurt analisam a cultura de massa produzida em série no período nazista, relacionando a propaganda de Goebbels e o uso massivo da publicidade através da padronização, homogeneização e industrialização da arte (ADORNO e HORKHEIMER, 1985, p. 77).

Os autores entendem que a experiência nazista utilizou a cultura e a arte de forma massificada como meras mercadorias; produtos culturais padronizados e destinados a fins publicitários e voltados ao consumo em massa com o único objetivo

de manipular a sociedade e legitimar a narrativa nazista – uma severa crítica à submissão da cultura ao capitalismo industrial e financeiro e seus riscos.

Nessa esteira, o processo de mercantilização da cultura relacionado à ascensão da indústria cultural na perspectiva adorniana “*indica, antes de tudo, o avanço do capitalismo sobre os bens simbólicos (...) os quais (...) estavam preservados até aquele momento de serem produzidos através de uma dinâmica submetida ao capital*” (RUBIM, 2007, p. 142-143).

A análise sobre a mercantilização das artes se estende também aos Estados Unidos, na medida em que os autores entendem que a homogeneização das produções culturais – em especial aquelas derivadas da indústria hollywoodiana – se repete, ainda que de maneira diversa da experiência nazista, nas democracias ocidentais.

O termo indústria cultural, apesar de seu teor negativo original, adquire outros significados no pós guerra com o aprimoramento de tecnologias, o avanço das telecomunicações e com o desenvolvimento expressivo de alguns setores, passando a ser considerado um sinônimo, tão somente, de “*indústrias que produzem cultura*” (RUBIM, 2007, p. 143).

É daí que emergem outras aplicações e variações do termo: indústria da música, indústria fonográfica, indústria cinematográfica e mercado audiovisual são alguns dos binômios mais conhecidos compostos pela combinação de uma palavra de matriz econômica junto de uma cultural.

A própria expressão indústria cultural, em geral, segue sendo amplamente empregada, muito embora carregue, inevitavelmente, algum fragmento de sua conotação original – qual seja, aquela que se refere à produção voltada ao consumo em massa em cujo significado resta implícito pretensão menor mérito cultural (ou potencial controle deliberado sobre a produção e estética para a legitimação de narrativas ou cosmovisões políticas).

O significado original da combinação até então inédita entre cultura e economia revela, de antemão, a dificuldade em enxergar a cultura como meio de mercadoria e o exercício de atividades culturais como profissões formais. Muito embora o consumo de cultura e entretenimento seja parte da vida cotidiana e do padrão de consumo de qualquer ser humano – e considerando que o exercício das artes e da cultura é traço característico de toda civilização humana que se tem registro

- a visão sobre a constituição de mercados da cultura e sua relevância ainda representa um desafio conceitual, em muitas perspectivas.

É justamente sobre essa análise – da cultura como mercado – que este trabalho se debruça. O estudo da cultura pelo prisma econômico – mesmo diante da existência de mercados milionários (a exemplo da música e do cinema) e numerosa força de trabalho envolvida na prestação serviços e na geração de produtos – ainda é incipiente e, muitas vezes, dicotômico. Não à toa, os criadores da ousada mistura “indústria cultural” atentar para o fato de se tratar de uma mercadoria de natureza paradoxal (ADORNO e HORKHEIMER, 1985, p. 76).

Não obstante, nas últimas décadas uma área da economia em específico tem agregado estudos relativos à economia da cultura e destacado sua relevância cada vez maior para o desenvolvimento humano: a economia criativa, a qual se debruça sobre a análise econômica de setores cujo trabalho se relaciona diretamente com o ato de criação e com a geração de riquezas por meio da exploração da propriedade intelectual. É dizer, a economia criativa é um setor no qual a criatividade é a matéria-prima.

A inserção da economia criativa e da economia da cultura no debate público é uma tendência reforçada pela comunidade internacional e justifica em grande parte a importância e atualidade da presente pesquisa. O ano de 2021 foi eleito pela Assembleia Geral das Nações Unidas, ainda antes da pandemia do SARS-COV-19 (em dezembro de 2019) como o ano da economia criativa, com foco especial nos setores culturais.<sup>1</sup>

A relação entre economia e cultura será abordada com profundidade no capítulo primeiro do presente trabalho, com o objetivo de introduzir o processo de abordagem econômica sobre setores culturais e sua inserção no amplo conceito de economia criativa – que engloba setores de tecnologia e inovação, cuja relevância

---

<sup>1</sup> Conforme a Resolução 74/198<sup>1</sup> adotada pela Assembleia Geral da ONU em 19 de dezembro de 2019, o ano de 2021 foi declarado como Ano Internacional da Economia Criativa para o Desenvolvimento Sustentável, dando especial importância ao investimento nas cadeias produtivas da cultura para o cumprimento das metas relacionadas à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

econômica foi compreendida como primordial rapidamente, ao contrário dos setores culturais. Nessa esteira, analisaremos ainda a íntima relação da constituição de mercados culturais com o próprio desenvolvimento tecnológico e os desafios impostos pelas transformações contínuas e cada vez mais aceleradas das relações setoriais impostas pela revolução digital.

A identificação da cultura como mercado e sua relação com a tecnologia é relevante como primeiro passo em direção ao objetivo principal deste trabalho: refletir acerca da compatibilidade (e das vantagens) da regulação econômica sobre mercados culturais, em especial diante da aceleração das transformações setoriais derivadas da revolução digital, por meio da atuação do Estado Regulador, apto a lidar com metamorfoses constantes, catalisando o desenvolvimento econômico destes setores e contribuindo, em última instância, para a consolidação de direitos fundamentais – objetivo precípua do Estado Regulador

A regulação moderna, conceituada no presente trabalho a partir das reflexões de Márcio Lório Aranha (2019), é um instrumento de concretização de direitos fundamentais e de proteção à igualdade de concorrência, em última instância. Por meio do exercício pelo Estado Regulador, dotado de capacidade administrativa, técnica e cooperativa, a regulação se volta sobretudo à conformação e aperfeiçoamento dos mercados – considerados *locus artificialis* – com o objetivo de criar condições para o seu desenvolvimento (ARANHA, 2019, p. 18).

O Estado Regulador representa uma nova visão acerca da atuação estatal sobre a economia e de sua relação com a sociedade civil. Apto a lidar com a dinamicidade necessária à atualização normativa (traduzido em sua faceta de administrador técnico e especializado das leis, dedicado ao tratamento de setores específicos e suas particularidades) e caracterizado pelo seu papel fundamental no planejamento e organização de mercados (sem, no entanto, exercer intervenção direta e incisiva nestes), o Estado Regulador atua em regime de colaboração com os agentes regulados em busca da proteção do interesse público e da concretização de direitos fundamentais.

Nessa medida, aproximar o Estado Regulador e a regulação (econômica, sobretudo) dos mercados culturais exige compreender se os direitos culturais são, de fato, direitos fundamentais no caso do Brasil. Dessa forma, abordaremos no capítulo segundo o tratamento conferido à cultura na Constituição brasileira na perspectiva da

existência de uma “ordem constitucional cultural”, na esteira do pensamento de José Afonso da Silva (2001) e Francisco Humberto Cunha Filho (2000).

Dessa forma, os capítulos primeiro (a cultura como mercado) e segundo (a cultura como direito fundamental) criarão as condições para analisar a compatibilidade da regulação sobre mercados culturais sob a perspectiva do Direito Regulatório. Para tanto, conceituaremos no capítulo terceiro os significados de Estado Regulador e de regulação, dando especial atenção às suas dimensões de Estado Administrativo e, por fim, de Estado Empreendedor – dimensão recentemente identificada por Mariana Mazzucato (2014) como característica fundamental da regulação contemporânea.

Ao fim e ao cabo, concluindo não somente ser possível, mas também plenamente compatível a atuação do Estado Regulador sobre mercados culturais, estudaremos a experiência brasileira de regulação sobre dois mercados culturais distintos e seus respectivos nichos: a música, no caso da regulação sobre o sistema de gestão coletiva de direitos autorais; e o audiovisual, no caso da regulação sobre o mercado cinematográfico nacional.

Dessa forma, abordaremos no capítulo quarto a regulação exercida pela Secretaria Nacional de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual (SNDAPI), órgão ministerial responsável por fiscalizar e regular o sistema de gestão coletiva de direitos autorais na música e a atividade do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad); e a atuação da Agência Nacional de Cinema (ANCINE), agência reguladora destinada especificamente à regulação da produção cinematográfica nacional.

Em ambos os casos, refletiremos acerca do contexto que levou às suas criações – no primeiro caso, em virtude de monopólio legalmente instituído sobre a atividade de arrecadação e distribuição em torno do Ecad; no segundo, em virtude da dissolução súbita de empresa estatal relevante para a estabilidade da cadeia produtiva do cinema brasileiro, a Embrafilme – e de sua natureza de fato. Perceber-se-á que a atividade regulatória de ambos os entes é afetada por razões diversas, afastando-as de uma lógica efetivamente reguladora.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é não somente contribuir para o amadurecimento dos estudos sobre os mercados de cultura e sua relevância para o desenvolvimento econômico e social, mas abordar os meios pelos quais o Estado pode aperfeiçoar o tratamento dedicado a estes. Junto disso, pretende-se refletir sobre a experiência regulatória brasileira em setores culturais e analisar a composição

e o trabalho de órgãos especialmente dedicados para isso na Administração Pública Direta, no caso do SNDAPI, como Indireta, no caso de uma autarquia especial como a ANCINE.

A conclusão a que se chegará, ao fim, é de que a existência dessas estruturas poderia impactar muito mais os mercados culturais e que a existência de uma agência reguladora especificamente dedicada à regulação de um nicho cultural poderia ser melhor aproveitada para, quem sabe, expandir sua atuação em benefício de outros setores criativos.

## CAPÍTULO PRIMEIRO – CULTURA, ECONOMIA CRIATIVA E TECNOLOGIA

A relação entre cultura e economia é um desafio conceitual cercado de ambiguidades. Em virtude de sua natureza imaterial dotada de valor simbólico, a conversão de bens culturais em bens econômicos não é essencialmente natural: a cultura é uma mercadoria paradoxal (ADORNO e HORKHEIMER, 1985, p. 76).

Para compreender a cultura como direito fundamental em regime de mercado, apta à regulação do ponto de vista econômico, é necessário tratar da relação do binômio economia e cultura, suas múltiplas combinações e distintos significados.

Conforme assinalado na introdução, não é o objetivo deste trabalho explorar a Cultura *latu sensu* – aquela que se refere ao conjunto de crenças, ritos, linguagens, costumes, regras e leis, valores e cosmovisões que caracterizam e fundam sociedades e que agrupam o cânone de áreas do saber. Trataremos da cultura – com “c” minúsculo” – e de suas derivações *stricto sensu*, em especial aquelas relacionadas às artes e aos mercados cuja matéria-prima deriva do fazer-cultural (REIS, 2006, p. 21).

A dificuldade em enxergar a cultura através das lentes de outras áreas do saber, em particular a economia, é um desafio por uma série de razões. Como se viu na introdução, a separação da cultura como área independente do saber humano ocorreu ao longo do século XVIII e XIX, na esteira do movimento iluminista e do fortalecimento da burguesia.

Para além, ainda predomina uma visão que afasta o exercício de profissões culturais do trabalho formal em geral – o que limita sua compreensão como mercado. Essa concepção ao mesmo tempo emerge do mundo real, diante da elevada informalidade dos setores culturais, e retroalimenta a narrativa, tornando a formalização de cadeias produtivas da cultura uma missão de intensa luta contra um mau estrutural crônico.

De fato, além do elevado número de trabalhadores e empreendedores informais nas cadeias culturais, o mapeamento de dados relacionados às profissões dos setores correlatos enfrenta outras dificuldades, a exemplo do alto índice de trabalho *free-lancer* e do elevado índice de autoemprego. Junte-se a isso o exercício de outros trabalhos em paralelo, considerados como meio de geração de renda principal (REIS, 2006, p. 80). Assim, a visão de que trabalhar no campo da cultura é

um *hobbie* ou uma aventura, caricatura representativa desse dilema – que não deixa de ser uma expressão da realidade – é um obstáculo à estruturação e estabilização dos mercados culturais.

Outra razão para tornar a equação cultura e economia uma combinação complexa é o fato de que os bens culturais não se encaixam de maneira ortodoxa em regras econômicas básicas, sobretudo por se tratarem de bens em geral imateriais – de abstrata precificação e difícil valoração no mundo real – submetidos a direitos de natureza intelectual, cuja concepção, amadurecimento e avanço é recente quando comparado a outras áreas do Direito Civil e da própria Economia.

Outro elemento que eleva a complexidade e imprevisibilidade do tema é a revolução digital e a sociedade em rede – caracterizada pela conexão entre pessoas e instituições a nível global e na circulação de informação, ativos e bens por meio da internet e de novos meios de comunicação (CASTELLS, 2002, p. 565-574) – as quais modificam de maneira vertiginosa e constante as relações de produção e consumo e, portanto, a estrutura dos mercados a nível global.

Os segmentos artísticos, muito embora tratem de bens simbólicos e de caráter abstrato muitas vezes ligados ao saber tradicional, se desenvolveram como setores econômicos junto dos avanços tecnológicos promovidos no fim do século XIX e ao longo do século XX – a exemplo da possibilidade de fixação de sons em mídias físicas na música e da captura e projeção de imagens no cinema, que expandiram a produção de bens artísticos desse gênero ao ponto de constituir os mercados fonográfico e cinematográfico, respectivamente (REIS, 2006, p. 29-30).

A criação de novas tecnologias possibilitou a expansão progressiva dos setores culturais ao longo do século XX, impactados pela aceleração dos processos de transformação social, política e econômica e pela modificação no conceito de velocidade, propiciados pelo desenvolvimento tecnológico agudo (VIRILIO, 1986, p. pp. 31-36). O século XXI e a revolução digital amplificaram estes efeitos a patamares nunca antes experimentados pela humanidade e aceleraram o desenvolvimento de mercados culturais, instados a se reorganizarem perante as sucessivas inovações tecnológicas.

Ainda que a arte e a cultura, em suas distintas dimensões, tenham se estruturado como mercados de fato apenas ao longo do século XX, em especial na segunda metade, seu estudo sob o prisma econômico ainda está em construção e

tem ganhado espaço em um passado relativamente recente. O estudo da economia da cultura vem sendo inserido como um dos nichos relacionados à chamada economia criativa.

Essa área do conhecimento econômico é uma evolução da expressão “indústrias criativas”, cunhada na década de 1990 na Austrália a partir da análise econômica do trabalho de origem criativa, em especial referente às artes, e seu impacto na economia local. O termo possui diferentes sentidos e abarca setores econômicos diversos uma vez que teóricos analisam o trabalho criativo sob diferentes pontos de perspectiva em suas obras (REIS, 2008, p. 16).

No caso do presente estudo, trataremos mais especificamente dos setores da música e do cinema – como se verá mais especificamente no capítulo quarto e na última sessão deste capítulo. Em primeiro lugar, a escolha se dá em virtude da existência de dois entes de natureza reguladora peculiar na experiência brasileira, responsáveis pela regulação de cada um destes setores, respectivamente: a Secretaria Nacional de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual (SDAPI) e a Agência Nacional de Cinema (ANCINE).

Em segundo lugar, a escolha se dá em razão de serem setores artísticos de maior expressividade econômica, cujo estudo permite vislumbrar a natureza não ortodoxa da cultura como bem econômico e os desafios normativos que a revolução digital impõe sobre mercados criativos, principalmente os culturais.

A possibilidade de circulação de dados e arquivos por meio digital – inclusive de maneira livre, como é característico no insistente processo da pirataria – tornou possível a criação, reprodução e circulação de bens culturais como músicas e filmes em potencial infinito (SERRA e FERNANDEZ, 2014, p. 356). Para além: a revolução digital revolucionou o formato de consumo de bens culturais, em especial a música e o cinema, no Brasil e no mundo.

A relação entre a cultura, sua dimensão econômica (objeto da economia criativa) e a tecnologia é íntima e a compreensão sobre estes processos é necessária para vislumbrar a constituição de mercados culturais. Dessa maneira, o presente capítulo tratará da relação entre economia e cultura explorando os binômios que a constituem: do nascimento da expressão indústria cultural à sua abordagem como indústria criativa e posterior conversão em economia criativa, área de maior relevância atual no estudo das relações entre cultura e economia.

Por essa razão, e a fim de posicionar os setores culturais no conceito de economia criativa diferenciando-os dos setores de tecnologia e inovação, exploraremos os distintos modelos que vem sendo propostos para a organização dessa área do saber, e da formatação da economia criativa no Brasil. Ao fim, realizaremos breve estudo sobre os impactos sofridos pelo setor da música, mais especificamente, diante das inovações tecnológicas como meio de vislumbrar sua influência na reformatação de mercados, o que exige flexibilidade e dinamicidade na regulação setorial.

A partir destes vislumbres, e após refletir acerca dos direitos culturais como direitos fundamentais e das características do Estado regulador, será possível refletir acerca das experiências regulatórias em setores culturais no Brasil e de seu potencial para o desenvolvimento de mercados desse gênero, a partir de uma nova visão sobre a atuação do Estado.

## **1.1 DA INDÚSTRIA CULTURAL À ECONOMIA CRIATIVA**

A primeira relação explícita entre economia e cultura se deu na transição entre modernidade e mundo contemporâneo, com o processo de mercantilização da cultura diante do avanço do capitalismo. É dessa relação que emerge pela primeira vez a expressão “*indústria cultural*”. O termo foi originalmente cunhado na Alemanha (*Kulturindustrie*), em 1944, com a publicação da primeira edição da obra “Dialética do Esclarecimento – Fragmentos Filosóficos”, de Theodor Adorno e Max Horkheimer.

No capítulo “A Indústria Cultural: O Esclarecimento Como Mistificação das Massa” (ADORNO e HORKHEIMER, 1985, p. 57-59), os teóricos da Escola de Frankfurt analisam a cultura de massa produzida em série no período nazista, relacionando a propaganda de Goebbels e o uso massivo da publicidade através da padronização, homogeneização e industrialização da arte (ADORNO e HORKHEIMER, 1985, p. 77).

Para os autores, a experiência nazista instrumentalizou a cultura e a arte alemã reduzindo-as a meras mercadorias voltadas à propaganda e à manipulação de massas; produtos culturais padronizados e dedicados ao consumo em série para manipular a sociedade e legitimar única e exclusivamente o regime nazista e sua cosmovisão. A severa crítica à submissão da cultura ao capitalismo industrial e

financeiro demonstra, colateralmente, os riscos de manipulação por parte do Estado da máquina cultural em benefício de projetos de poder (ADORNO e HORKHEIMER, 1985).

A estruturação da cultura como mercado e sua análise econômica nasce, portanto, sob um estigma crítico de banalização das artes e das atividades culturais em geral, instrumentalizadas pelo Estado a fim de legitimar narrativas e manipular a coletividade.

O termo indústria cultural, no entanto, adquire outros significados no pós guerra, afastando-se da concepção adorniana. Com o aprimoramento de tecnologias, o avanço das telecomunicações e com o desenvolvimento expressivo de alguns setores culturais, a expressão passa a ser utilizada como sinônimo, tão somente, de “*indústrias que produzem cultura*” (RUBIM, 2007, p. 143).

A expressão indústria criativa, precursora da economia criativa, aprimora a relação entre setores culturais e as ciências econômicas, introduzindo as atividades culturais na relação de profissões cujo trabalho reside no ato de criatividade – e nesse sentido, foi ganhando espaço em detrimento do termo cunhado por Adorno e Horkheimer em 1944 e posteriormente ressignificado.

O binômio “indústria criativa” nasce a partir do projeto australiano denominado *Creative Nations*, primeira política pública cultural a nível federal implementada pelo governo australiano, em 1994. Na ocasião, o programa destacou a necessidade de planejamento e investimento em setores criativos, em especial aqueles ligados às artes, diante da série de efeitos derivados da revolução tecnológica e informacional. O documento sublinhou a importância dos setores culturais para a geração de empregos e oportunidades às gerações presentes e futuras, seu impacto na economia australiana, seu potencial de crescimento em conjunto com o desenvolvimento de setores de tecnologia, além de sua relevância na construção de identidade nacional perante a onda de cultura de massa global homogeneizada. (REIS, 2008, p. 16).

A partir de 1997, no escopo do esforço nacional britânico para analisar suas contas e reformular as políticas públicas no governo do então primeiro-ministro Tony Blair, foi elaborado estudo pioneiro sobre as indústrias criativas. Por meio da publicação do “Creative Industries Task Force Mapping Document” (CITF – 1998), o governo britânico reconheceu a importância destas para a economia nacional, tratando-se de setores com potencial de mercado e constituidores de vantagens

competitivas para o Reino Unido. A conceituação das indústrias criativas se deu em torno de dois eixos: atividades cuja origem deriva da criatividade, habilidade e talento; e cujo potencial de geração de empregos e de riqueza se dá por meio da exploração da propriedade intelectual (CUNNINGHAM, 2002, p. 54-55)

O modelo implementado pelo Reino Unido a partir dessa noção, dividido em treze setores criativos, se tornou paradigmático nas décadas seguintes, principalmente em virtude da condução do projeto como programa de Estado contínuo, coordenado pelo *Department for Culture, Media and Sport* (DCMS, 2001). O modelo, conhecido como DCMS Model, foi replicado em países com contextos culturais, jurídicos (no que tange à propriedade intelectual) e econômicos diversos, a exemplo de Cingapura, Líbano e Colômbia (REIS, 2008, p. 17).

Muito embora não haja uma definitiva separação entre as expressões indústria criativa e economia criativa, e nem um marco que resulte na transição de uso desta para aquela, a abundante literatura sobre o tema tem preferido adotar a segunda, majoritariamente.

Ainda que em determinadas circunstâncias os termos sejam utilizados como sinônimos – em especial em estudos conduzidos por entidades públicas e privadas, voltados à coleta de dados no Brasil – a interpretação de cultura como indústria evoca uma série de contraposições: a crítica às manifestações contemporâneas produzidas para o consumo em massa, aparentemente antagônicas a expressões culturais consideradas (e consumidas) por elites ou segmentos privilegiados da sociedade; o antagonismo entre cultura erudita *versus* cultura popular; além de resgatar o signo originário adorniano de indústria cultural como sinônimo de produção cultural como mero entretenimento sem mérito cultural de fato, referido sobretudo por uma perspectiva negativa (DE OLIVEIRA, OLIVEIRA DE ARAÚJO e SILVA, 2017, p. 11).

Por essa razão, entende-se que a adoção da economia criativa como área de inserção dos mercados culturais é mais adequada.

## **1.2 ECONOMIA CRIATIVA: EM BUSCA DE UM CONCEITO**

A economia criativa é um conceito recentemente cunhado, ainda em construção e objeto de extenso debate. Não há consenso sobre sua natureza,

fundamentos e fronteiras, muito embora a literatura sobre o tema tenha avançado fortemente nos últimos anos.

Em termos gerais, a economia criativa diz respeito ao trabalho apto a gerar direitos de propriedade intelectual (HOWKINS, 2001), voltado à criação de novas tecnologias de mídias destinadas a consumidores-cidadãos interativos (HARTLEY, 2005, p. 5), e/ou às artes, cultura e entretenimento em geral (CAVES, 2002). É a intersecção entre economia e mercado, tecnologia e inovação, cultura e arte; em última instância, agrega setores cuja matéria-prima são produtos e serviços derivados do ato de criação, de caráter criativo (CUNNINGHAM, 2002, p. 54)

Essa nova área do conhecimento representa uma abordagem multidisciplinar que relaciona economia, cultura e tecnologia por meio de produtos e serviços que congregam valores culturais e conteúdos criativos a objetivos de mercado (SANTOS-DUISENBERG, 2008, p. 58).

Na medida em que trata o ato criativo como matéria-prima para a geração de bens e serviços, e sendo o produto da criação um bem a princípio simbólico e de natureza imaterial, o potencial de criação de riqueza e empregos na economia criativa se dá, sobretudo, por meio da exploração de direitos de propriedade intelectual, cuja capacidade de reprodução e difusão é catalisada pelos avanços tecnológicos (HOWKINS, 2001).

A economia criativa possui natureza ampla e holística em virtude de sua relação umbilical com o capital humano intelectual, de natureza abstrata e infinita em grande medida, materializada no ato de criação. A dificuldade de estabelecer fronteiras emerge, também, da natureza transversal das atividades consideradas como criativas, uma vez que se relacionam direta e indiretamente com aspectos econômicos, sociais, culturais, educacionais, ambientais e urbanos, os quais interagem com a propriedade intelectual, no campo do Direito, e com a tecnologia, no campo da inovação. (REIS, 2008, p. 141)

O modelo DCMS britânico, publicizado em 2001 ainda em referência às indústrias criativas, foi essencial para marcar uma virada na abordagem acerca de setores criativos, reconhecendo sua relevância estratégica para a economia inglesa e mundial (CUNNINGHAM, 2002, p. 54). Muito embora a importância dos mercados culturais já fosse destacada anteriormente como elemento fundamental no desenvolvimento econômico (FURTADO, 2012, p. 53), antes do modelo DCMS não

havia uma análise setorial de mercados culturais e criativos por meio de uma ótica de fato econômica, organizados em um *framework* específico (UNESCO, 2013).

Em virtude da concepção de que a exploração econômica dos setores criativos tem origem em direitos de propriedade intelectual, em sua maioria relacionados a direitos autorais, o modelo DCMS incluiu a criação de softwares e jogos eletrônicos nos setores referenciados como criativos, entendimento até hoje adotado e que inclui no conceito de economia criativa setores de tecnologia e inovação (DE OLIVEIRA, OLIVEIRA DE ARAÚJO e SILVA, 2017, p. 14).

Como se vê, a economia criativa engloba inúmeros ofícios de natureza diversa – de fazedores de cultura a engenheiros de software –, não havendo uma homogeneidade em sua caracterização e categorização. A inserção de setores econômicos varia e depende do modelo adotado, da região na qual é aplicada e dos objetivos do estudo.

Pode incluir desde atividades artísticas em geral, turismo e design; até setores como esporte, gastronomia, biotecnologia, inteligência artificial e publicidade/marketing. Não obstante sua heterogeneidade, é evidente que a economia criativa representa diversos setores de elevado interesse público, que tangenciam importantes aspectos da sociedade, inclusive políticos e administrativos (DE OLIVEIRA, OLIVEIRA DE ARAÚJO e SILVA, 2017, p. 11).

Junto do avanço tecnológico exponencial dos últimos anos, a atenção voltada aos setores classificados como criativos cresce na medida em que estudos sobre seu impacto econômico avançam, assim como publicações sobre o tema. O último estudo conduzido a nível global dedicado a mensurar o valor dos mercados criativos, publicado em 2013 sob encomenda da UNESCO e realizado pela consultoria Ernst & Young, estimou em US\$ 2,25 trilhões o resultado econômico gerado pela economia criativa, correspondente a 3% do produto interno bruto (PIB) mundial, empregando 29,5 milhões de pessoas – cerca de 1% da população ativa no mundo naquele ano.

Essa tendência segue sendo reforçada pela comunidade internacional. Conforme a Resolução 74/198<sup>2</sup> adotada pela Assembleia Geral da ONU em 19 de

---

<sup>2</sup> Disponível em : <https://undocs.org/en/A/RES/74/198>

dezembro de 2019 – ainda antes do surto pandêmico da SARS-Cov-19 – o ano de 2021 foi declarado como Ano Internacional da Economia Criativa para o Desenvolvimento Sustentável, com especial foco no investimento nas cadeias produtivas da cultura.

Em Relatório Global publicado pela UNESCO em 2017 e republicado no Brasil em 2018, intitulado “Re | Pensar as políticas culturais: criatividade para o desenvolvimento” – ferramenta de acompanhamento e implementação da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais ratificada por 146 países em 2005, incluindo o Brasil – o órgão deixa claro que a valorização da cultura e sua integração nas estratégias econômicas globais são fundamentais<sup>3</sup> para atingir a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável<sup>4</sup>. Sua relevância como alternativa para o desenvolvimento de economias emergentes, objeto de estudos anteriores, é outro aspecto fortemente destacado (UNESCO, 2018).

No caso do Brasil, a dificuldade em unificar dados emerge da falta de uma política nacional contínua voltada ao estudo dos setores correlatos e do desafio conceitual característico da própria economia criativa, considerando a pluralidade de modelos existentes.

Assim, entende-se ser útil para a compreensão do tema dissertar acerca dos principais modelos criados para sistematizar os setores produtivos vinculados à economia criativa, para então avançarmos sobre a experiência brasileira.

### **1.2.1 Modelos de economia criativa**

---

<sup>3</sup> Neste sentido, confira-se trecho inscrito na p. 14 do referido relatório: “Temos um plano de ação claro, que requer a cooperação de atores governamentais e não governamentais em quatro áreas principais: fortalecimento da governança para a cultura, melhoria das condições de mobilidade dos artistas, integração da cultura nas estratégias de desenvolvimento sustentável e promoção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Esses quatro objetivos estão intimamente relacionados à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.”

<sup>4</sup> O documento pode ser obtido em português no site do Itamaraty, através do link [http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf) .

Muito embora o termo “indústrias criativas” tenha sido cunhado na Austrália na década de 1990, o primeiro modelo efetivamente constituído para o estudo setorial da economia criativa foi apresentado pelo Departamento de Cultura, Mídia e Esporte do Reino Unido em 2001, conhecido posteriormente como modelo DCMS. A partir desse sistema de classificação e do aprofundamento da literatura na construção do conceito, emergiram outras compreensões, sendo os principais: modelo de texto simbólicos (HESMONDHALGH e PRATT, 2005); modelo dos círculos concêntricos (THROSBY, 2008); modelo de direitos autorais (WIPO, 2003); e modelo das Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, 2010).

O quadro abaixo demonstra os setores considerados em cada um deles, à exceção do adotado pela UNCTAD:

**Figura 1 – Mapeamento dos modelos de economia criativa**

1. Modelo do DCMS do RU	2. Modelo de textos simbólicos	3. Modelo de círculos concêntricos	4. Modelo de direitos autorais da OMPI
Publicidade Publicidade Arte e antiguidades Artesanato Design Moda Filme e vídeo Música Artes cênicas Editoras Software Televisão e rádio Videogames e jogos de computador	<b>Indústrias culturais centrais</b> Publicidade Filmes Internet Música Editoras Televisão e rádio Videogames e jogos de computador  <b>Indústrias culturais periféricas</b> Artes cênicas  <b>Indústrias culturais sem distinção fixa</b> Eletrônicos para consumidor Moda Software Esporte	<b>Artes criativas centrais</b> Literatura Música Artes cênicas Artes visuais  <b>Outras indústrias culturais centrais</b> Filmes Museus e bibliotecas  <b>Indústrias culturais mais amplas</b> Serviços de patrimônio Editoras Gravação de sons Televisão e rádio Videogames e jogos de computador  <b>Indústrias relacionadas</b> Publicidade Arquitetura Design Moda	<b>Indústrias centrais de direitos autorais</b> Publicidade Sociedades de gestão coletiva Filmes e vídeos Música Artes cênicas Editoras Software Televisão e rádio Artes gráficas e visuais  <b>Indústrias de direitos autorais interdependentes</b> Material de gravação em branco Eletrônicos para consumidor Instrumentos musicais Papel Fotocopiadoras Equipamento fotográfico  <b>Indústrias de direitos autorais parciais</b> <b>Arquitetura</b> <b>Vestuário, calçados</b> <b>Design</b> <b>Moda</b> <b>Utensílios domésticos</b> <b>Brinquedos</b>

Fonte: Relatório de Economia Criativa 2010 (UNCTAD, 2010)

Percebe-se que não há consenso entre os modelos e que os parâmetros utilizados por cada um deles é bem diferente, resultando na exclusão ou admissão de setores ou, em alguns casos, na divisão de uma grande área em nichos distintos.

O modelo de textos simbólicos, por exemplo, adota grandes áreas – internet, música, esporte, publicidade – as quais são divididas entre centrais, periféricas e sem distinção fixa. Sua abordagem é focada nos processos pelos quais a cultura de uma sociedade se forma e é transmitida em escala industrial. Para este modelo os meios de disseminação dos bens e produtos simbólicos (por meio da radiodifusão, imprensa, cinema, internet) são o principal aspecto a ser considerado para a divisão intrasetorial (UNCTAD, 2010, p. 6).

Ponto relevante é a categorização das artes performáticas (cênicas) como periféricas, fruto da tradição de estudos crítico-culturais europeus que compreendem tais artes como “eruditas” ou “sérias”, alheias ao consumo popular de massa e consumidas majoritariamente por meio de espetáculos executados ao vivo (HESMONDHALGH e PRATT, 2005).

O modelo WIPO, adotado pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO/OMPI) toma como diretriz para sua modelagem a questão da propriedade intelectual: os setores envolvidos direta ou indiretamente na criação, fabricação, produção, radiodifusão e distribuição de trabalhos protegidos por direito autoral ensejam sua qualificação como um setor específico da economia criativa (WIPO, 2003).

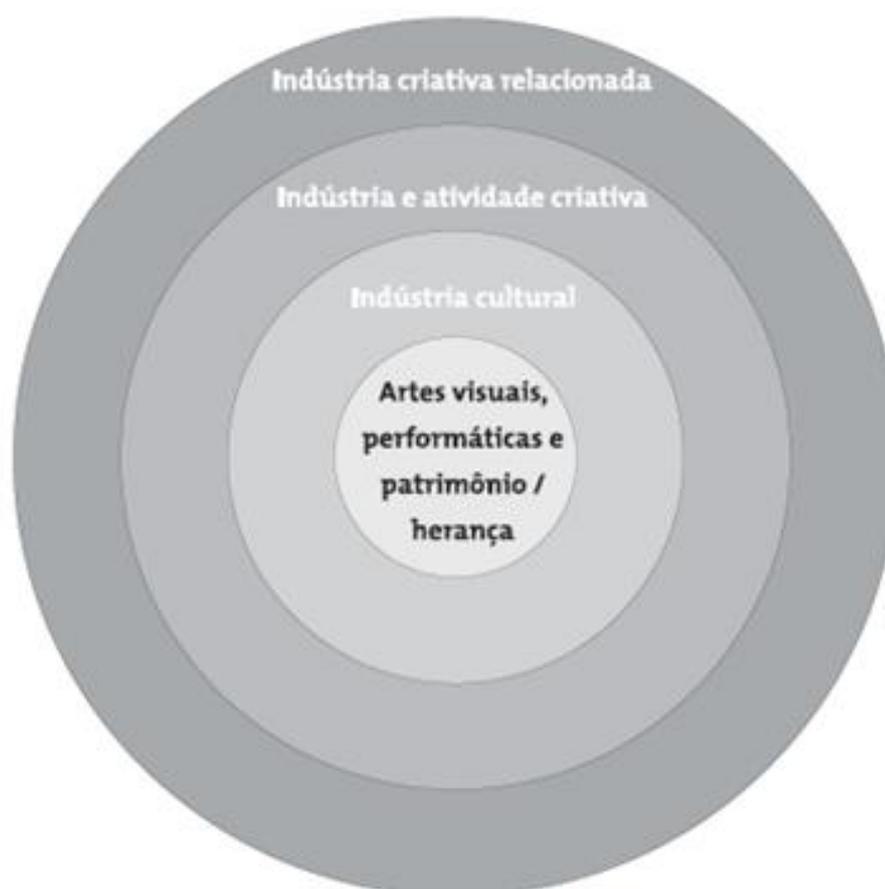
O modelo WIPO é, dentre os modelos até hoje adotados, o que possui a maior quantidade de setores criativos identificados, classificando-os como centrais, referentes àqueles que de fato produzem bens de propriedade intelectual; e interdependentes – necessários para veicular os produtos ou serviços criativos ao consumidor. Este modelo classifica, ainda, o grupo de direitos autorais parciais, no qual a propriedade intelectual representa parte da sua operação (UNCTAD, 2010, p. 6). Ainda, considerando que a produção de softwares é tutelada por direito autoral, o setor de tecnologia é categorizado como central.

O modelo DCMS do Reino Unido, já citado, não faz uma distinção entre setores periféricos ou centrais, focando na criatividade e na inovação como característica básica dos denominados setores criativos. Para ele, o conhecimento, habilidade e talento são considerados meios de produção de riqueza junto dos setores de tecnologia e inovação (UNCTAD, 2010, p. 6). Muito embora a maior parte dos setores seja considerado cultural por natureza, o modelo aglomera sob uma mesma

concepção o setor de desenvolvimento de softwares e games, aproximando-o da compreensão adotada pelo WIPO.

Já o Modelo de Círculos Concêntricos, de tradição europeia - que surge a partir de estudo encomendado pela Comissão Europeia para a classificação dos setores componentes da economia criativa na Europa – traz o foco para a cultura e arte como centro de gravidade de todo o ecossistema criativo (KEA EUROPEAN AFFAIRS, 2006, p. 218).

**Figura 2** – Modelo de Círculos Concêntricos da Comissão Europeia



Fonte: A economia da cultura, o BNDES e o desenvolvimento sustentável  
(GORGULHO, GOLDENSTEIN, *et al.*, 2009)

Para esse modelo, o valor de produtos criativos e sua precificação depende da qualidade de seu conteúdo – e são os produtos culturais de base, como sons, texto e imagem, que conferem a essas indústrias seu caráter distintivo. Neste sentido,

quando mais evidente o conteúdo artístico e cultural de um produto ou serviço específico, mais forte será o apelo por inclusão da indústria que o produz (THROSBY, 2001).

A partir desses quatro modelos citados, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) propôs um novo desenho sistêmico em relatório publicado em 2010, na tentativa de unificar os modelos anteriormente propostos e pacificar as compreensões em torno da economia criativa.

**Figura 3** – Modelo da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)



Fonte: Unctad (2010).

Fonte: (UNCTAD, 2010)

Como se vê, o modelo proposto pela UNCTAD abdica de relações hierárquicas intersetoriais, compondo uma cadeia interligada e contínua que compõe

aquilo que se entende como economia criativa. Classifica os setores não como centrais ou periféricos, mas de acordo com sua natureza: patrimônio cultural; artes; mídia; criações funcionais.

Ocorre que, ainda assim, os setores englobados neste conceito diferem substancialmente entre si – tanto na forma como no resultado. A título de exemplo, as novas mídias – incorporadas no campo de criações funcionais – são responsáveis por fatia ampla dos resultados setoriais, considerando a rentabilidade de setores tecnológicos. A imprensa, incluindo publicidade e marketing, igualmente são mais desenvolvidas e formais do que os setores das artes e patrimônio cultural.

Muito embora o estudo sobre a economia criativa venha se tornando popular nas áreas do conhecimento, com progressivo amadurecimento quanto ao seu conceito – ainda que muitas vezes referido como indústrias criativas – entende-se que sua amplitude demasiada e a fusão de setores com características fundamentalmente diferentes promove distorções e uma certa confusão quanto ao que a economia criativa realmente representa.

Ainda que estes setores estejam correlacionados entre si pelo aproveitamento econômico por meio da propriedade intelectual e pela geração do produto ou serviço por meio do exercício da criação, incluir em um mesmo conceito setores como artes performáticas (teatro, dança, circo), desenvolvimento de softwares (tecnologia e inovação) e publicidade (comunicação e marketing digital), por exemplo, pode promover distorções ou dificuldades interpretativas, sobretudo para o público leigo e não familiarizado com o tema.

Entende-se que o que liga todos estes setores em torno da economia criativa, em última instância, é fato de que a constituição de seus mercados está intimamente vinculada ao trabalho criativo e sua relação com os avanços tecnológicos, com sua rentabilidade derivada da exploração econômica da propriedade intelectual.

Isso se aplica à constituição de mercados culturais, na esteira do surgimento de novas invenções ao longo do século XX como a vitrola e o cinematógrafo; a imprensa e os setores de comunicação igualmente, com a rádio e o aprimoramento de maquinário de impressão; e por fim, com o advento da internet, a explosão de crescimento e criação de mercados antes inimagináveis.

Essas questões – e a necessidade de tratamento da cultura como um setor específico dentro da economia criativa – serão tratados adiante, no que se refere à

discussão em torno da economia da cultura. Antes de avançar acerca dessa questão, no entanto, trataremos da economia criativa no Brasil.

### 1.3 A ECONOMIA CRIATIVA NO BRASIL

A profusão de modelos e formas distintas de compreensão sobre o que é a economia criativa como área do conhecimento gera um terreno heterogêneo, de difícil delimitação e cujo recolhimento de dados é igualmente desafiador – conforme já restou amplamente delineado.

No caso do Brasil, a falta de continuidade no fomento a estudos dedicados ao setor resultou em uma dispersão de dados e desalinhamento conceitual. Os primeiros estudos voltados à mensuração da economia criativa no Brasil foram realizados em 2002, quando o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) estimou os gastos das famílias brasileiras com cultura naquele ano tomando como base os dados recolhidos na Pesquisa de Orçamento Familiar (POF).

Nele, os dispêndios dedicados à cultura correspondiam a cerca de 3% dos gastos familiares e 2,4% do PIB anual. Os referidos gastos, no entanto, foram subdivididos entre as categorias de audiovisual, fonografia, leitura, microinformática/internet e espetáculos ao vivo de artes – adotando critérios de setorização próprios, bem como incluindo sob um mesmo guarda-chuva setores culturais, majoritariamente, junto de gastos referentes ao uso de tecnologia (GORGULHO, GOLDENSTEIN, *et al.*, 2009, p. 310).

Em 2007, pesquisa realizada pelo *Ipsos Public Affairs* em 70 cidades brasileiras quanto ao consumo de cultura apontou que 45% da amostra participou de pelo menos uma atividade cultural naquele ano – dentre leitura de livros, visita a exposição de arte, peças de teatro, cinema, shows de música ou espetáculos em geral. Os 55% restantes não se envolveram em nenhuma atividade cultural no período em razão da “falta de hábito e o gosto do brasileiro”. (GORGULHO, GOLDENSTEIN, *et al.*, 2009).

Em estudo conduzido pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) intitulado “A economia da cultura, o BNDES e o desenvolvimento sustentável”, realizado em setembro de 2009, foi adotado como parâmetro o modelo

européu de círculos concêntricos para análise setorial – incluindo, conforme o sistema adotado, setores de tecnologia e inovação no estudo.

O artigo resultante conferiu destaque ao impacto de atividades culturais principalmente por sua natureza geradora de efeitos transversais (*spillovers*) em diversas outras atividades econômicas, reconhecendo que a integração de bens e serviços culturais eleva o valor e a vantagem comparativa de serviços ou produtos de outros setores, conferindo-lhes distinção, significados e características diferenciais (GORGULHO, GOLDENSTEIN, *et al.*, 2009, p. 307).

O último estudo realizado por um órgão público a nível federal foi publicado em 2013 pelo Ipea, referente aos dados colhidos ainda no ano de 2009. Na ocasião, adotou-se o modelo proposto pela UNCTAD como ponto de partida para a proposição de uma nova visão sobre a economia criativa brasileira (IPEA, 2013, p. 37).

Para tanto, foram definidos nove segmentos, naquele que restou referido como “Modelo IPEA”: audiovisual (áudio, cinema, rádio, TV e vídeo), publicações e mídia impressa (imprensa, mercado editorial e outras publicações); *new media* (mercado de publicidade e geração de conteúdo na internet, expressivamente web); serviços criativos (arquitetura, ensino, recreação, P&D criativo e outros); artes performáticas (circo, dança, música, teatro e demais espetáculos); artes visuais (escultura, fotografia e pintura); sítios culturais (museus, patrimônio material e imaterial); expressões culturais tradicionais e *design* (DE OLIVEIRA, OLIVEIRA DE ARAÚJO e SILVA, 2017, p. 26)

O Instituto concluiu que a economia criativa representou 1,2% a 2% do PIB brasileiro no ano de 2009, sem considerar a elevada taxa de informalidade na economia brasileira, em especial nos setores originariamente culturais (IPEA, 2013, p. 46). Uma vez que se trata do último estudo promovido por órgão público que se dedicou a recolher, tratar e interpretar dados a nível nacional, tais resultados seguem sendo amplamente referenciados na literatura, ainda que desatualizados.

A interpretação sobre a economia criativa brasileira recai em grande parte sobre estes parâmetros, a exemplo do panorama setorial publicado em 2017 em obra organizada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) denominada Atlas Econômico da Cultura Brasileira (VALIATI e FIALHO, 2017).

Nela, o aprofundamento na análise dos dados da primeira década do século XXI leva à conclusão de que o valor adicionado (VA) da economia criativa brasileira

conforme o modelo IPEA está majoritariamente concentrado entre o setor de audiovisual, publicação e mídia impressa e as chamadas *news media*, correspondendo a 80,1% do VA criativo. Caso o setor avançasse sobre o problema crônico da informalidade, o estudo estima que a economia criativa corresponderia a aproximadamente 3% da força de trabalho e 6% da massa salarial no ano de 2009, ainda considerando os últimos dados colhidos por órgão público (DE OLIVEIRA, OLIVEIRA DE ARAÚJO e SILVA, 2017, p. 31-32).

A falta de foco e fomento a estudos sobre a economia criativa por parte do Poder Público não impediu que outros agentes conduzissem iniciativas a esse respeito – em especial aqueles vinculados ao setor e que tem, evidentemente, o interesse de demonstrar sua relevância econômica para a obtenção de políticas públicas voltadas ao seu desenvolvimento. Assim, a atualização de dados tem sido conduzida nos últimos anos pela Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (FIRJAN), a qual divulga bianualmente pesquisa denominada “Mapeamento da Indústria Criativa”. A sexta edição do estudo, a mais atualizada sobre o tema até o momento, foi publicada em fevereiro de 2019 e se refere ao período entre 2015 e 2017.<sup>5</sup>

As pesquisas encomendadas pela Federação têm sido utilizadas em diversos estudos nacionais, muito embora o modelo adotado traga algumas inovações, a exemplo da inclusão da biotecnologia no conceito de economia criativa – o que o difere de todos os modelos adotados internacionalmente, assim como da sistemática do IPEA. O modelo FIRJAN divide treze segmentos criativos em quatro grandes áreas: Consumo (Design, Arquitetura, Moda e Publicidade & Marketing), Mídias (Editorial e Audiovisual), Cultura (Patrimônio e Artes, Música, Artes Cênicas e Expressões Culturais) e Tecnologia (P&D, Biotecnologia e TIC).

Segundo os últimos dados tratados e divulgados pela FIRJAN, estes setores representaram em média cerca de 2,61% do PIB brasileiro no período entre 2015 e 2017, sendo responsável pela geração de 1,8% do total de empregos formais no país. Não obstante “Cultura” seja definida como área específica – a qual inclui a música e

---

<sup>5</sup> Os estudos realizados pelo FIRJAN em parceria com o SENAI podem ser acessados diretamente no site oficial da Federação. O último estudo divulgado em fevereiro de 2019 pode ser acessado no seguinte [link](#).

as artes tradicionais e expressões culturais em geral, bem como artes performáticas e patrimônio, observa-se que as áreas denominadas “Mídias” e “Consumo” se referem, majoritariamente, a setores culturais/artísticos (FIRJAN, 2019)

À semelhança do Modelo DCMS (UNCTAD, 2010, p. 6), muito embora boa parte dos 13 segmentos identificados seja de natureza cultural, seu agrupamento é definido em torno de outras “formas” criativas, como consumo e mídias. No último estudo conduzido pela FIRJAN, a área denominada “Cultura” corresponde a 7,7% da economia criativa nacional, considerando os dados passíveis de tratamento e excluindo a alta taxa de informalidade. Em contrapartida, os segmentos de Mídia e Consumo integram cerca de 11,4% e 43,8%, respectivamente.

Como se vê, não há uma homogeneidade nos estudos nacionais, os quais adotam modelos distintos entre si, com variações em relação aos modelos internacionais, o que dificulta um vislumbre claro acerca da economia criativa no Brasil. Isso é um reflexo não somente de um conceito em formação, mas também da ausência de uma teoria de fato unificada sobre o que é a economia criativa.

Muito embora seu conceito se refira à geração de recursos econômicos por meio de criações tuteladas pela propriedade intelectual, a visão estrutural sobre estas é totalmente distinta. Essa dificuldade é patente não somente nos modelos adotados internacionalmente, conforme retratado no tópico anterior, como fica ainda mais evidente em sua transposição para a realidade brasileira.

De maneira geral, a literatura sobre o tema, incluindo a brasileira, tem indicado que as ocupações criativas tendem a pagar melhores salários, com empregos de melhor qualidade e nível de satisfação acima das ocupações de rotina (DE OLIVEIRA, OLIVEIRA DE ARAÚJO e SILVA, 2017, p. 12). Dessa conclusão é possível deduzir a existência de uma distorção sobre as percepções intrasetoriais da economia criativa, uma vez que há um precipício entre a realidade de setores de inovação e publicidade, por exemplo, e aqueles vinculados às artes performáticas.

O nível de informalidade e a dificuldade de organização de mercados culturais em pequena, média e mesmo larga escala – e aqui não estamos nos referindo às indústrias culturais, mas ao ecossistema de atividades e trabalho de base, principalmente, ou intermediária, geralmente denominada “independente” – afasta por completo o parâmetro colhido considerando a economia criativa como o aglomerado de tantas áreas e setores com características diversas.

Isso fica claro quando se compara a análise do valor acumulado (VA) das atividades criativas divulgado no Atlas econômico da cultura brasileira com base no modelo IPEA. O segmento de artes performáticas (circo, dança, música, teatro e demais espetáculos) tem peso de 3,1% sobre o faturamento anual da economia criativa brasileira. A mídia impressa (imprensa, mercado editorial e outras publicações) 25,8%. As *news medias* (publicidade e geração de conteúdo web): 23%. No caso dos sítios culturais e artes visuais, o valor é considerado inexpressivo (DE OLIVEIRA, OLIVEIRA DE ARAÚJO e SILVA, 2017, p. 28).

Muito embora os números apresentados sejam díspares, é vital ressaltar que essas conclusões não permitem dizer que as artes performáticas brasileiras representam 3,1% da economia criativa. Pelo contrário: justamente pela falta de critério sobre as organizações setoriais – e muitas vezes a dificuldade em definir o que determinados setores são de fato – esse número acaba por se tornar apenas um potencial indicativo.

Afinal, o que dentro desse conceito significa “música”, se “áudio” está inserido em “audiovisual”? Seriam apenas os shows ao vivo, excluídas as mídias gravadas? O consumo de música via *streaming*, nesse caso, estaria inserido no conceito de áudio ou nas chamadas *news medias*? Ainda, é preciso considerar que as referidas artes performáticas competem, diretamente, com os resultados financeiros derivados de setores de inovação e grandes mídias – dotados de elevado poder econômico e receptores, em geral, de altos investimentos, o que resulta na proporção deficitária do setor na comparação com estes.

Retornamos, assim, aos desafios enumerados anteriormente: como definir um conceito para a economia criativa e qual é a melhor forma de estudá-la? Em especial quando o objetivo está voltado para setores culturais, e não necessariamente aqueles referentes à propriedade intelectual e atividade de criação em sentido amplo?

Apesar de o conceito de economia criativa ter emergido das indústrias culturais – e derivar, na origem, destes setores – a dinamicidade imposta pela sociedade em rede e o crescimento tecnológico exponencial parece contribuir para uma captura do conceito pelos setores de inovação e comunicação, em detrimento dos setores artísticos e culturais.

Inclusive, o que se constata é uma referência genérica de estudos econômicos sobre setores culturais como estudos sobre a economia/indústria criativa, em detrimento de seu “sinônimo equivalente”: a economia da cultura.

#### **1.4 ECONOMIA DA CULTURA: A IMPORTÂNCIA DO TRATAMENTO ESPECÍFICO**

Na busca pela intersecção entre cultura e economia na sociedade em rede e na era digital, o uso da expressão “economia da cultura” para tratar dos mercados culturais perdeu espaço em favor da economia criativa – a qual tem sido objeto de estudo em organismos internacionais, órgãos públicos e pesquisas acadêmicas, conforme demonstrado anteriormente.

O afastamento do estudo específico sobre a economia da cultura pode ter correlação com o fato de existir área com o mesmo nome na economia comportamental. Nela, a Economia da Cultura busca compreender o impacto dos costumes, tradições, valores e princípios – da Cultura em sentido antropológico e sociológico, portanto – na formação econômica de um determinado ecossistema social, buscando estudar como o comportamento influi no desenvolvimento econômico de um determinado povo ou sociedade (GUIISO, SAPIENZA e ZINGALES, 2006, p. 43-46)

O objeto de estudo dessa área da economia comportamental trata, por exemplo, do padrão de compras da classe média brasileira em determinado período, do impacto de datas comemorativas nas vendas de produtos na Europa ou do costume de investir em ativos financeiros pelos norte-americanos.

Em sentido diverso, o ramo que escolheu se denominar “economia criativa” trata do estudo econômico sobre mercados cujos produtos e serviços derivam de atos criativos – e nela está inserida a economia da cultura, relativa ao estudo econômico de mercados culturais.

Como visto, a vinculação da cultura e das artes a essa nova área do pensamento econômico se dá por meio da exploração de bens criativos por meio da Propriedade Intelectual, a qual confere ao autor direitos econômicos sobre sua obra. Nesse sentido, o ato de criar – seja uma música ou um software – garante ao criador

o direito de explorar os proveitos derivados de sua invenção, tutelados mais especificamente pela propriedade intelectual.

A amplitude do conceito de economia criativa dificulta a compreensão sobre si mesma. Muita embora a composição de mercados criativos esteja ligada à tecnologia, assim como à propriedade intelectual, nos parece que o estudo sobre aspectos econômicos dos setores culturais de maneira isolada é importante para reduzir distorções em pesquisas relacionadas à economia criativa, a exemplo daquelas elaboradas pelo FIRJAN.

Dessa forma, resgataremos a expressão não em referência à área da economia comportamental, mas relacionada à formação de mercados da cultura – em separado do conceito de economia criativa.

Para compreender tal processo, é importante regredir à mercantilização progressiva das artes e do processo de formação de seus mercados. Apesar de a produção e consumo de arte ser um elemento da atividade humana muito antes dos fenômenos que engajaram a atenção de economistas contemporâneos, apenas há poucas décadas foram conduzidos trabalhos destinados a estudar a cultura pelo prisma econômico em si (THROSBY, 1994, p. 2)

Isso porque, para a economia política clássica, as artes eram consideradas atividades economicamente improdutivas, uma vez que o trabalho empregado na execução de obras culturais era visto como desvio de recursos humanos que poderiam ser empregados nos setores compreendidos como produtivos (REIS, 2006, p. 27).

Muito embora grandes economistas tenham tratado de temas relacionados às artes e cultura – Adam Smith abordou música, artes visuais, dança e poesia em ensaios acadêmicos, John Ruskin foi um importante crítico de arte e arquitetura no século XIX e Keynes foi, sabidamente, um entusiasta das artes performáticas e um dos patrocinadores e fundadores do *Arts Council of Great Britain* – nenhum deles publicou trabalhos ou abordou o tema sob o ponto de vista econômico (THROSBY, 1994, p. 2)

Uma hipótese é que a visão econômica sobre a cultura como meio de geração de capital permaneceu limitada diante de restrições técnicas que viabilizassem sua expansão e constituição como mercado, permitindo a comercialização e reprodução

de obras culturais em larga escala a uma ampla base de consumidores – requisito para a formação de mercados.

Foi apenas com os avanços tecnológicos sucessivos promovidos a partir do final do século XIX – a exemplo da eletricidade e da profusão de novos inventos – que o bem simbólico cultural, cujo caráter patrimonial deriva de exercício criativo abstrato traduzido por meio de um trabalho de natureza intelectual, alçou novos horizontes. Assim, a formação e amadurecimento de mercados culturais e o exercício da atividade artística como profissão e ofício avançou junto dos constantes aprimoramentos em tecnologias e ferramentas ao longo do século XX.

Muito embora a relação entre economia e cultura tenha sido pioneiramente abordada pelo economista norte-americano John Kenneth Galbraith em palestra proferida em 1959 e publicada no livro *The Liberal Hour* (1960), na qual tratou da situação econômica de artistas e dos impactos do trabalho de designers sobre as exportações de manufaturados norte-americanos; e pelo economista britânico Lionel Robbins em artigo publicado em 1963, no qual analisava o papel econômico do Estado na promoção das artes e no financiamento público de museus e galerias, o marco de nascimento da economia da cultura é considerado a publicação, em 1966, do livro *“Performing Arts – The Economic Dilemma: a study of problems common to Theater, Opera, Music and Dance”*<sup>6</sup>, dos economistas William J. Baumol e William G. Bowen (THROSBY, 1994, p. 2)

Na obra, encomendada pela Fundação Ford, os autores concluíram que o subsídio a atividades artísticas por parte de entes do Terceiro Setor norte-americano e de fundos patrimoniais (*endowments*) seria uma medida indispensável para o desenvolvimento setorial, uma vez que as companhias artísticas e instituições culturais teriam uma característica distinta de outros empreendimentos: seus custos seriam progressivamente elevados, uma vez que, na visão dos autores, a tecnologia não geraria ganhos de produtividade e redução de custos – em outras palavras, muito embora a tecnologia já possibilitasse a gravação de mídia física, ela não substituiria o

---

<sup>6</sup> Disponível em <https://archivesofthecentury.org/myportfolio/performing-arts-the-economic-dilemma/>.

número de músicos necessários para executar uma sinfonia de Mozart (BAUMOL e BOWEN, 1966).

Com a estruturação e crescimento de mercados culturais como música e cinema a nível mundial diante do aprimoramento tecnológico da segunda metade do século XX, cresceu o interesse sobre o estudo econômico destes, resultando na ampliação de estudos no campo da economia da cultura – a exemplo da criação do *Journal of Cultural Economics*, fundado em 1977, e do estudo pioneiro “*The Economic Importance of the Arts in Britain*”, publicado em 1988, o qual quantificou pela primeira vez o impacto do setor cultural na economia da Grã-Bretanha, indicando a geração de 500 mil empregos no setor. Em 1992, a *American Economic Association* incluiu a economia da cultura como uma das disciplinas econômicas (REIS, 2006, p. 30).

No entanto, a economia da cultura foi integrada, a partir dos anos 2000, ao conceito de economia criativa – curiosamente derivado das indústrias criativas, as quais inicialmente se referiam, sobretudo, aos setores artísticos. A revolução digital e o surgimento de novos mercados e trabalhos inovadores, a exemplo do desenvolvimento de softwares, junto do desenvolvimento dos mercados culturais em paralelo à profusão de tecnologias, resultou na integração destes setores ao conceito em virtude das regras derivadas da Propriedade Intelectual – o qual findou por fagocitar, em grande parte, o significado da economia criativa em favor dos setores de inovação, em razão de seu elevado poderio econômico.

Apesar da proposição de resgate da economia da cultura, há de se destacar que a fusão da economia da cultura em torno da economia criativa possui vantagens e desvantagens.

De um lado, percebe-se uma distorção na análise de dados quando não se analisa cada área separadamente - os setores de tecnologia são responsáveis em grande parte pelos resultados financeiros expressivos nas pesquisas em virtude de sua alta rentabilidade e elevado investimento, em detrimento dos poucos números representados pelas atividades culturais, afetadas pela falta de estrutura, investimento e elevado grau de informalidade – em especial nas artes performáticas, cujo dilema identificado por Baumol e Bowen segue existindo.

De outro, a fusão dos estudos econômicos da cultura à economia criativa é positiva na medida em que atrai maior interesse sobre o tema, uma vez que a integra a setores em voga na contemporaneidade, alvo de estudos e investimentos para seu

desenvolvimento. Nesse sentido, os mercados da cultura são beneficiados, paradoxalmente, pela distorção gerada pelos dados agregados – a exemplo da percepção de que a economia criativa é um dos setores que paga os melhores salários e que mais crescem na economia global, em especial pela sua capacidade de resistir a crises internacionais diante da sua elasticidade-renda elevada (UNCTAD, 2010) (HOWKINS, 2001).

Assim, muito embora a inserção dos setores artísticos e culturais na economia criativa promova o estudo do tema e eleve o interesse em investimentos públicos e privados, entende-se que o estudo da economia da cultura como nicho específico da economia é importante em virtude, especialmente, de suas particularidades, a fim de explorar o potencial econômico subaproveitado na produção e consumo de produtos culturais e elaborar políticas públicas efetivas voltadas aos seus subsetores.

Ao fim e ao cabo, ainda que a relação entre economia e cultura seja indissociável dos avanços tecnológicos que viabilizaram a estruturação de mercados culturais, entende-se ser apropriado e positivo o retorno da economia da cultura como área específica do pensamento econômico – não necessariamente apartando os mercados artísticos da economia criativa.

Superada a relação entre economia e cultura, e a fim de explorar a relação muitas vezes referenciada entre cultura e tecnologia, entende-se ser útil finalizar o capítulo com o estudo de caso da indústria fonográfica, o qual, à semelhança do setor cinematográfico, se desenvolveu junto de inovações tecnológicas e sofreu profundos impactos com a revolução digital, que compelem o setor a uma reorganização total e constante para o aproveitamento de seu potencial de crescimento.

## **1.5 CULTURA, ECONOMIA E TECNOLOGIA: O ESTUDO DE CASO DA INDÚSTRIA FONOGRAFICA**

A fim de identificar a relação entre o desenvolvimento tecnológico e a formação de mercados culturais, tomaremos o setor fonográfico como recorte para estudo de caso. Essa escolha se dá uma vez que o setor serve como parâmetro de comparação para boa parte dos demais setores culturais, embora cada um deles guarde suas peculiaridades.

O estudo sobre o mercado da música permite pensar a formação de mercados culturais em larga escala e sua relação com a tecnologia, tanto no que se refere à comercialização de produtos (música gravada - fonograma) e sua rentabilidade por meio de direitos autorais; bem como na sua dimensão performática original, cuja execução se dá por meio de performances de autores e/ou intérpretes ao vivo.

Ainda, é um mercado que apresenta diversos nichos de dimensões distintas e com resultados igualmente diferentes: por um lado, pode-se afirmar que é o setor criativo que mais gera resultados financeiros com o sucesso de artistas a nível global, assim como possui uma massa de pequenos artistas empreendendo na tentativa de obterem sucesso – e conseqüente retorno econômico. Para além, é uma cadeia complexa composta por uma série de outros *players* tão importantes quanto os compositores e artistas (de editoras a *roadies*, de *managers* à equipe técnica)

No caso da música, antes da criação do cilindro fonográfico e do fonógrafo por Thomas Alva Edison em 1877 e de seu aprimoramento com a invenção do gramofone e do disco plano, em 1887, pelo alemão Emile Berliner, a atividade artístico-musical se resumia à execução ao vivo de obras musicais (MILLARD, 2005, p. 17-36). A execução de uma peça de Mozart dependia necessariamente da presença física de público e dos artistas executantes – senão do próprio Mozart. É dizer, o consumo de música de maneira remota se tornou possível apenas com a invenção de ferramentas capazes de reproduzir de forma mecânica sons gravados, gerando a natureza híbrida do setor (produto e performance).

O disco plano foi o produto que tornou possível a concepção de um mercado da música em escala, diante da popularização de seu consumo na vida cotidiana. A correlação das artes, sua organização em estrutura de mercado e avanços tecnológicos pode ser observada, também, no caso do cinema – o que ora se pontua apenas para traçar um paralelo entre os setores, objeto posterior do estudo sob o prisma regulatório. A invenção do cinematógrafo e do cinetoscópio no Edison Laboratories, em 1891, e do posterior cinematógrafo dos irmãos Lumière, em 1895, permitiu a captura de imagens, sua revelação e projeção e o surgimento do mercado cinematográfico (LAURENT, 2000, p. 45-53).

A indústria fonográfica permaneceu dependente do gramofone como meio de reprodução principal e da gravação de músicas em discos planos – em geral de cera, vinil, cobre e goma laca – durante a primeira metade do século XX. Apenas em 1948

surge a vitrola e os primeiros discos de vinil produzidos com material plástico, leve e flexível, os chamados “*Long Plays*”, mídias de maior durabilidade e que resultariam em novo ciclo de expansão do mercado musical.

A nova mídia, cujas ranhuras espiraladas causavam vibrações na agulha do toca-discos, representou um grande avanço na qualidade e reprodução dos sons audíveis, possibilitando o desenvolvimento acelerado da indústria fonográfica e a propulsão de vendas nos discos – com o conseqüente aumento das vendas e crescimento dos lucros anuais.

Na esteira do avanço do mercado fonográfico, em 1979 é criada a tecnologia dos *compact discs* (CD's), mídia óptica capaz de armazenar e reproduzir arquivos de áudio, a qual seria comercializada globalmente a partir de 1982. Com a popularização do CD como principal meio de comercialização da música gravada (e considerando seu tamanho reduzido, de fácil circulação e armazenamento), a indústria fonográfica cresceu consideravelmente nas décadas de 1980 e 1990 em meio ao processo de globalização e massificação dos meios de comunicação, com a comercialização de obras musicais a nível mundial.

Esses avanços tecnológicos permitiram o crescimento em larga escala, com a estabilização das cadeias produtivas da música em torno de um modelo de negócio e de uma relação de consumo bem definidas. O setor se organizava sobretudo em torno das vendas físicas de álbuns, da realização de espetáculos ao vivo e do recolhimento de direitos derivados da execução pública, a partir da evolução e modernização a nível global do Sistema de Gestão Coletiva de Direitos Autorais.

Uma vez que o custo de gravação era elevado – tanto no que se refere a custos com equipamento e infraestrutura, além de equipe e recursos humanos – as grandes gravadoras e editoras (*majors*) foram os principais *players* setoriais desse período, desempenhando importante papel. Empresas como Warner, Sony e EMI concentravam a maior parte do mercado mundial, definindo suas políticas e regras uma vez que detinham os meios de produção capazes de arcar com os custos operacionais e o risco do empreendimento. Influenciavam, ainda, as políticas de recolhimento de direitos autorais, como se verá com profundidade no capítulo quarto.

Foi nessa conformação que a indústria fonográfica atingiu seu maior resultado histórico em 1999. Depois de décadas de crescimento contínuo, o setor atingiu sua máxima histórica no último ano do milênio, com o resultado de vinte e três bilhões e

oitocentos mil dólares essencialmente derivados da venda de discos físicos. Foi também neste ano que a conformação do mercado da música passou a ser profundamente atingida com a revolução digital e a popularização da internet.

‘Em um primeiro momento, a inserção da internet na dinâmica social se deu em um ambiente absolutamente desregulamentado. A inexistência de quaisquer previsões legais ou normas acerca da atividade em rede criou um ambiente propício à violação sucessiva de direitos autorais através da circulação desenfreada de dados nos meios digitais, o que resultou em uma crise estrutural sem precedentes no mercado musical.

A circulação livre de dados na fase embrionária da internet, em especial na primeira década dos anos 2000, modificou por completo a conformação do segmento fonográfico. De um lado, a conversão de obras musicais em arquivos de livre circulação, disponíveis para download gratuito, resultou na normalização do consumo de músicas por meios ilegítimos, sem o devido licenciamento ou geração de proveitos aos titulares da obra. A banalização dos downloads e a circulação de arquivos sem qualquer tipo de controle ou fiscalização institucionalizou a prática da pirataria, transformando de maneira irreversível as relações setoriais. À semelhança do mercado fonográfico, o setor cinematográfico foi igualmente impactado pela revolução digital, pela pirataria e pela modificação no padrão de consumo decorrente deste processo.

Se, nas décadas anteriores, a única opção para o consumo de músicas ou filmes ainda era a compra de uma obra física, a pirataria e a popularização dos computadores criou um contexto inédito: o consumidor (ouvinte/espectador), nas primeiras décadas de inserção da internet na sociedade, passou a ter acesso amplo, irrestrito e sem custos a uma ampla gama de gravações e filmes, transbordando as fronteiras do Direito Autoral como até então compreendido e para muito além do que previam as legislações nacionais e acordos internacionais.

Diante da possibilidade de acesso e consumo sem custos a uma variedade infinita de obras, o padrão de consumo de música a nível global se modificou de forma definitiva. Os resultados do mercado fonográfico sofreram uma queda vertiginosa: as vendas de álbuns físicos despencaram – uma vez que se tornou possível o acesso sem custos às mesmas obras vendidas nas lojas – e, conseqüentemente, os lucros

da indústria fonográfica foram pulverizados, reduzindo-se a quase dois terços do lucro auferido em 1999 nos anos subsequentes.

Diante deste panorama, o papel e a relevância dos agentes da indústria fonográfica - editoras, gravadoras, distribuidoras, produtoras e os próprios autores, intérpretes e músicos – foi reformatada: a crise financeira da revolução digital, combinada à democratização de acesso e barateamento das tecnologias de gravação (a qual tornou possível a produção e divulgação dos trabalhos de artistas de forma independente dos grandes *players* do mercado), subverteu por completo a hierarquia e conformação do setor. A era digital resultou, de fato, em uma revolução na indústria fonográfica.

Esse processo resultou em uma metamorfose completa do mercado fonográfico, cuja conformação encontrava-se estabilizada na fórmula de funcionamento na década de 1990, resultando em uma grave crise financeira. A partir de 1999, o segmento enfrentou perdas sucessivas por quase duas décadas, em uma queda vertiginosa que encolheu o lucro do setor em cerca de 40% até 2014 (IFPI, 2017, p. 11). Apenas em 2015, depois de mais de 15 anos de encolhimento progressivo, o mercado registrou crescimento de 3,2% em relação ao ano anterior, com resultado anual de quatorze bilhões e oitocentos mil dólares (IFPI, 2016, p. 5).

Este resultado derivou, principalmente, do fato de que os lucros digitais naquele ano superaram pela primeira vez na história os advindos das vendas físicas, representando 45% do lucro anual da indústria – consolidando a tendência de modernização do setor em direção a uma nova formatação mercadológica adaptada à era digital e ao novo padrão de consumo que emergiu dos anos-pirata.

A recuperação contabilizada no ano de 2015 se deu em razão da combinação dos resultados derivados de downloads digitais licenciados, lançado pela Apple Store a partir de 2004, junto da evolução exponencial dos serviços de *streaming* como principal meio de consumo de música no mundo (IFPI, 2016, p. 8-9) – o que se confirmou como tendência nos anos subsequentes.

Os dados sobre o *streaming* digital passaram a ser colhidos apenas em 2005, quando representavam apenas cem milhões de dólares no setor fonográfico, crescendo para 13 bilhões e 400 milhões de dólares em 2020, liderando o melhor resultado para o setor desde 2002: o lucro anual do último ano da década foi de 21 bilhões e seiscentos milhões de dólares (IFPI, 2021, 4-6)

Em apertado resumo, o *streaming* é uma forma de consumo *on-demand* (requisição de acesso específica do usuário a determinada mídia) de distribuição de informação multimídia em pacotes, realizada através da internet, na qual é feita uma transmissão individual e exclusiva da plataforma detentora do conteúdo diretamente ao usuário, limitando-se o acesso ao conteúdo requisitado. O acesso ao arquivo específico é feito em tempo real, mediante transmissão direta, sem a necessidade do download do arquivo para o consumo.

Diante dessa dinâmica, o *streaming* surgiu como uma alternativa à aquisição de discos e à circulação irregular de arquivos na internet, uma vez que o usuário tem acesso à mídia sem a necessidade de baixar o arquivo, conseqüentemente, impossibilitando a distribuição posterior para outros usuários por vias não monitoráveis.

Em outras palavras: o *streaming* tornou possível o consumo temporário de determinada mídia sem a necessidade de download do arquivo para o equipamento do usuário, o que solucionou, inclusive, problemas relacionados a questões de memória em disco rígido – mais um atrativo para o consumo por esta via.

Os serviços de *streaming* se popularizaram com o desenvolvimento de plataformas de conteúdo baseadas neste formato de transmissão de dados, a exemplo do Youtube, plataforma de *video-streaming* incorporada pelo Google em 2006 e o gigante sueco *Spotify*, *streaming* de música e áudio (ULIN, 2010, p. 35).

O desenvolvimento e popularização de serviços de streaming, cujo modelo de negócio baseado em anúncio (caso do Youtube) tem migrado para o modelo de pagamento pelo acesso à totalidade da biblioteca das plataformas (sistemática adotado por Spotify e serviços de *streaming* de música, em geral), tem representado a grande tendência de transição do mercado da música para a era digital.

No caso da indústria cinematográfica, a situação é semelhante. A crise derivada da pirataria, impulsionada pelo livre acesso e download de filmes, também resultou na redução dos rendimentos em geral e na transformação do consumo. O *streaming* revelou-se como uma alternativa para a modernização do mercado perante a revolução digital possibilitando a rentabilização do consumo digital e controle sobre o uso das obras sob uma nova forma de cobrança, a exemplo da plataforma *Netflix* (CROCE e GRECE, 2015, p. 6).

A relação entre os mercados criativos – a exemplo da música e do cinema – e o desenvolvimento tecnológico é patente, e sua constante transformação (acelerada pela revolução digital) aponta para a necessidade de ininterrupta atualização sobre as regras normas que regem estes setores, a fim de garantir segurança jurídica para a inserção de novos *players* aptos a fornecer soluções para os desafios setoriais e maximizar seus resultados.

## 1.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, o estudo econômico sobre setores culturais se encontra, atualmente, circunscrito à economia criativa – área da economia que aglomera distintos setores vinculados à atividade de criação e ao seu aproveitamento econômico por meio da propriedade intelectual.

Muito embora (ainda) haja uma percepção de que as carreiras culturais são informais e persista a resistência em se enxergar os mercados artísticos para além de sua superfície (correlacionada com as indústrias culturais de massa), é nítida sua relevância para o desenvolvimento econômico em sentido amplo, conforme consenso internacional já formado neste sentido – construído de maneira vanguardista a partir das políticas públicas implementadas pelo Reino Unido no início dos anos 2000 e reafirmado repetidamente nos últimos anos na agenda global.

À medida em que se compreende que os setores culturais são setores econômicos de destacada relevância, inseridos nas tendências de geração de emprego e capital no século XXI, a ação do Estado e a elaboração de políticas públicas voltadas ao seu desenvolvimento são temas de importância latente.

Conforme demonstrado por meio dos diversos estudos relacionados à economia criativa e seus modelos, é possível afirmar que a economia criativa é uma das tendências de crescimento econômico global<sup>7</sup> e pode representar um importante

---

<sup>7</sup> Conforme indicado pela UNESCO em seu site oficial, atualmente a economia criativa representa 3% do PIB global, responsável por gerar 2.250 bilhões de dólares anualmente e empregar 30 milhões de pessoas ao redor do mundo. Neste sentido, vale destacar o seguinte apontamento: “*Today, more and*

mercado na inevitável transição mundial em direção à sustentabilidade. A evolução dos setores de inovação e tecnologia é incontestável – e em termos financeiros, não há dúvidas que são estes os segmentos responsáveis pela maior fatia do resultado da economia criativa.

No entanto, a atividade criativa vinculada ao fazer cultural, relacionada sobretudo à produção de bens simbólicos de natureza imaterial, necessita maior atenção por ser essencial na transição da matriz de trabalho no século XXI.

Para além dos aspectos já discutidos em relação à revolução digital, a sociedade da informação nos catapulta a uma experiência nunca antes vivida na história da humanidade. O século XXI nos carrega para um horizonte de profundas transformações nas diversas matrizes que nos compõem como aldeia global. Diante da efetividade e automatização de processos derivados do exponencial avanço tecnológico, o grande desafio será sobretudo social pela inevitável mutação da matriz do trabalho que se desvela diante de nós (HARARI, 2016).

O processo de extinção de postos de trabalho e a visão sobre a força de trabalho foram, são e serão profundamente afetados pela tecnologia. Na transição digital, o sistema capitalista globalizado organizado em uma sociedade em rede e de natureza pós-industrial necessita transformar sua forma de ver a força de trabalho. Isso passa, necessariamente, pela compreensão da cultura como setor econômico.

A arte, o entretenimento e a cultura como meio de expressão precisam ser enxergados de antemão pela sua relevância econômica, pelo potencial de geração de trabalho formal e geração de renda, e não somente como um setor que onera o poder público e requer investimentos injustificados por parte do Estado, compreensão majoritariamente dominante frente àquela que ora se propõe.

Em outras palavras: a manutenção do crescimento e do desenvolvimento econômico passa pela economia criativa. Somente por meio da capitalização da cultura e de sua ampla força de trabalho – e aqui, cumpre fazer a ressalva, não se trata mais uma vez do prisma de industrialização da cultura, mas de investimento na circulação de ativos nesses ecossistemas – é que o sistema capitalista encontrará

---

*more people are turning their ideas and imaginations into livelihoods (...). Creativity is the industry of tomorrow*". Disponível no [link](#). Último acesso em 03 de agosto de 2021

soluções para os enigmas esfíngicos impostos pelo próprio avanço tecnológico promovido por ele.

Para tornar viável a estruturação de mercados culturais e seu desenvolvimento, e diante do fato de que a íntima relação entre cultura como mercado e tecnologia aponta para uma aceleração cada vez maior nas transformações setoriais, a atuação do Estado sobre sua conformação é absolutamente necessária: não somente como fomentador, mas como planejador, fiscalizador, regulamentador e mediador.

A relação entre Estado e os mercados culturais precisa de uma nova compreensão que torne possível sua atuação de maneira dinâmica e técnica com o objetivo de atingir o interesse público e materializar direitos fundamentais, agindo de maneira a lidar com a aceleração e imprevisibilidade das transformações setoriais, especialmente no que se refere à edição e atualização de normas.

No entanto, antes de refletir sobre esse ponto em específico, é necessário se perguntar: afinal, os mercados culturais derivam de direitos fundamentais?

## 2. CULTURA, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O primeiro capítulo tratou de analisar a cultura sob o prisma econômico, com especial foco na economia criativa. Seu objetivo precípua foi demonstrar a relevância dos mercados culturais para o desenvolvimento econômico e social, bem como sua relação íntima com a tecnologia – tanto no que se refere à inserção de ambos os setores no conceito de economia criativa, como no que tange ao desenvolvimento em paralelo dos mercados culturais e do avanço tecnológico.

Considerando que a cultura é parte da dinâmica de uma sociedade geradora de capital e deve ser compreendida, cada vez mais, em sua dimensão econômica, o próximo passo para tratar da regulação sobre este gênero de setor é abordar as previsões normativas da cultura no Direito Constitucional, no intuito de vislumbrar sua dimensão de direito fundamental.

Esse não é um passo trivial, uma vez que a cultura é polissêmica e dela emergem os sentidos e significados que dão origem às próprias leis (como se verá na abordagem semiótica de cultura). Diante de sua natureza multifacetária, a distinção dos direitos culturais dos demais gêneros (direitos sociais, políticos, civis, econômicos) carece de maior elaboração teórica e é um desafio não somente para o direito brasileiro.

No Direito Internacional, os direitos culturais são tutelados pelo artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, assim como nos artigos 13 e 15 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. No âmbito interamericano, os artigos 13 e 14 do Protocolo de São Salvador da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1988) abordam direta e indiretamente os direitos culturais.

Esses normativos tratam da cultura em seus diversos sentidos: direito à livre expressão cultural, direito à educação e formação de qualidade que respeitem identidades culturais, proteção de interesses morais e materiais decorrentes de produções intelectuais e criativas, direito à formação, ao pluralismo ideológico, à promoção e desenvolvimento de assuntos científicos, artísticos e culturais.

Conforme definido anteriormente, não é o objetivo do presente trabalho tratar da Cultura em seus múltiplos significados. O objeto de estudo remete, sobretudo, ao

campo das artes e dos setores econômico-criativos relacionados a ela. No entanto, para identificar os direitos relacionados às artes como direitos fundamentais, é necessário adentrar na análise constitucional da cultura.

Isso possibilitará aproximar o Direito Regulatório da presente análise, aplicando seus preceitos, teorias e princípios como catalisadores à formação e desenvolvimento dos mercados culturais, garantindo o usufruto de bens dessa natureza como direitos fundamentais que o são.

Para tanto, analisaremos os dispositivos legais a ela relacionados na Constituição Federal de 1988 e o ecossistema constitucional voltado à tutela de direitos culturais.

## **2.1 TUTELA CONSTITUCIONAL DA CULTURA: A ORDEM CONSTITUCIONAL CULTURAL**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu normas expressamente destinadas à proteção e valorização da cultura nacional no intuito de consolidar a democracia brasileira e a proteção às liberdades individuais após duas décadas de ditadura militar – especialmente traumática do ponto de vista cultural, face à censura e controle rígido da produção intelectual nacional naquele período.

A abordagem constitucional à cultura adotada em 1988 buscou, sobretudo, não impor a existência de uma única cultura oficial, pretensiosamente verdadeira ou universalista. Pelo contrário, sua intenção foi criar um ecossistema favorável à construção de uma ampla cultura nacional a partir de uma perspectiva pluralista – unindo os conceitos semiótico e antropológico de cultura (BORGES, 2016, p. 244).

A dimensão antropológica de cultura foi fortemente influenciada pela atuação de Darcy Ribeiro na Assembleia Nacional Constituinte. Se dedica, sobretudo, à tutela e proteção dos saberes e fazeres dos grupos originários e do povo brasileiro, em especial as manifestações de culturas afro-brasileiras, de povos indígenas e daquelas consideradas “populares” (PEREIRA, 2014, p. 27).

Já a preponderância da visão constitucional semiótica de cultura na Constituição – aquela vinculada à construção de signos e significados e à liberdade de criação – é defendida sobretudo por José Afonso da Silva (2001, p. 33), o qual

considera que “a cultura não é uma ciência experimental em busca de leis, mas sim uma ciência interpretativa em busca de significações”.

Nesse sentido, a visão semiótica entende que a cultura é o próprio instrumento de onde emerge a ordem constitucional: ela é o meio significante de criação, que confere sentido à própria Constituição, na esteira do expressado pelo antropólogo Clifford Geertz ao mencionar que “o homem é um animal amarrado a teias de significado que ele mesmo teceu” (GEERTZ, 1973, p. 4).

Dessa maneira, a concepção semiótica da cultura se refere ao processo de construção de significados e à necessidade do homem de dar sentido às coisas. É por meio da cultura que o processo de criação atribui significados, equalizando valores e realidade, natureza e ideal (SILVA, 2001, p. 26). Esse processo de significação e interpretação é cristalizado em instrumentos derivados da cultura: as leis e a própria Constituição.

Ambas as dimensões antropológica e semiótica estão inseridas em referências explícitas e implícitas à Cultura ao longo da Constituição Federal de 1988. Os artigos que tratam de direitos culturais encontram-se difusos em diversas normas, cujos artigos tratam do tema sob diferentes facetas e pontos de vista.

Muito embora a visão antropológica seja o foco de boa parte dos excertos atinentes ao tema – especialmente em sua dimensão contra majoritária, garantidora de direitos de minorias étnicas e sociais – é conferida relevância semelhante à compreensão semiótica, especialmente ligada à liberdade de criação e expressão, não havendo que se falar em uma contraposição entre culturas tradicionais e “processo civilizatório” (SILVA, 2001, p. 38), termo referenciado no §1º do art. 215, o qual será abordado em específico adiante.

Assim, pode-se separar o trato positivista da cultura na Constituição de 1988, com o emprego explícito do termo, da seguinte forma (SILVA, 2001, p. 42-43):

- a) Liberdade de manifestação, direitos individuais e direitos autorais: artigo 5º, IX, XXVII, XXVIII, LXXIII e artigo 220, §§ 2º e 3º;
- b) Regras de distribuição de competência comum e concorrente entre União, Estados e Municípios na promoção e proteção da cultura: artigos 23, 24 e 30;
- c) Incentivo ao mercado interno como viabilizador do desenvolvimento cultural: artigo 219

- d) Inclusão de cultura regional nas programações de emissoras de rádio e televisão: artigo 221;
- e) Cultura como direitos da criança e do adolescente: artigo 227;
- f) Povos indígenas e seus costumes, tradições, línguas e terras ocupadas para manifestações culturais de povos originários: artigo 231
- g) Garantia ao exercício de direitos culturais e relação entre sociedade civil e Estado na construção de políticas públicas voltadas à cultura: artigos 215, 216 e 216-A, os quais serão analisados de forma aprofundada a seguir.

As normas constitucionais que tratam de direitos culturais, explícita ou implicitamente, se concentram no Título VIII – Da Ordem Social (art. 193 a 232), a qual trata de educação e esporte, dentre outros.

A sistemática adotada pela Constituição Federal, portanto, classifica a cultura como um direito social, para além de uma liberdade individual, e confere proteção específica aos direitos culturais em seção própria, qual seja Capítulo III, Seção II – Da Cultura (artigos 215 a 216-A). Disso decorre que a cultura deve ser objeto de proteção e estímulo por parte do Estado (FERREIRA FILHO, 2013, p. 298)

Esse conjunto de regras jurídico-constitucionais que estabelecem valores, princípios e normas voltados à tutela de direitos culturais constituem uma “ordem constitucional da cultura” (SILVA, 2015, p. 286). No mesmo sentido, alguns autores compreendem que a Constituição de 1988 não somente constitui uma ordenação constitucional da cultura, como é uma “Constituição Cultural” (CUNHA FILHO, 2011, p. 119), dada a proteção abrangente conferida aos direitos culturais.

Esse entendimento, no entanto, não é uma unanimidade e constitui apenas parte da doutrina. Essas assertivas não são suficientes para qualificar os direitos culturais, como um todo, como direitos fundamentais. Para tanto, é necessário delimitar uma compreensão sobre os direitos fundamentais, bem como analisar o art. 5º da Constituição, famoso por positivizar os “direitos e garantias fundamentais”.

Nele, não há abordagem explícita e direta aos direitos culturais, muito embora seus incisos IX (liberdade de expressão artística), XXVII e XXVIII (direitos autorais e conexos) e LXXIII (proteção do patrimônio cultural por meio de ação popular) o façam indiretamente, garantindo a prerrogativa de cláusula pétrea a estes gêneros de direitos culturais (CUNHA FILHO, 2000).

Nessa medida, importa refletir sobre o conceito de direitos fundamentais e sua aplicabilidade aos direitos culturais dispersos na Constituição, em especial na Seção dedicada ao tema.

## **2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS CULTURAIS**

Para compreender os direitos culturais como direitos fundamentais, é necessário estabelecer um significado e delimitar uma compreensão sobre o que são direitos fundamentais. A expressão é um dos temas centrais de duas grandes correntes filosóficas do Direito, o juspositivismo e o jusnaturalismo.

Para a doutrina do Direito Natural, direitos fundamentais são prerrogativas nascidas espontaneamente e superiores a qualquer ordem jurídica, transbordando qualquer previsão documental, mesmo aquela que eventualmente não reconheça sua existência. Seriam sinônimos de direitos naturais (pré-positivos) e direitos humanos (suprapositivos), na medida em que possuem caráter universal, podendo (e devendo) ser aplicados para além dos direitos positivados na Constituição, superando fronteiras e jurisdições. (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 40-41)

Em sentido diametralmente oposto, para a Escola Positivista os direitos fundamentais são apenas aqueles explicitamente previstos no sistema normativo de cada país, os quais devem determinar de forma literal, sem conceder espaços para dúvidas, quais são os direitos fundamentais e qual sua extensão (CUNHA FILHO, 2000, p. 38).

Sob a ótica do jusnaturalismo, os direitos culturais podem ser considerados direitos fundamentais uma vez que são vitais para o desenvolvimento humano, sendo uma das bases necessárias para garantir uma existência digna e livre. Sob este prisma, independentemente de previsão expressa que os qualifique como tal, os direitos culturais são fundamentais, e estes não se encerram no rol de normas que recebem este rótulo na Constituição, seja implícita ou explicitamente.

Em sentido antagônico, a concepção juspositivista afastaria do conceito de direitos fundamentais a maior parte das previsões constitucionais relativas à cultura, uma vez que elas se encontram difusas naquilo que José Afonso da Silva chamou de “ordem constitucional cultural”. Em outras palavras, para o juspositivismo, apenas as normas encartadas no art. 5º poderiam ser consideradas direitos fundamentais.

Ambas as interpretações adotam polos opostos na conceituação dos direitos fundamentais. Da necessidade de uma qualificação equilibrada emerge uma terceira via que compatibilize as noções jusnaturalista e juspositivista, a qual encontra coro na Teoria dos Direitos Fundamentais elaborada pelos doutrinadores alemães Robert Alexy e Ralf Dreier (CUNHA FILHO, 2000, p. 38)

Tomando como base a tridimensionalidade proposta pela Teoria dos Direitos Fundamentais segundo referidos autores – considerando suas dimensões analítica, empírica e normativa – é possível reconhecer os direitos fundamentais tanto pela forma como pelo conteúdo (CUNHA FILHO, 2000, p. 39-40).

No que se refere à fundamentabilidade formal e material, a previsão jurídica constitucional de direitos é requisito para conferir estatura de direito fundamental (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 41) – isto porque somente nesse caso tais direitos possuem força jurídica própria da supremacia constitucional, cujo rito para modificação é mais dificultoso do que para os direitos do cotidiano, regulamentados por meio de leis específicas.

Considerando que a Constituição brasileira imprimiu em seu texto a proteção explícita aos direitos culturais em sentido amplo, como se verá adiante na análise do art. 215, não há dúvidas de que o requisito formal resta adimplido – sem considerar as demais normas relacionadas aos direitos culturais espalhadas ao longo da Constituição.

Quanto ao conteúdo, parte da doutrina entende que direitos fundamentais são aqueles que contribuem para a efetivação da dignidade da pessoa humana, sem os quais é inviável o exercício da cidadania e de uma vida plena (BONAVIDES, 2010, p. 562). Em sentido semelhante, entendem-se por fundamentais aqueles direitos que, caso sejam omitidos ou reprimidos, impeçam a concretização plena dos direitos formalmente fundamentais – os quais são o núcleo e razão de ser de qualquer direito em um ordenamento jurídico democrático, especialmente no que se refere às normas constitucionais (CUNHA FILHO, 2000, p. 39-40).

Para esse tipo de interpretação, não há a necessidade de previsão explícita no texto constitucional acerca de um direito, conforme definem autores formalistas<sup>8</sup>. A partir disso, decorre a distinção entre direitos fundamentais formalmente constitucionais – expressos de maneira explícita na Constituição; direitos fundamentais dispersos – espalhados ao longo do texto constitucional e em geral expostos em normas de caráter aberto; e direitos fundamentais sem assento constitucional – aqueles que não estão previstos na Constituição, mas que possuem elevada importância e são fundamentais na medida em que contribuem para a efetivação de direitos fundamentais e, colateralmente, da dignidade da pessoa humana (FERREIRA e MANGO, 2017)

No trato constitucional brasileiro a qualificação de direitos dispersos e sem assento constitucional como fundamentais é prevista pelo art. 5, §2º da CF/88, o qual introduz ditos direitos na ordem jurídica internacional. Dessa compreensão emerge o princípio da não identificação e da cláusula aberta dos direitos fundamentais, (CUNHA FILHO, 2000, p. 41), cuja redação assim prevê:

**Art 5º, §2, CF** – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte

Dessa forma, é seguro afirmar que a Carta Magna brasileira confere estatura de direitos fundamentais aos direitos culturais, considerando a previsão expressa de proteção a estes, contida no art. 215; os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário; bem como diante da junção entre a cláusula aberta de direitos fundamentais impressa no §2º do art. 5º e a existência de uma ordem constitucional

---

<sup>8</sup> A título de exemplo, a definição conferida a direitos fundamentais por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins é estritamente formalista, uma vez que, para os autores, “[d]ireitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual” (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 59)

da cultura, composta por diversos artigos dispersos na Constituição Federal de 1988 que tratam da cultura através de diferentes pontos de perspectiva.

Assim, mesmo os direitos não previstos no rol identificado no art. 5º, aos quais se confere, em geral, condição de cláusula pétrea, os demais direitos culturais difusos na Constituição são espécies de direitos fundamentais, tanto em forma como em conteúdo (CUNHA FILHO, 2000, p. 134).

Superada a classificação de direitos culturais como fundamentais e diante da identificação de uma ordem constitucional da cultura, pode-se falar da existência de princípios culturais que regem esse sistema. A identificação de princípios culturais na Constituição é relevante para compreender, sobretudo, os valores adotados pelo ordenamento jurídico nessa esfera e, em última instância, a relação entre Estado, sociedade civil e indivíduo (CUNHA FILHO, 2000, p. 43).

Os princípios são axiomas fundamentais albergados pelo sistema normativo, responsáveis por orientar a interpretação das normas que o compõem – representando o alicerce de todo o ordenamento (CELSO DE MELLO 2008). No bojo da Teoria dos Direitos Fundamentais, os princípios são mandamentos dotados de alto grau de subjetividade que devem ser observados na análise de casos concretos e na interpretação das regras, as quais estabelecem de maneira objetiva os direitos, deveres e/ou as condutas a serem observadas e respeitadas (ALEXY, 1993, p. 81).

A identificação de princípios, portanto, é relevante não somente na aplicação da lei, ou no caso da existência de conflitos entre normas jurídicas, mas especialmente no caso de omissão, cumprindo papel relevante na garantia da máxima efetividade do direito. No caso dos direitos culturais, cuja análise doutrinária ainda é incipiente e cuja legislação complementar necessita aprimoramento e atualização, é vital uma compreensão sistemática do ordenamento jurídico que lhe diz respeito – tanto constitucional como infraconstitucional – junto dos princípios que regem os códigos referentes à cultura, a fim de compreender o papel do Estado na proteção e promoção desses direitos (VARELLA, 2014, p. 100-101)

É importante analisar, portanto, a sessão dedicada exclusivamente à Cultura na Constituição Federal de 1988 – qual seja Seção II do Capítulo III do Título VIII – em cujos artigos (art. 215, 216 e 216-A) constam os princípios constitucionais da Cultura conforme identificados por Francisco Humberto Cunha Filho a partir de análise

da principiologia da Constituição e do direito positivado, por meio de uma interpretação constitucional sistemática. Passemos à sua análise.

### **2.2.1 O artigo 215 da Constituição Federal de 1988: os princípios da universalidade, do pluralismo cultural e da atuação do Estado como suporte logístico**

O art. 215, cuja redação original dada pela Assembleia Constituinte é composta pelo *caput* e §§1º e 2º, delimita as atribuições do Estado na relação com a cultura, estabelecendo seu dever de garantir o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional – bem como fixando um papel auxiliar em sua atuação. Desse artigo emergem dois princípios derivados da ordem constitucional cultural. *In verbis*:

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.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

O dever imposto ao Estado no sentido de garantir o pleno exercício dos direitos culturais e de ampliar o acesso às fontes da cultura nacional reafirma a dimensão fundamental dos direitos culturais – inclusive pelo pioneirismo de prever expressamente no texto constitucional a própria existência de “direitos culturais” (VARELLA, 2014, p. 51-55).

Para além da impressão *lato sensu* de direitos culturais, o *caput* do art. 215 estabelece (sem esgotar) os núcleos substantivos que o Estado Democrático de Direito deve garantir e promover, sendo eles o acesso, apoio, incentivo, valorização e difusão da cultura nacional (VARELLA, 2014, p. 94).

Os verbos empregados no *caput* se referem a um sujeito (Estado) de caráter auxiliar – que confere suporte à efetivação dos direitos culturais. A norma delega ao

Estado o dever de promover as liberdades culturais sem, no entanto, exercê-las. Esse papel de natureza subsidiária limita a atuação estatal, devendo as expressões culturais e seu exercício ficarem a cargo da sociedade e dos indivíduos (CUNHA FILHO, 2004, p. 50).

Nessa medida, há um deslocamento explícito do protagonismo no exercício de atividades culturais em direção à sociedade civil, reduzindo a atuação estatal ao mínimo viável, não podendo o Estado desempenhar a função de propulsor, realizador ou controlador de atividades culturais. Disso emerge o chamado “princípio da atuação estatal como suporte logístico” (CUNHA FILHO, 2004, p. 50-51).

Do caput do art. 215 emerge também o princípio da universalidade cultural, na medida em que se garante a prática cultural (exercício ativo) e seu usufruto e acesso a qualquer cidadão de forma indiscriminada (exercício passivo). Tal princípio se assemelha ao do pluralismo cultural; no entanto, carrega caráter quantitativo, e não qualitativo como aquele, uma vez que se refere à massificação do acesso e democratização em larga escala (VARELLA, 2014, p. 102).

Já os §§1º e 2º cristalizam a dimensão antropológica do conceito de Cultura adotado pela Constituição de 1988 e buscam proteger direitos de grupos considerados minoritários – fruto da influência e atuação de Darcy Ribeiro na Assembleia Nacional Constituinte (SILVA, 2001, p. 38)

Os parágrafos estabelecem o que parte da doutrina chama de princípio do pluralismo cultural, o qual determina que o Estado deve garantir o exercício e expressão de distintas manifestações culturais e correntes de pensamento, simultaneamente e sem privilégio de qualquer natureza ou ordem hierárquica (CUNHA FILHO, 2000, p. 45-46).

O princípio do pluralismo cultural, muito embora esteja relacionado ao princípio da universalidade, se diferencia deste uma vez que possui traços qualitativos, qual seja na variedade e especificidade de cada expressão cultural, e não quantitativos (VARELLA, 2014, p. 102)

É interessante destacar que a contraposição entre as manifestações de grupos denominados populares e o chamado “processo civilizatório nacional”, conforme expresso no §1º do art. 215, emerge da obra “O processo civilizatório – etapas da evolução sociocultural”, publicada em 1972 pelo estimado antropólogo Darcy Ribeiro. Sua influência na inserção de uma visão plural de saberes e fazeres

do homem na ordem constitucional cultural é notável – a exemplo do uso de expressões tais como “grupos formadores”, “formação do povo brasileiro” e “cultura nacional”, presentes em outros artigos espalhados pela Constituição Federal de 1988 (PEREIRA, 2014, p. 27).

Apesar de a redação original dada pela Constituinte ter consagrado as funções protetiva/garantidora e subsidiária do Estado – traduzidas nos princípios do pluralismo, da universalidade e do suporte logístico – sua personalidade mais passiva revelou-se insuficiente ao desenvolvimento setorial da cultura nacional, especialmente diante das crises políticas institucionais da década de 1990, na transição para a Nova República.

Diante da confusão e da insegurança jurídica gerada pela falta de planejamento quanto aos setores culturais no compasso da transição democrática – especialmente agravadas por decisões tomadas na gestão Collor, que serão objeto de estudo mais aprofundado no capítulo quarto – grupos de interesse ligados aos setores culturais e criativos se mobilizaram para pleitear maior atuação do Estado na condução da política cultural nacional.

Dessa demanda emergiu a necessidade de edição de parágrafo complementar ao artigo 215, o qual determinou a edição de lei específica voltada ao estabelecimento de um plano nacional de desenvolvimento para os setores culturais – aprovada por meio da Emenda Constitucional nº 48 de 2005. Assim restou redigido o §3º do artigo 215:

Art. 215. § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à

- I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;
- II - produção, promoção e difusão de bens culturais;
- III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
- IV - democratização do acesso aos bens de cultura;
- V - valorização da diversidade étnica e regional.

Não obstante a inserção do §3º na Constituição Federal tenha derivado de demandas do próprio setor cultural, de certa forma a necessidade de elaboração de

um plano nacional setorial para a cultura compete com a intenção original da Constituinte, mais afeita a uma visão de Estado-mínimo – embutida no próprio princípio da atuação do Estado como suporte logístico.

Essa visão, perceptível na redação original do art. 215 e seus dois primeiros parágrafos, tratava da atuação limitada ao mínimo viável pelo Estado “não no sentido econômico-liberal, mas no sentido democrático, garantidor do pluralismo, servindo a referida abstinência de produção cultural por parte do poder público como uma garantia institucional da própria democracia” (CUNHA FILHO, 2000, p. 50).

Assim, a redação conferida ao §3º do art. 215 resgatou o papel relevante do Estado na planificação setorial, harmonizando-a com a visão original da Constituinte ao transbordar suas funções de apoio logístico e de mero garantidor – remetendo, assim, à tradição desenvolvimentista do Estado brasileiro na elaboração de planos de desenvolvimento setorial, traço característico da economia nacional especialmente na primeira metade do século XX. Isto porque a formação de mercados internos e o processo de industrialização no Brasil foram, regra geral, promovidos pelo Estado – fosse por meio de atuação direta, a exemplo da criação de empresas estatais, ou indiretamente, por meio de investimentos na iniciativa privada, concessão de crédito ou por meio de vantagens fiscais (BERCOVICI, 2006, p. 22)

A partir da previsão encartada no §3º do art. 215, foi aprovada legislação complementar responsável por criar e regulamentar o Plano Nacional de Cultura (PNC). Assim, é aprovada a Lei 12.343 de 02 de dezembro de 2010, a qual define as atribuições do Poder Público na condução de políticas públicas culturais e cria mecanismos de financiamento através das leis orçamentárias. Dentre os desdobramentos do PNC, cuja previsão inicial era a de vigência por uma década, encontra-se a fixação de metas e desdobramento do Plano nos diversos subsetores culturais e regionais.

O artigo 215 tal qual o conhecemos, portanto, conferiu ao Estado uma dupla faceta no que tange aos direitos culturais: de um lado uma natureza passiva, garantidora do exercício e do usufruto de direitos culturais pela sociedade e pelos indivíduos que a compõem, incentivando a produção cultural nacional e apoiando sua execução e difusão; de outro, uma natureza ativa, editora de um plano setorial nacional e promotora de políticas setoriais voltadas à sua implementação

(personalidade que remete ao dirigismo estatal das teorias econômicas desenvolvimentistas).

### **2.2.2 O art. 216 da Constituição Federal e os princípios da participação popular e do respeito à memória coletiva**

O artigo 216 é responsável por conceituar explicitamente o que é patrimônio cultural em sua extensão material e imaterial, bem como define, implicitamente, o que é cultura no âmbito jurídico nacional (CUNHA FILHO, 2004, p. 37). É o que se deduz de sua simples leitura:

**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 diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

**§ 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.

**§ 2º** Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

**§ 3º** A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

**§ 4º** Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

**§ 5º** Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Ao abordar explicitamente a participação da sociedade civil nas ações públicas concernentes à cultura, em atuação conjunta com o poder público em torno de objetivos comuns, a Constituição estabelece uma relação sinérgica entre Estado e comunidade visando à proteção e promoção do patrimônio cultural brasileiro, material e imaterial. Dessa dinâmica, traduzida especialmente no §1º do art. 216, emerge o chamado princípio da participação popular (CUNHA FILHO, 2004, p. 77).

Tal princípio se consuma por meio da participação direta da sociedade civil, individual ou coletivamente, na formulação e implementação de políticas públicas voltadas à cultura. Essa participação é possível por meio de instâncias consultivas garantidas pelo Estado<sup>9</sup>, a exemplo de audiências e consultas públicas, fóruns e conferências, na esteira do princípio geral de democracia participativa e da transparência do poder público (VARELLA, 2014, p. 102).

O princípio da participação popular pode se consumir, ainda, de maneira indireta, por meio de mecanismos judiciais previstos na ordem constitucional voltados às garantias de interesses gerais – em especial no que se refere a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou ao patrimônio histórico e cultural, como prevê o art. 5º LXXIII - por meio de propositura de ação judicial via Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo (CUNHA FILHO, 2000, p. 50).

Os §§2º e 5º consagram o princípio cultural do respeito à memória coletiva, cujo objetivo é tutelar e proteger a memória da sociedade brasileira, conferindo à Administração Pública a responsabilidade pela gestão da documentação governamental voltada à preservação dos valores, identidade e origens dos povos que a constituem (CUNHA FILHO, 2000, p. 52).

Também chamado de princípio da solidariedade intergeracional por parte da doutrina, a proteção ao patrimônio cultural vinculado à memória coletiva garante tutela

---

<sup>9</sup> A Lei 12.343/10, responsável por regulamentar o Plano Nacional de Cultura, prevê expressamente a participação da sociedade civil na elaboração, gestão e fiscalização de políticas culturais. É o que se observa da previsão encartada em seu art. 3º, inciso IX, o qual assim prevê: “*Compete ao poder público, nos termos desta Lei: organizar instâncias consultivas e de participação da sociedade para contribuir na formulação e debater estratégias de execução das políticas públicas de cultura*”.

constitucional aos seus acervos, documentos e sítios, bem como às datas simbólicas (VARELLA, 2014, p. 103).

Na esteira do que determina o §3º, o qual trata da criação de incentivos para a produção cultural, sua difusão e conhecimento, foi incluído o §6º por meio da Emenda Constitucional nº 42 de 2003, o qual faculta aos Estados e ao Distrito Federal vincular até cinco décimos por cento da receita tributária líquida a fundo estadual de fomento à cultura, voltada ao financiamento de programas e projetos culturais. Isso possibilitou a criação de Fundos de Apoio à Cultura estaduais e distrital, importantes instrumentos no investimento e fomento às cadeias produtivas de cultura pelo Brasil.

Por fim, editou-se norma complementar ao artigo 216 por meio da Emenda Constitucional nº 71 de 2012, a qual incluiu na Constituição Federal o art. 216-A. Inserido na lógica de composição de um Plano Nacional de Cultura, conforme determinado pelo §3º do artigo 215 da Constituição Federal, e pela Lei nº 12.343/2010, o art. 216-A determinou a criação de um Sistema Nacional de Cultura:

**Art. 216-A.** O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

**§ 1º** O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

I - diversidade das expressões culturais;

II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais;

III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;

IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural;

V - integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas;

VI - complementaridade nos papéis dos agentes culturais;

VII - transversalidade das políticas culturais;

VIII - autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil;

IX - transparência e compartilhamento das informações;

X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social;

XI - descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações;

XII - ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura.

§ 2º Constitui a estrutura do Sistema Nacional de Cultura, nas respectivas esferas da Federação:

[...]

§ 3º Lei federal disporá sobre a regulamentação do Sistema Nacional de Cultura, bem como de sua articulação com os demais sistemas nacionais ou políticas setoriais de governo.

§ 4º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão seus respectivos sistemas de cultura em leis próprias.

Como se vê, o artigo 216-A definiu, portanto, as regras gerais para a criação de um ecossistema nacional integrado, apto a contribuir para o desenvolvimento setorial da cultura e das diversas áreas e mercados que a compõem. Determinou, ainda, a descentralização administrativa e legislativa do Sistema Nacional de Cultura da União, a ser realizado em regime de colaboração entre os entes federativos, conferindo maior autonomia aos Estados na edição de normas referentes ao incentivo, proteção e fomento à cultura, à semelhança do federalismo norte-americano (TONET e BORDONI, 2016, p. 272).

### **2.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir da análise sistemática da Constituição Federal de 1988, é possível afirmar a existência de uma ordem constitucional da cultura nos moldes defendidos por José Afonso da Silva. Nessa medida, mesmo aqueles direitos culturais não enumerados no art. 5º da Constituição podem ser considerados direitos fundamentais, em especial se interpretados sob o prisma da Teoria dos Direitos Fundamentais segundo Robert Alexy e Ralf Dreier, bem como utilidades públicas em regime de mercado.

Ao fim e ao cabo, a seção constitucional exclusivamente dedicada à tutela dos direitos culturais trata sobretudo da relação do Estado perante os setores culturais e

os beneficiários destes direitos. Por um lado, se preocupa em constituir fronteiras ao controle estatal sobre a atividade cultural e seu exercício, especialmente no que tange ao princípio do suporte logístico. No entanto, a edição de parágrafo complementar à redação original do artigo 215 confere caráter híbrido à atuação do Estado junto de setores culturais, uma vez que remete a ele a função de elaborar um Plano Nacional voltado ao desenvolvimento da Cultura nacional.

Nesse sentido, o Estado exerce importante papel na planificação setorial e na implementação das políticas públicas voltadas ao seu desenvolvimento, em regime de cooperação com outros entes da Federação. Ao Estado é conferida a competência, ainda, de fomentar, proteger e incentivar a produção cultural nacional.

Uma vez compreendida a cultura como atividade econômica de destacada relevância, vital para o desenvolvimento socioeconômico global, e uma vez compreendidos os direitos culturais como direitos fundamentais, é possível refletir acerca da regulação da cultura por meio de uma nova compreensão sobre o Estado Regulador.

Isto porque a regulação é um instrumento de concretização de direitos fundamentais e da proteção à igualdade, especialmente no que tange à conformação de mercados (*locus artificialis*) e das condições de desenvolvimento de agentes econômicos em sua constituição (ARANHA, 2019, p. 18). É o que trataremos no capítulo a seguir.

### 3 REGULAÇÃO DE SETORES CRIATIVOS – ESTADO REGULADOR E CULTURA

No primeiro capítulo, tratamos da dimensão econômica da cultura e de seus mercados. A relevância da produção cultural nas economias nacionais ainda é objeto de estudos recentes, considerando a formatação de mercados culturais ao longo do século XX, na esteira do desenvolvimento tecnológico e comunicacional. O estudo sobre mercados culturais restou absorvido pela Economia Criativa, uma enorme área da economia cujo conceito surgiu no início dos anos 2000 e segue se transformando e ganhando novos significados.

Em seguida, analisamos a natureza constitucional das normas relacionadas à Cultura na Constituição Federal de 1988. O objetivo fora demonstrar a natureza de direitos fundamentais conferida pela Constituinte aos direitos culturais, bem como analisar de maneira ampla a “ordem constitucional cultural” – em especial os artigos componentes da Seção exclusivamente dedicada à cultura na Carta Magna brasileira.

Ao fim e ao cabo, concluiu-se que os direitos culturais são direitos fundamentais e a garantia de exercício, usufruto e difusão de bens culturais, materiais e imateriais, é de interesse público e programa de Estado.

Nesse ínterim, a relação entre Estado e Cultura conforme definida pela nossa Constituição toma duas direções: de um lado, as normas e princípios constitucionais-culturais conferem ao Poder Público natureza passiva, como mero garantidor e apoiador, delegando o exercício das atividades culturais à sociedade civil e aos indivíduos; de outro (em especial após as reformas instituídas pelas Emendas Constitucionais nº 42/2003 e 71/2012) resgatam a característica desenvolvimentista do Estado ao delegar a este a elaboração de um Plano Nacional de Cultura, implementado por meio de um Sistema Nacional de Cultura em regime de colaboração.

Essa dupla personalidade, em certa medida ambígua, é resultado da relação delicada entre Estado e Cultura e de suas fronteiras pouco claras – senão impossíveis de serem delimitadas. Afinal, há sempre o risco de utilização deliberada (ou não) de aparelhos culturais para a construção de narrativas que legitimem ideologias ou projetos de poder, processo que tende a tyrannizar a própria produção cultural e, em última instância, o Estado – vide a experiência alemã de uso sistemático das artes e da cultura germânica como meio de propaganda de massa do nazismo (processo que

deu origem ao termo indústria cultural), e da censura opressora da ditadura militar no Brasil, entre 1964 e 1985.

De maneira semelhante ao desafio de enxergar a cultura sob o prisma econômico – e, vice versa, de pensar a economia para mercados culturais – é igualmente desafiador aproximar o tema do Direito Regulatório.

Como tratar da regulação de setores criativos – mais especificamente aqueles referentes ao fazer cultural? A questão é polêmica justamente pela necessidade de afastamento da interferência do Estado sobre as liberdades criativas, ao mesmo tempo em que sua atuação é vital para o desenvolvimento da produção cultural.

Afinal, o que justificaria a necessidade de intervenção do Estado por método especial? Quais os benefícios que a regulação de mercados culturais poderia trazer? Em que pese os riscos e as críticas de que a regulação jurídica da Cultura, por exemplo, acarretaria sua padronização (BENHAMOU, 2007, p. 11), a participação do Estado no planejamento setorial é um fato – detém, inclusive, estatura constitucional no caso do Brasil.

Nesse sentido, não obstante tenha se feito uma crítica referente à necessidade de recobrar o protagonismo da economia da cultura, a inserção dos mercados culturais no conceito da economia criativa facilita compreender a regulação estatal como um veículo de aprimoramento e evolução dos mercados culturais, justamente por fazer parte de uma área econômica que vem despertando a atenção principalmente em virtude dos setores de tecnologia e inovação.

A revolução imposta aos mercados culturais pela aceleração derivada do avanço tecnológico e digital exponencial, cujo impacto repercute de forma igualmente potente na velocidade de transformação das relações intersetoriais na cultura, reflete diretamente em sua dimensão e conformação jurídica – e, inevitavelmente, na atuação do Estado sobre esta.

A dependência de direitos de propriedade intelectual para a rentabilização de setores culturais, por exemplo, cria um *gap* temporal entre leis aprovadas em processos legislativos morosos e a necessidade de modernização constante das normas. A capacidade de resposta do Estado em sua dimensão normativista tem sido desafiada pela revolução digital, tanto no que diz respeito à edição de novas leis ou de sua reforma pelo Legislativo (e em caráter complementar, pelo Executivo), seja no Judiciário, pela construção jurisprudencial cristalizada no julgamento reiterado de

matérias aplicadas em casos concretos, o que garante o amadurecimento da interpretação sobre as leis.

Para além, diante da recente crise institucional que abala a clássica compreensão dos Três Poderes, de suas funções e separação, pode-se afirmar que a regulamentação por parte do Estado tem sido cada vez mais influenciada por humores políticos – o que resulta na falta de atenção a setores incapazes de se organizarem politicamente, a fim de defender sua agenda perante o Poder Público como grupo de interesse concatenado – ainda que representem setor de elevado interesse público, como é o caso da cultura.

Por fim, a conformação dos mercados culturais tende a um estado de entropia constante, seja pela falta de informação ou pelos constantes rearranjos de suas cadeias produtivas, em função de revoluções tecnológicas que resultam em revoluções de consumo e produção. Nesse sentido, um método especial de intervenção estatal pode ser uma solução plausível para tantas questões: a regulação exercida por meio do Estado Regulador (ARANHA, 2019, p. 16).

No intuito de compreender a relação entre Estado e cultura, e a viabilidade da regulação econômica de setores criativos, é necessário refletir acerca da atuação estatal pela ótica do Direito Regulatório. Para tanto, conceituaremos a regulação e o Estado Regulador, em especial no que tange à sua característica basilar, qual seja a de proteção e materialização de direitos fundamentais, para então refletirmos sobre seus pressupostos, dando especial atenção às suas facetas de Estado Administrativo e Estado Empreendedor. Ao fim, refletiremos se o modelo de Estado Regulador pode ser uma possível solução para a equalização entre Estado e Cultura na perspectiva econômica.

### **3.1 REGULAÇÃO E ESTADO REGULADOR**

A ação do Estado sobre a economia é objeto de extenso debate, em geral polarizado por visões maniqueístas inseridas na dicotomia entre Estado-mínimo, na perspectiva liberal e neoliberal, e Estado intervencionista, na ótica de adeptos do Estado Social e suas variantes (ARANHA, 2019, p. 222-224).

O modelo de Estado liberal clássico, característico do século XIX, se baseia na crença de que o mercado é um mecanismo de alocação eficiente de recursos uma

vez que a livre iniciativa teria, por si só, aptidão para garantir o melhor funcionamento dos mercados. Ao Estado caberia, portanto, tão somente função subsidiária de natureza abstencionista, voltada a reduzir riscos para o livre exercício da atividade econômica pelos particulares, preservando as fronteiras da atuação estatal em benefício do livre mercado e da concorrência (ARANHA, 2019, p. 222).

A cosmovisão liberal guarda íntima relação com noções vinculadas ao capitalismo e à concepção de Estado Moderno, no qual a administração estatal deve voltar-se, tão somente, à garantia das liberdades individuais, à proteção da propriedade privada e da concorrência, à arrecadação de impostos, às relações exteriores e aos serviços básicos de interesse geral, a exemplo do saneamento básico (BONAVIDES, 2001, p. 30).

Os fundamentos do Estado liberal foram colocados em xeque com as profundas crises econômicas e instabilidades políticas vividas na primeira metade do século XX, que impuseram a revisão de ideias sobre o Estado e sua atuação. Os impactos gerados pelas duas guerras mundiais e as crises econômicas que delas decorreram macularam o abstencionismo estatal encarnado na ideia de *laissez faire* que a representação liberal oitocentista postulava (KEYNES, 1984, p. 107-116) .

A função do Estado se expandiu com a crise do liberalismo clássico em direção a uma nova visão de estruturação na qual o Poder Executivo (governo) deveria atuar direta e ativamente em áreas da sociedade civil, especialmente com vista às suas dimensões social e econômica (BENTO, 2003, p. 1-3).

Desse contexto emerge a concepção de modelos estatais intervencionistas ligados ao Estado Social – também chamados de Estado de Bem-Estar Social, (*welfare state*), Estado Providência (*État-providence*) ou Estado Desenvolvimentista (ARANHA, 2019, p. 221-222) – no qual o Estado desempenha função fundamental não somente na planificação setorial e na prestação de serviços públicos, mas também no exercício de atividades econômicas em sentido estrito, intervindo direta e indiretamente (GUERRA, 2014, p. 373).

A crise econômica de 1929, cujos profundos efeitos na economia global se fizeram sentir pelos anos seguintes e por toda a década subsequente, acelerou o processo de metamorfose do Estado Liberal em direção ao Estado intervencionista, cuja atuação direta e indireta na correção das falhas de mercado foram vitais à superação da crise sistêmica.

Os primeiros debates em torno de políticas regulatórias como meios de intervenção do Estado nos mercados surgem nesse contexto de ascensão do *welfare state*, ainda na década de 1930. Tomando como base a ideia de que os mercados eram frágeis e que, se deixados à própria sorte (como previa a concepção liberal), seriam direcionados ao colapso, ganha força a teoria de que a regulação governamental seria necessária para garantir a efetivação do interesse público (POSNER, 2004, p. 50).

Muito embora o Estado de Bem-Estar Social tenha exercido função relevante na retomada econômica mundial, a inflação dos aparatos estatais e a incapacidade de superação de novas crises sistêmicas levou este modelo a um processo de desgaste progressivo, especialmente a partir do fim dos anos 1970.

A ascensão da dogmática semeada pela Escola de Chicago, responsável por resgatar ideias liberais e incorporá-las a uma “nova” visão classificada como neoliberal, influenciou fortemente os processos de privatização e desregulação levados à cabo na política britânica de Margareth Thatcher, primeira-ministra do Reino Unido da Grã-Bretanha de 1979 a 1990, e americana de Ronald Reagan, presidente dos Estados Unidos da América de 1981 a 1989 (BRAITHWAITE, 2008, p. 4-9).

Esse movimento de resgate de princípios liberais influenciou as políticas econômicas de diversos outros países do globo nas décadas seguintes, representando o ocaso do Estado de Bem-Estar Social e a ascensão da era neoliberal, consumando movimento pendular em contraposição à administração inflada do Estado Social, considerado inapto a lidar com as conjunturas políticas, econômicas e sociais das três últimas décadas do século XX. Foram realizadas diversas privatizações na esteira do movimento global de redução estatal, ao mesmo tempo em que foram criadas diversas agências reguladoras para lidar com a regulação de setores de interesse público, agora assumidos pela iniciativa privada.

Como se vê, a compreensão sobre o papel do Estado transitou entre extremos desde as revoluções constitucionalistas do século XVIII, que levaram à ascensão do Estado liberal no século XIX. A visão sobre o Estado se manteve circunscrita ao dualismo Estado intervencionista vs. Estado abstencionista até o fim do século XX (e remanescem insistentemente até hoje). O modelo de Estado regulador emerge da necessidade de encontrar um equilíbrio entre esses modelos e propor soluções para a relação entre Estado e mercado, sobretudo.

Para compreender o Estado regulador é relevante adentrarmos, antes, no significado do termo “regulação”. A palavra é plurissemântica, mas remete, em uma primeira leitura, ao desempenho de competências normativas por parte do Estado – essa associação é feita de maneira quase instintiva, aproximando o substantivo de “regulamentação”. No entanto, o termo possui uma variedade de outras atribuições que compõem a atividade estatal em sentido amplo, relacionadas diretamente à administração e organização de sistemas – a exemplo de setores sociais e nichos econômicos (MOREIRA NETO, 2003, p. 45).

Dessa maneira, pode-se dividir o significado da regulação em duas dimensões principais. A primeira diz respeito à atividade de edição de normas e leis, em perspectiva sobretudo jurídica, uma vez que remete à regulação da sociedade por meio do Direito e de sua atividade normativa (ARANHA, 2019, p. 244). Significa dizer que nem sempre a palavra regulação é utilizada se referindo a mercados – especialmente quando aplicada fora do campo do Direito regulatório, podendo ganhar conotação de “regulamentação” referente à atividade legislativa e, complementarmente, executiva.

A segunda dimensão remete a uma ampla gama de atribuições que o Estado exerce sobre a atividade econômica em sentido amplo, tanto normativas como administrativas. O estudo jurídico regulatório revela ampla variedade de gêneros da atuação estatal sobre mercados, sendo elas: fomento, monitoramento, mediação, fiscalização, planejamento e ordenação da economia; gerenciamento normativo de conflitos; além de outras funções inseridas no âmbito inerente de competência estatal (ARANHA, 2019, p. 247).

Essas duas visões se integram no objetivo da regulação estatal, tanto no sentido de prover regulação social (*social regulation*) como regulação econômica (*economic regulation*): está relacionada à ação do Estado sobre a economia, voltada à construção de condições para conformação e desenvolvimento de mercados; aquela por meio da criação de regras voltadas à geração de bem-estar social, à promoção da coletividade e do interesse público por meio do desenvolvimento econômico (SENA, 2020, p. 102-103).

A noção de regulação, quando apartada da relação dicotômica entre Estado-mínimo e Estado Social, deixa de se referir à interferência direta do Estado para promoção de desenvolvimento ou à sua abstenção em benefício do livre mercado,

para então adquirir o sentido de coordenação. A ação do Estado se volta ao gerenciamento, atuando em conjunto com os mercados para atingir as metas de desenvolvimento econômico e sociais em direção à consolidação do interesse público (ARANHA, 2019, p. 222).

O Estado regulador possui atributos de caráter gerencial e controlador. Não se furta do protagonismo ao assumir o papel de dirigente, mas não exerce tal protagonismo conferindo aos *players* privados o papel de meros figurantes; ao contrário, atua em regime de parceria com a sociedade civil e o mercado nas atividades caras ao interesse coletivo, visando promover o interesse público e assegurar direitos fundamentais.

Distancia-se, portanto, do modelo intervencionista concentrado caracterizado pela promoção direta do desenvolvimento econômico e social, característico da primeira metade do século XX, e de sua antagonista liberal, que delega a terceiro (o próprio mercado e a iniciativa privada) a função de catalisador e realizador do desenvolvimento em um ambiente desregulado (ARANHA, 2019, p. 222-223).

Como bem resume Márcio Lório Aranha (2019, p. 224):

Em outras palavras, no Estado regulador, há um acompanhamento gerencial da concretização dos direitos fundamentais mediante opções regulatórias de encaminhamento do setor. Nesse sentido, o Estado regulador é um fenômeno recente caracterizado por transcender a visão maniqueísta de oposição entre Estado e mercado, ou entre Estado e sociedade, de conflito entre forças ilusórias que, afinal de contas, são um único substrato utilizado para consecução dos direitos fundamentais.

O Estado regulador é um Estado reconciliado com o mercado, entendendo-o não como um ser autônomo e independente, mas como produto de regulação estatal. Da mesma forma, a inserção do mercado na equação regulatória não se presta à extinção da equação em prol da atuação autônoma do mercado. O mercado se justifica enquanto dirigido pela regulação rumo ao interesse público. O pressuposto do Estado regulador é a persistência de ambos.  
(grifamos)

O Estado Regulador traz uma nova compreensão da relação entre o poder estatal e a esfera particular – indivíduos, coletividade, mercados. O ambiente regulatório deve ser enxergado como um ecossistema vivo composto por diversos

agentes que partilham da responsabilidade e do desejo comum, junto do Estado, de cooperar em benefício do atingimento do interesse público – que, em última instância, resulta no desenvolvimento econômico.

Esse efeito, decorrente da análise jurídica da relação entre Estado e particular, é o mote que caracteriza o Estado Regulador e o diferencia de outras manifestações de intervenção do Estado. Isto porque as estruturas institucionais regulatórias não abdicam do papel primordial da atuação do Poder Público sobre a economia e a sociedade, em desfavor do mito da mão invisível do mercado, ao mesmo tempo em que atraem e fomentam a participação efetiva do cidadão e do mercado na construção conjunta de soluções, conferindo protagonismo à esfera privada na persecução do interesse público – o que se traduz por meio do princípio da cooperação social (ARANHA, 2019, p. 40-41).

Tem-se, portanto, a noção de que o Estado Regulador representa um novo gênero (ou personalidade) estatal, na qual o poder público atua de forma contínua junto da sociedade, sobretudo sob um viés gerencial, estratégico e administrativo, em direção ao interesse público e consumação dos direitos fundamentais.

Importa destacar que o objeto de estudo do direito regulatório é o fenômeno jurídico advindo da manifestação dessa personalidade de Estado contemporâneo, e não do Estado Regulador em si. Destarte, o objeto de estudo do Direito Regulatório não é o Estado Regulador, mas a regulação propriamente dita, a qual se expressa em diferentes formas e espécies – mas que podem ser resumidas na “concepção mais ampla de regulação como acompanhamento do destino de atividades essenciais à sociedade” (ARANHA, 2019, p. 227).

Para além de unir Estado e sociedade civil em torno do princípio da cooperação social, voltada ao desenvolvimento dos mercados, a regulação tem a aptidão de responder de forma dinâmica e contínua às necessidades que emergem do próprio ecossistema econômico em seu curso de vida, à medida em que se organizam e se transformam, sempre na direção de conduzir os mercados em direção ao horizonte do interesse público. Nas palavras de Aranha, “ (2019, p. 246)

Regulação é a reconfiguração conjuntural do ambiente regulado voltada à consecução de um modelo ideal de funcionamento do sistema e dirigida por regras e princípios inscritos e espelhados nos direitos fundamentais

É importante destacar que a forma como a regulação estatal se expressa é múltipla, considerando suas dimensões de significado (normativa e operacional), podendo ganhar caráter centralizado ou descentralizado e traduzindo-se por meio de estruturas institucionais diversas. É dizer, a regulação sobre mercado pode se dar por meio de regulação operacional descentralizada (em que a prestação de um serviço de interesse público não é realizada diretamente pelo Estado) e normativa centralizada (por meio e agência reguladora ou secretaria/departamento específico da Administração Pública responsável por regular determinada atividade).

O conceito de regulação e Estado Regulador não é estático e pode ser pensado conforme cada conjuntura – a ideia essencial é justamente sua capacidade de se adaptar às características setoriais, explorando suas especificidades de forma técnica e especializada, buscando soluções para explorar suas potencialidades.

### **3.2 A REGULAÇÃO COMO MEIO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A literatura aborda uma série de pressupostos teóricos do Estado regulador, grande parte deles referentes à sua natureza administrativista (exercida pela Administração Pública inserida na competência normativa do Poder Executivo), traduzida sobretudo pela ideia de administração das leis. Não obstante, a fundamento principal e a razão de ser da regulação é, sobretudo, a proteção e materialização de direitos fundamentais.

Boa parte dos estudos e da compreensão sobre a regulação moderna diz respeito à intervenção do Estado regulador sobre mercados como meio de proteção e resguardo das condições competitivas. É dizer, o Estado atua para garantir a livre concorrência, corrigindo falhas de mercado que impeçam a entrada de novos *players*, como no caso de composição de monopólios ou cartéis. No entanto, o verdadeiro objetivo por trás da proteção à competição é, ao fim e ao cabo, garantir o direito fundamental de igualdade (ARANHA, 2019, p. 17).

Essa noção é essencial para compreender a natureza do Estado regulador e sua relação com o mercado. A interação umbilical e bipolar entre Estado e mercado, resultado de teorias quase rivais que buscam traduzir essa relação por meio de pontos

de perspectivas antagônicas, torna um aparente desafio definir dentre eles a gênese e o fruto.

A constituição de mercados deriva da interação de diversos atores envolvidos em arenas sociais que conjugam interesses compatíveis – comprar e vender, em resumo superficial. Na visão dos neoclássicos e adeptos do naturalismo econômico, esses ambientes são constituídos por meio de trocas passageiras de bens e serviços regida sobretudo pela oferta e pela demanda, dinâmica responsável pela definição de preço. A visão da economia política tende a sugerir que a composição de mercados é espontânea e independe do Estado, na esteira do *laissez faire*. (FLIGSTEIN e DAUTER, 2012, p. 489)

A sociologia dos mercados, ao contrário, entende que a própria existência de condições para um ecossistema de trocas se desenvolver requer no mínimo uma estrutura social e jurídica prévia: o dinheiro deve existir; os atores precisam saber o preço e necessitam de garantias para não serem trapaceados (portanto, condições que lhes permitam sentir-se confortáveis para negociar).

A interação entre inúmeros agentes com interesses complementares depende do mínimo de estruturação formal e/ou informal para se desenvolver, segundo estudos sociológicos sobre a formação de mercados. Afinal, as trocas que os constituem carregam em si a pressuposição de direitos e obrigações, de regras básicas que governam as relações entre os componentes dessa arena social, viabilizando a construção e o desenvolvimento de um sistema plausível para competidores, fornecedores e clientes (FLIGSTEIN e DAUTER, 2012, p. 489).

Integrando as visões jurídica, econômica e sociológica sobre a constituição dos mercados e das relações que lhe dizem respeito, é possível afirmar com relativa tranquilidade que o mercado é um produto derivado do direito, e não o inverso – tese adotada pelos adeptos do naturalismo econômico.

Trata-se de um ecossistema não natural, um *locus artificialis* nascido de uma configuração institucional previamente constituída por meio de normas jurídicas. É, portanto, um mercado de direitos (ARANHA, 2019, p. 18).

O Estado é o meio garantidor das condições necessárias ao desenvolvimento da atividade econômica, disciplinando atores econômicos em torno de um ecossistema dinâmico, composto por *players* de natureza e função diversas:

empresas, entes de terceiro setor (associações e fundações) e indivíduos (consumidores), todos eles células do ecossistema econômico cultural.

A missão conferida ao Estado como criador das condições ideais para o florescimento dessas atividades sugere a verdadeira razão de ser da regulação: a proteção de direitos fundamentais e a instrumentalização de vias necessárias à sua materialização em direção à consolidação do interesse público (ARANHA, 2019, p. 19).

É dizer, a legitimidade do Estado para planejar, organizar e estruturar mercados, no exercício de sua competência reguladora, se dá justamente pela necessidade de objetivação de direitos fundamentais, enunciados abstratos por natureza e que requerem impulsionamento diante de tantos interesses díspares que naturalmente compõem a sociedade e, especialmente, os mercados.

Em outras palavras, a intervenção estatal por meio da regulação é o instrumento através do qual o Estado Regulador cria as condições para garantir a preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais, sejam essas prestações serviços de natureza pública ou mesmo privada (ARANHA, 2019, p. 22).

É papel do Estado Regulador acompanhar, contribuir e fomentar o desenvolvimento de setores econômicos por meio das diversas competências a ele atribuídas mirando, no final, o desenvolvimento social. Sua atuação é vital para garantir não somente a proteção dos direitos fundamentais na esteira do desenvolvimento econômico, mas também para construir as condições para sua plena fruição e materialização.

Para além de exercer a função de coordenador e gerente, há de se compreender que no modelo de Estado regulador é o próprio Estado o espaço ideal para a construção de soluções – e aqui cabe ressaltar a separação entre Estado e governo.

A noção de que o Poder Público em sua clássica tridimensionalidade é o habitat natural de debate e construção de acordos coletivos deveria ser natural, uma vez que o próprio conceito de Estado Democrático e Poder Público carregam em si mesmos a ideia de cooperação e construção conjunta e transparente de soluções coletivas. Nessa perspectiva, a Administração Pública e a estrutura estatal deveriam ser veículos ideais para a mediação de conflitos entre particulares, contribuindo para a

equalização de interesses, convergentes ou divergentes, entre grupos da sociedade civil e dos mercados.

Essa noção, infelizmente afetada pela crise de legitimidade recente e pela dilaceração do aparato estatal em tantas jurisdições mundo afora, é fundamental para o Estado Regulador e está atrelada ao princípio da cooperação social. É através do Estado, na sua figura de gerente e facilitador, e da participação civil ativa que o desenvolvimento socioeconômico é catalisado em direção à materialização dos direitos fundamentais – cujo resultado, em última instância, é o bem-estar coletivo.

A objetivação de direitos fundamentais subjetivos requer mais do que apenas a interpretação do conteúdo normativo contido em determinado dispositivo. O ecossistema vivo, entrópico e em imprevisível metamorfose que é a própria sociedade requer uma atuação concentrada, organizada e contínua. Quem, senão o Estado e o Poder Público, poderia conduzir esse processo? As decisões do Estado são vitais para o adensamento e a materialização dos direitos fundamentais. Sua atuação é indispensável e dessa competência, não pode se furtar.

Em resumo, o Estado regulador tem a função de criar as condições para objetivar os direitos fundamentais, para além de os proteger. A atividade reguladora é um dos principais substratos para a criação de um espaço decisório e cooperativo voltado ao atingimento do interesse público em ambientes dinâmicos, na medida em que permanentemente acompanha, analisa e adapta as estruturas setoriais conforme as relações intrasetoriais se transformam e ganham novos significados. Em outras palavras: “regular é uma atuação conjuntural de si mesmo frente à decodificação contínua do Outro. Em síntese, regulação é um *continuum* de decodificação e adaptação” (ARANHA, 2019, p. 246).

Apesar de o objetivo precípua da regulação ser a proteção de direitos fundamentais e a promoção de mercados de direitos, o estigma de mero corretor de falhas de mercado recai fortemente sobre o Estado regulador uma vez que sua concepção está relacionada à transição entre Estado Social e Neoliberal – e é fortemente influenciada pelos adeptos da visão de Estado Subsidiário, segundo o qual a intervenção estatal deve ocorrer apenas nas ocasiões em que o retorno social do investimento for maior do que o retorno privado.

Em sentido diverso do Estado subsidiário, o Estado Regulador pode encarnar outra personalidade: a de Estado Empreendedor. Antes, contudo, é importante tratarmos da faceta administrativista da atividade regulatória.

### **3.3 ESTADO REGULADOR COMO ESTADO ADMINISTRATIVO**

A forma de regulação exercida pelo Estado regulador depende de outro pressuposto: sua identificação com o Estado Administrativo, cujo nascedouro deriva dos vãos existentes na teoria da separação dos três poderes.

A noção de que o Estado é composto pela atuação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em verdade, não trata de maneira estática essas três dimensões do poder público – se referem mais ao equilíbrio e ao controle mútuo entre eles do que à sua separação. As atribuições de cada Poder em muitos casos se confundem entre si diante da inevitável interpenetração de funções exercidas pelo Estado em seu formato tridimensional (ARANHA, 2019, p. 24-25).

A imperfeição do modelo tripartite e as inúmeras intersecções entre a atividade de cada um dos três poderes contribuiu para a ascensão da teoria administrativista do século XX, que enxerga a Administração Pública moderna como uma espécie de quarto-poder equidistante das atividades executiva, judicial e legislativa na medida em que exerce a administração contínua das leis por meio de atividade técnica, idealmente imune à influência política direta (CROLEY, 2008, p. 14)

A discussão referente à atividade normativa exercida pelo Poder Executivo é controversa, muito embora na própria elaboração original do princípio da separação de poderes Montesquieu tenha atribuído ao Executivo a responsabilidade de agir momentânea e instantaneamente frente à necessidade de produção normativa, diante de sua condição dinâmica e flexível derivada do próprio ato de executar as leis (ARANHA, 2019, p. 231).

Nesse sentido, há de se compreender que a função regulamentar do Poder Executivo não se confunde com aquela derivada da função legislativa, responsável por construir as políticas públicas gerais e elaborar normas necessárias à estruturação de setores de interesse público. Em verdade, a capacidade e competência normativa do Poder Executivo se submete à própria legalidade emanada do Poder Legislativo, conferindo à Administração Pública função normativa conjuntural – qual seja aquela

de acompanhar o desenvolvimento setorial e seu dinamismo, complementando o conjunto normativo quando necessário, desde que dentro da legalidade (GRAU, 2000, p. 98).<sup>10</sup>

O Estado Administrativo, materializado na substantivação da Administração Pública (entendida como “a jurisdição sob o viés tradicional de separação dos poderes”) atua com poderes parcialmente legislativos e jurisdicionais na execução da vontade do Estado por meio da atuação profissional e setorializada, traduzida pela expertise do administrador e de seu trabalho perene. Representa, nesse sentido, uma intersecção entre as funções estatais, permeando todo o poder público. Tratando-se de um canalizador das funções de Estado, a Administração Pública engloba funções intermediárias entre os três poderes, cuja legitimidade de governar recai sobre a figura do administrador, responsável por coordenar e intervir indiretamente nos mercados para, através da execução do planejamento, facilitar o desenvolvimento econômico e social (ARANHA, 2019, p. 23-27).

Nesse sentido, a função normativa conjuntural do Executivo possui natureza de fonte secundária e complementar, exigindo previsão anterior por dispositivo de lei para que tenha validade. O respeito à legalidade condiciona a competência normativa do Estado Administrativo, e portanto, à submissão do órgão/ente da Administração à lei que o institui e atribui competências, e às normas legais e regulamentares ali dispostas (ARANHA, 2019, p. 234).

O Estado Regulador é Administrativo na medida em que se organiza em torno da ideia de que a administração técnica e independente, alheia a influências partidárias e políticas voltadas à defesa do interesse de grupos focais, confere grau de autoridade suficiente para conduzir o planejamento econômico em direção ao

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, afirma Márcio Lório Aranha (2019, p. 231): “Assim, o Executivo exerce *função normativa*, que difere da *função legislativa*. Esta última é definida a partir de critério *subjetivo* – orgânico e institucional –, em que vale mais para sua definição o conjunto de atores do Poder Legislativo que propriamente sua função. Já a função *normativa* é divisada não a partir dos Poderes estatais – Legislativo, Executivo, Judiciário –, mas das matérias neles inseridas sem caráter de exclusividade. Tanto é assim, que a Constituição Federal de 1988 enuncia, em diversos dispositivos, os *atos normativos* dos três poderes (CF/88: art. 49, V; art. 97, *caput*; art. 102, I, *a*; art. 102, §2º; art. 103, §3º; art. 125, §2º; art. 169, §4º)” – grifo no original.

interesse público e, conseqüentemente, ao desenvolvimento socioeconômico (LOPES, 2018, p. 113).

O Estado Regulador e o Estado Administrativo se condensam em torno da ideia de que a Administração Pública especializada, cuja atuação está voltada ao gerenciamento das leis, ao planejamento setorial e ao acompanhamento dinâmico e permanente de suas atividades, é capaz de conduzir o processo de desenvolvimento em direção ao interesse público e à materialização dos direitos fundamentais por meio da administração contínua das leis.

A diferença substancial entre eles consiste, no entanto, no grau de protagonismo conferido à figura do administrador. As teorias administrativistas compreendem que o administrador é o centro e a figura fundamental, enquanto o Estado Regulador se distancia parcialmente dessa compreensão na medida em que entende que o Estado deva ser o condutor e gerente de um processo realizado em conjunto com a sociedade civil e os mercados em torno do princípio da cooperação social (ARANHA, 2019, p. 28-29)

### **3.4 ESTADO REGULADOR COMO ESTADO EMPREENDEDOR**

O conceito de Estado Regulador traz, ainda, uma nova compreensão sobre a função do Estado e sua relação com a esfera privada. Como se viu até aqui, a regulação consiste na atividade estatal contínua voltada ao planejamento setorial, com o objetivo de proteger o interesse público e objetivar os direitos fundamentais por meio da administração contínua das leis e de sua aplicação. Essa ação se dá por meio da atuação especializada da Administração Pública não somente como uma mera reparadora de falhas de mercado, mas como autoridade capaz de identificar inefetividades, promover soluções e atuar para ampliar os horizontes setoriais, visando contribuir para o desenvolvimento socioeconômico.

Há, no entanto, um elemento relevante na construção do conceito de Estado Regulador de maior valia para o objetivo do presente trabalho, especialmente no que tange à dinamização econômica; qual seja sua correlação com o conceito de Estado Empreendedor.

Este conceito é abordado por Mariana Mazzucato na brilhante obra “*O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*” (2014), resultado da ampliação de pesquisa realizada para a instituição britânica DEMOS.

A autora põe em xeque diversos dogmas do neoliberalismo e da visão estereotipada de que o Estado representa um aparato burocrático lento, ineficiente e paralisante, analisando com profundidade o papel vital do Estado nos investimentos mais corajosos e arriscados – a exemplo de todo o apoio estatal concedido à Apple na gênese da “nova economia”<sup>11</sup>, do desenvolvimento da própria internet e da tecnologia da informação e na ainda vanguardista tecnologia verde (MAZZUCATO, 2014, p. 24).

A obra se concentra, sobretudo, em setores ligados à inovação e tecnologia (ressalte-se, componentes da economia criativa, conforme visto no capítulo primeiro), demonstrando as vantagens de um Estado intervencionista voltado ao investimento e à criação de condições para o desenvolvimento de novos mercados – ou para a reinvenção de mercados já constituídos.

A visão segundo a qual o Estado pode (e deve) atuar de forma empreendedora não significa uma intervenção direta, na qual o Estado assume a prestação de serviços ou a produção, mas sobretudo assume função de investidor em setores de risco, criando estímulos para florescer o espírito empreendedor da iniciativa privada e atrair novos talentos. Em outras palavras, o Estado se empodera da função de liderança na indução e na criação de novos nichos de mercado em sociedade de risco com a iniciativa privada, adotando o perfil de investidor visionário (ARANHA, 2019, p. 36).

---

<sup>11</sup> A título de complemento, destaca-se interessante trecho no qual Mazzucato (2014, p. 26) resume de maneira lacônica o objeto do capítulo quinto de sua obra, afirmando que “todas as tecnologias que tornaram o Iphone de Jobs tão ‘inteligente’ [smart] foram financiadas pelo governo (internet, GPS, telas sensíveis ao toque [touch-screen] e até o recente comando de voz conhecido como SIRI). Tais investimentos radicais – que embutiam uma grande incerteza – não aconteceram graças a investidores capitalistas ou “gênios de fundo de quintal”. Foi a mão invisível do Estado que fez essas inovações acontecerem. Inovações que não teriam ocorrido se fôssemos esperando que o ‘mercado’ e o setor comercial fizessem isso sozinhos – ou que o governo simplesmente ficasse de lado e fornecesse o básico”

O Estado Empreendedor demonstra a importância da atuação do Poder Público para o desenvolvimento econômico, na mesma linha do Estado Regulador. Mazzucato (2014, p. 28-29) entende que o Estado, quando agindo de forma organizada e eficiente (circunstância na qual “sua mão é firme mas não pesada”), facilita a ampliação da visão empreendedora e impulsiona o setor privado, encorajando empreendedores a assumirem riscos que, a princípio, não assumiriam sozinhos.

Nessa medida, o Estado é absolutamente fundamental para a dinamização dos mercados e para a criação de novos nichos econômicos, na medida em que assume riscos que em geral particulares não enfrentariam – afinal, as tentativas de inovação possuem elevadas chances de falhar (senão não seriam chamadas de inovação) e, em geral, necessitam de elevado investimento, constituindo risco-retorno demasiadamente agressivo para engajamento independente do setor privado (MAZZUCATO, 2014, p. 25).

O Estado Empreendedor, portanto, é um grande parceiro da iniciativa privada, interessado em assumir o risco empreendedor – arrisca-se dizer, nos moldes de investidores anjos, considerando a conversão de benefícios em favor de investidores, traduzida na relação com o Estado por meio da carga tributária advinda do crescimento de novos setores econômicos ou da reformulação de setores estagnados, que necessitam se reinventar para se tornarem lucrativos (e pagarem mais impostos).

O Estado Empreendedor contribui ativamente e de maneira corajosa, senão vanguardista, na (re)configuração do espaço econômico em busca de novos ciclos de crescimento, atuando em processo simbiótico entre o público e o privado – conjugando da compreensão moderna do Estado Regulador e, de certo modo, trazendo novos ares às ideias keynesianas na medida em que entende que o Estado deve empreender permanentemente, e não apenas em momentos de crise (ARANHA, 2019, p. 37).

O Estado Regulador comunga do Estado Empreendedor sobretudo pela oposição voraz à ideia de que exista uma desordem entre o público e o privado, reconhecendo o papel fundamental da atuação estatal na alteração conjuntural da economia diante de seu dinamismo, voltada ao seu aperfeiçoamento (e em direção a novos horizontes). Ambas as compreensões de Estado reconhecem que a simbiose público-privada une virtudes e é capaz de superar o pêndulo abstencionista-intervencionista.

Na medida em que ambas as compreensões entendem que os mercados não são locais naturais, mas que nascem das condições sociais e jurídicas que os compõem, a constituição de mercados necessita estímulos à participação de empresas no processo de desenvolvimento destes ecossistemas.

Assim, a face empreendedora do Estado contribui para a criação, indução ou ressignificação de nichos mercadológicos, seja por meio de políticas públicas que criem as condições para que a iniciativa privada empreenda, seja, por exemplo, por meio da concessão de empréstimos para pequenos e médios empresários investirem em suas iniciativas – ou por meio de planos de ação e planejamentos setoriais (SENA, 2020, p. 112-113).

### **3.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O ESTADO REGULADOR É A SOLUÇÃO PARA A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E CULTURA?**

No capítulo primeiro estudamos o conceito de economia criativa e a inserção de mercados culturais nessa área do estudo econômico, que representa uma das grandes promessas de crescimento e geração de empregos para as próximas décadas.

Restou patente que, muito embora o peso dos setores culturais nos resultados da economia criativa seja muito menor que o peso representado por setores de inovação e tecnologia, a cultura é absolutamente relevante para sua constituição, atuando como elemento transversal nas cadeias criativas, e que seus nichos são subaproveitados por diversas razões: baixo investimento, elevado grau de informalidade e crônica falta de dados.

No capítulo segundo, exploramos a dimensão constitucional dos direitos culturais como direitos fundamentais. O conjunto de normas insculpidas na Constituição Federal de 1988 permite vislumbrar a existência de uma “ordem constitucional da cultura”, e a consolidação dos direitos culturais como fundamentais se apresenta, sobretudo, na Seção respectiva, composta pelos artigos 215, 216 e 216-A.

São essas normas que determinam o papel estratégico e vital do Estado na proteção deste gênero de direitos fundamentais e na formulação, planejamento e execução das políticas públicas culturais voltadas ao desenvolvimento da cultura

nacional, sobretudo no que se refere à criação de um Plano Nacional e de um Sistema Nacional de Cultura.

Nas seções anteriores do presente capítulo, estudamos as características do Estado Regulador e da regulação contemporânea, cujas principais funções e características gravitam em torno de um Estado de caráter administrativo, competente para exercer sua função de administrador das leis voltada à edição dinâmica e adaptável de regras complementares e necessárias à constituição e crescimento de mercados, cujo principal objetivo é criar os meios para materializar os enunciados abstratos derivados dos direitos fundamentais, em direção ao interesse público.

Analisamos, ainda, a faceta empreendedora do Estado Regulador, tomador de riscos em empreendimentos que exigem elevado investimento sem garantias de retorno, assumindo o papel de fomentar a entrada de *players* privados para a dinamização da economia – um verdadeiro parceiro na constituição de novos negócios e setores econômicos.

A pergunta que dá título à presente seção é o cerne deste trabalho. A relação entre Estado e Cultura é complexa e ambígua, uma vez que a Cultura parece ser o éter de onde emergem todos os significados.

A intervenção do Estado na cultura (e aqui, referimo-nos ao fazer-cultural, ao exercício da atividade de produzir cultura e arte) é delicada, repleta de grandes perigos e aparentes paradoxos. De um lado, a intervenção estatal na expressão cultural representa ameaça à liberdade de criação, ao mesmo tempo em que pode se converter na captura dos signos culturais para legitimar narrativas e mitos de grande poder destrutivo – vide a experiência nazista, amplamente referida anteriormente.

De outro, os setores culturais enfrentam crônicos desafios financeiros – empreender em cultura ainda não é uma obviedade; estudar a cultura sob pontos de perspectiva econômicos é uma iniciativa recente; e a profissão “artista” segue não sendo reconhecida por boa parte da sociedade como trabalho formal<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> A título de desencargo de consciência e pedindo a devida vênia para exercer a licença poética em nota de rodapé, plenamente consciente da necessária formalidade acadêmica, aquele que ora escreve faz questão de registrar sua própria experiência como artista e jurista. Por anos me identifiquei como advogado quando questionado sobre minha profissão (por exemplo, em situações cotidianas como o

A concepção moderna de Estado Regulador parece ser o melhor modelo para lidar com o desenvolvimento econômico da cultura. Seus pressupostos são plenamente compatíveis com as necessidades setoriais e a forma de regulação pode ser equalizada para as particularidades de cada nicho.

O Estado Regulador se presta a proteger direitos fundamentais e objetivá-los – e os direitos culturais, tanto de exercitar o fazer-cultural como de usufruir de bens e serviços dessa natureza, requerem ação proativa do Poder Público para que sejam universalizados, em torno de uma atuação conjunta com a sociedade civil e os *players* que compõem cada mercado cultural em direção ao interesse público.

A regulação, no exercício de seu atributo normativo contínuo, especializado e perene, tem a aptidão de moldar e administrar as leis frente à aceleração da metamorfose das relações intra e intersetoriais na cultura, cuja velocidade segue aumentando exponencialmente (e em direções imprevisíveis) na esteira da revolução digital, do aprofundamento da globalização e da constituição de uma sociedade-em-rede no formato de uma aldeia global (HARARI, 2018).

Sua dimensão administrativista afasta a figura de Estado meramente interventor e valoriza o exercício do planejamento setorial não apenas como ente competente originário, mas como autoridade para fazê-lo. Sua personalidade empreendedora sugere que o Estado atue de forma corajosa para criar as condições necessárias para o fortalecimento das cadeias produtivas de cultura, assumindo os riscos e auxiliando a iniciativa privada, como parceiro e investidor, a enfrentarem os altos custos necessários à viabilização de produtos e serviços culturais. Pode,

---

preenchimento de formulários). Em determinada ocasião, no processo de empoderamento na minha carreira artística, decidi me identificar como músico ao me matricular em um estabelecimento. No processo de registro, o atendente ficou animado com a informação, dizendo-me que era músico também. Ao pedir um documento de identificação para finalizar a matrícula, entreguei minha OAB, ao que ele exclamou, com surpresa: “Mas você não disse que era músico?”; ao que respondi: “Minha profissão é músico; meu hobby é ser advogado”. Desde então me uso dessa máxima (que não passa de mera piada, uma vez que exerço a função de advogado com orgulho e zelo) quase a título de pesquisa: a reação dos ouvintes é, invariavelmente, de surpresa e, em seguida, regozijo. É surpreendente se identificar profissionalmente como artista em detrimento do tão valorizado exercício da advocacia.

sobretudo, criar um ecossistema que atraia cada vez mais talentos para produzir bens e serviços de caráter abstrato, mas que repercutem materialmente na economia, na qualidade de vida dos indivíduos, na vida em comunidade e, em última instância, na própria formação de identidade coletiva (nacional e/ou internacional).

A visão do Estado como agente de promoção de um ecossistema sustentável na cultura pode promover uma visão integrada entre livre mercado e dirigismo. Uma nova visão sobre o Estado Regulador como Empreendedor emerge como potencial solução na relação Estado-Cultura-Economia, uma vez que se posiciona entre os modelos de estado liberal e social com o intuito de garantir direitos fundamentais, como o são os direitos culturais, por meio do investimento em atividades de risco e de caráter inovador, como aquelas desenvolvidas em setores criativos.

Muito embora o Direito trate de situações conjunturais e que ganham novos significados no tempo, cujas normas devem ser dotadas de flexibilidade e as quais estão sujeitas à contínua revisão, as leis são incapazes de atingirem simultaneamente todos os objetivos nela pretendidos (GRAU, 2000). Tal aspecto se revela ainda mais latente com o advento da era digital e da velocidade com que as relações se transformam, em comparação com a incapacidade do Estado de lidar com esta aceleração. Na cultura, essa relação é ainda mais direta, como se vê dos efeitos gerados nos ecossistemas culturais com a revolução digital (a exemplo do setor fonográfico, conforme comentamos no primeiro capítulo).

Dessa compreensão deriva a necessidade de desenvolvimento de um novo tipo de intervenção estatal apto a garantir a materialização dos direitos fundamentais e dos objetivos das leis de forma dinâmica. A regulação e o Estado Regulador, como administrador das leis e em sua faceta empreendedora e técnica, parecem cumprir os requisitos para assumir este papel.

A dependência de mercados culturais da atuação do Estado, tanto como planejador como fomentador, é uma realidade. Em relação a essa última, qualquer um dos setores criativos relacionados, majoritariamente, a atividades de natureza artística apresentarão essa forte dependência – seja de fomento direto, com a dotação de recursos de Estados e Municípios a atividades culturais por meio de editais e concorrências públicas, seja por meio indireto, através de mecanismos de renúncia fiscal por parte do Estado para fins de motivação ao fomento privado (prática de

Mecenato), materializada em leis de incentivo fiscal (à exemplo da Lei de Incentivo à Cultura, geralmente referida como Lei Rouanet).

Na função de planejador, o papel conferido ao Estado pela própria constituição – em especial após as reformas instituídas pelas Emendas 43/2003 e 75/2005 – não deixa dúvida acerca da atividade regulatória a ser exercida por ele, dada sua obrigação de constituir um Plano Nacional de Cultura implementado em regime de cooperação por meio do Sistema Nacional de Cultura.

Dessa maneira, entende-se que a regulação da cultura (exercida por meio de uma nova visão sobre o Estado Regulador) pode ser benéfica para o desenvolvimento e organização de mercados culturais. Sua complexidade e particularidade requer um acompanhamento contínuo e atualizado, preparado para encontrar soluções diante do ambiente disruptivo instaurado pela Revolução Digital.

Apesar de ser uma ideia pouco usual (pensar na regulação sobre a cultura), seu exercício pode ser observado mais diretamente no Brasil a partir da experiência de dois dos setores em específico, cujos modelos de atuação do Estado são distintos: na música, por meio da atuação do Secretaria Nacional de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual (SNDAPI), órgão ministerial responsável por regular o Sistema de Gestão Coletiva de Direitos Autorais; e no cinema, com a atuação da única agência reguladora voltada a setores culturais, cuja criação e existência é curiosa: a Agência Nacional do Cinema (ANCINE). É o que trataremos no capítulo final do presente estudo.

#### **4 REGULAÇÃO DE SETORES CRIATIVOS NO BRASIL – A EXPERIÊNCIA DOS MERCADOS DA MÚSICA E DO CINEMA?**

Como se viu no capítulo anterior, o Estado Regulador pode ser uma alternativa para solucionar os diversos desafios inseridos na relação entre a atuação estatal e setores culturais. Sua dimensão empreendedora, seu caráter administrativo e técnico e sua função de administrador das leis o torna capaz de lidar com as particularidades dos setores culturais criativos e de suas constantes transformações diante das reiteradas revoluções tecnológicas. Ao mesmo tempo, a própria Constituição Federal confere ao Estado a missão de planejar o desenvolvimento de mercados culturais no Brasil por meio da elaboração de uma Política Nacional de Cultura, implementada em regime de coparticipação com outros entes da Federação por meio do Sistema Nacional de Cultura.

Para além da atividade comum ao Executivo (Federal, Estadual e Municipal) na elaboração de políticas públicas e no cumprimento de sua missão planificadora, dois casos se revelam interessantes para observar a experiência regulatória em setores culturais no Brasil. Não obstante seja incipiente a visão sobre a relevância econômica de mercados culturais e da natureza de direitos fundamentais dos direitos culturais, existem no Brasil dois órgãos responsáveis por regular o setor cinematográfico nacional e parte do setor fonográfico.

A existência de entes reguladores nos mercados da música e do cinema apresenta uma série de especificidades em sua conformação e derivam de contextos e pleitos distintos: a Secretaria Nacional de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual (SNDAPI), antiga Diretoria de Direitos Intelectuais (DDI), criada como órgão ministerial para regular o sistema de gestão coletiva de direitos autorais; e a Agência Nacional de Cinema (ANCINE), criada na forma de uma autarquia especial nos moldes de uma agência reguladora, dotada de aparente independência administrativa e financeira, como característico de agências reguladoras, mas cercada de uma série de contradições quanto à sua própria natureza.

As constantes mudanças administrativas e fraturas políticas no Brasil do século XX e o processo de reformatação do Estado brasileiro, em especial após a redemocratização, são elementos essenciais para a compreensão acerca destes dois

entes e das razões que levaram à sua fundação – principalmente no curioso caso da fundação de uma agência reguladora especificamente dedicada à regulação do mercado de películas de longa-metragem nacionais.

Na música, a regulação sobre o Sistema de Gestão Coletiva de Direitos Autorais – referente ao recolhimento e distribuição de direitos autorais e conexos recolhidos em favor de seus titulares a partir da execução pública de suas obras – se deu em virtude da criação de um monopólio legalmente instituído. A função reguladora foi originalmente exercida pelo Conselho Nacional de Direitos Autorais (CNDA), órgão ministerial responsável pela fiscalização da atividade do então fundado Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad), associação responsável pelo recolhimento e distribuição de direitos autorais provenientes da execução pública de músicas em território nacional, único ente competente para tal atribuição conforme instituído pela lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973.

Com a dissolução do CNDA na gestão do ex-presidente Fernando Collor de Melo e a atualização das normas relativas a direitos autorais apenas com a edição da Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Direitos Autorais – LDA) – a qual consolidou a desregulação do período de *gap* normativo desde a extinção do CNDA - a definição de regras relativas ao recolhimento de direitos autorais no Brasil passou a ser definido pela Assembleia Geral do Ecad, controlada majoritariamente por representantes de grandes multinacionais (editoras e gravadoras referidas em geral como “*majors*”). Assim, a autorregulação exercida pelo Ecad e sua captura por *players* de elevado poder econômico resultaram na modelagem das regras de autorização, cobrança e distribuição de direitos em favor de seus interesses.

A captura do Ecad por grandes gravadoras, o regime de monopólio na atividade de cobrança e distribuição de direitos autorais, e a ausência de um ente regulador levaram à necessidade de edição de norma específica que aprimorasse a LDA na parte referente à gestão coletiva de direitos autorais, com a criação de um ente regulador para fiscalizar a atividade do Ecad e respectivas associações – o que resultou na edição da Lei 12.853/13 e a criação da Diretoria de Direitos Intelectuais (DDI), vinculada à estrutura ministerial (no então Ministério da Cultura), atualmente convertida em Secretaria Nacional de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual (SNDAPI) vinculada à Secretaria Especial de Cultura (a qual transitou, nos últimos

anos, entre Ministério da Cidadania, do Turismo e, mais recentemente, foi transferida para o recriado Ministério do Trabalho e Emprego).

A reforma legal implementada pela Lei 12.853/13 intentou resgatar a regulação da atividade do Ecad e do mercado de recolhimento de direitos autorais na música criando órgão semelhante ao CNDA, permanecendo vinculado à Administração Pública direta. O SNDAPI atua voltado ao controle e aperfeiçoamento do sistema de gestão coletiva de direitos autorais e é responsável por fiscalizar a atividade do Ecad e das associações que o compõem.

No caso do cinema, a experiência se deu de maneira diversa, resultando na criação de uma autarquia especial na forma de uma agência reguladora exclusivamente destinada ao setor. Criada por meio da Medida Provisória nº 2.228-1 de 06 de setembro de 2001 como resultado da pressão de grupos ligados ao setor cinematográfico, a Agência Nacional de Cinema (ANCINE) tem sua origem relacionada à dissolução da Embrafilme, única empresa pública no campo da cultura – paradoxalmente criada durante a ditadura militar para fomentar e distribuir filmes brasileiros a nível nacional e internacional, no auge da censura.

Sua extinção súbita nos anos 1990 no escopo do Plano Nacional de Desestatização (PND) promovida também na gestão Collor resultou no desequilíbrio total das cadeias produtivas do audiovisual, largamente dependentes da atuação da estatal, com repercussões de alto impacto à semelhança do CNDA na música. Em ambas as ocasiões, o desmonte de um sistema no qual o Estado exercia função fundamental (na música, como ente regulador e fiscalizador, e no cinema, por meio de empresa pública) resultou em deformações dos respectivos mercados.

A ANCINE é um caso particular na criação de agências reguladoras no Brasil. Inserida no escopo da chamada terceira geração de agências reguladoras (PÓ e ABRUCIO, 2006, p. 683-684), ela foi a única das 13 agências reguladoras criada não por lei específica, mas por meio de medida provisória – a qual até hoje não foi votada pelo Congresso Nacional. Muito embora constituída sob os moldes das agências reguladoras norte-americanas, a ANCINE possui uma série de características que a tornam um órgão particular, o que enseja a compreensão de que se trata não de uma agência reguladora propriamente dita, mas de uma agência de fiscalização e fomento.

Assim, o presente capítulo pretende investigar as razões que levaram à criação do SNDAPI e da ANCINE – e, conseqüentemente, da regulação de mercados culturais no Brasil.

A intenção é identificar suas estruturas e competências e refletir se os referidos entes se tratam, de fato, de entes reguladores. Por fim, pretende-se propor um aprimoramento da visão sobre ambas, com o intuito de vislumbrar a extensão da prática regulatória não somente a estes mercados em específico, mas aos demais mercados culturais.

#### **4.1 A REGULAÇÃO DA MÚSICA NO BRASIL**

Para se compreender a regulação da música no Brasil, é necessário tratar da gestão coletiva de direitos autorais, sistema responsável pelo monitoramento sobre o uso e recolhimento de direitos autorais derivado da execução pública de obras musicais – um dos principais pilares de rentabilidade do mercado da música brasileira na segunda metade do século XX e essencial para o desenvolvimento do mercado fonográfico nacional atualmente, mesmo diante das modificações impostas pela revolução digital.

Isso porque o consumo de música em ambiente digital se equipara à execução pública de obras musicais, fato gerador da cobrança de direitos autorais, mantendo a elevada importância da gestão coletiva de direitos autorais para os resultados econômicos do setor.

Isso decorre da previsão contida no art. 68, §2º da Lei 9.610/98 (LDA), que determina que um dos fatos geradores para a cobrança de direitos autorais de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas é sua comunicação pública por quaisquer meios (físicos ou não).

A referida norma anteviu o surgimento de novas tecnologias derivadas da popularização da internet, razão pela qual conferiu sentido amplo ao conceito de execução pública sem limitar os meios de transmissão aos até então existentes. A subversão promovida pela internet e aquisição de novos significados para antigos conceitos – a exemplo do que seria a “comunicação pública” na era digital e como a expressão se aplicaria ao *streaming*, por exemplo – criou uma lacuna interpretativa no que se refere ao recolhimento de direitos autorais no Brasil.

Essa controvérsia resultou no julgamento do Recurso Especial nº 1.559.264/RJ pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2017. No *leading case* referente ao tema, envolvendo a Oi (Oi FM) e o Ecad, o STJ decidiu que a execução de músicas por meio dos serviços de streaming devem ser equiparados a execução em locais de frequência coletiva. O acórdão exarado no escopo do Recurso Especial nº 1.559.264/RJ foi mantido pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) por unanimidade, ao negar provimento ao Recurso Extraordinário nº 1.056.363 interposto pela Oi Móvel S.A. Assim, consolidou-se o entendimento de que a gestão coletiva de direitos autorais se expande igualmente para o consumo digital.

Dito isso, é necessário entender como se formatou o sistema de gestão coletiva direitos autorais no Brasil, constituído em torno de um monopólio legalmente instituído sobre a atividade de recolhimento e distribuição destes direitos pelo Ecad, para compreender o contexto que levou à recriação de um ente responsável por regula-lo: a atual Secretaria Nacional de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual (SDAPI).

#### **4.1.1 O Sistema de Gestão Coletiva de Direitos Autorais – a natureza jurídica do Ecad e o monopólio legalmente instituído**

A construção do Direito Autoral, ramo do direito civil ligado à Propriedade Intelectual, se deu em torno da defesa e do controle do uso autorizado de obras artísticas em benefício dos próprios autores, a fim de lhes garantir proveito econômico a partir do uso público de sua obra (COSTA NETTO, 2019, p. 95-99).

Já a gestão coletiva sobre os direitos autorais foi resultado do processo de integração de autores em torno de associações civis sem fins lucrativos, compostas para a defesa de seus direitos perante a sociedade. Do ponto de vista prático, a gerência individual sobre a utilização de obras pelos próprios artistas sempre foi inviável, considerando as limitações tecnológicas, informacionais e administrativas.

Assim, a gestão coletiva de direitos autorais surgiu como solução à medida em que autores se agregavam em torno de associações criadas e administradas pela própria classe. A instituição se tornava, então, responsável pela cobrança e posterior distribuição dos direitos autorais de seus membros perante o uso público da obra, exercendo essa competência com exclusividade em nome de seus associados

(COSTA NETTO, 2019, p. 403-409). É dizer, autores utilizaram da liberdade associativa para constituir um ente do Terceiro Setor destinado a representar seus interesses econômicos.

O sistema de gestão coletiva de direitos autorais surgiu na França no séc. XVIII, a partir da criação da primeira sociedade de titulares de direito autoral do mundo – o Bureau de Législation Dramatique, por iniciativa do dramaturgo francês Beaumarchais (FRAGOSO, 2009, p. 415).

Inicialmente limitada ao recolhimento de direitos relativos ao teatro, o modelo de gestão coletiva se expandiu para o setor musical com a fundação da SACD (Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques), e a SACEM (Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique), fundadas em 1829 e 1851, respectivamente, e em atividade até hoje (BITTAR, 2003, p. 118).

O processo se deu de maneira similar no Brasil, ainda que em outro contexto. A legislação de direitos autorais no Brasil foi efetivamente examinada apenas na Constituição de 1891 – embora já tivesse sido abordada em matéria criminal nos códigos criminais de 1830 e 1890. O código civil de 1916 tratou de maneira superficial o tema, deixando uma série de vãos legais relacionados à cobrança de direitos autorais e ao sistema de gestão coletiva.

Assim, após a edição do Código Civil de 1916, a primeira associação de gestão coletiva de direitos autorais foi fundada em 1917: a SBAT – Sociedade Brasileira de Autores Teatrais, da qual posteriormente derivou a primeira associação específica para a música: a Associação Brasileira de Compositores e Editores – ABCA, fundada em 1938.

Em virtude da falta de normas específicas no Código de 1916, as distintas associações operavam segundo parâmetros próprios, definidos por sua gestão, resultando em um sistema disforme, confuso e inapto a recolher efetivamente valores relativos à execução pública de obras musicais, constituído por inúmeras associações (GUEIROS JÚNIOR, 2000, p. 430).

Diante deste cenário, vislumbrou-se a necessidade de elaboração de um Código específico para tratar dos temas correlatos aos direitos autorais e conexos e de sua gestão, uma vez que suas regras eram estabelecidas por portarias e decretos difusos, não havendo unificação quanto à política de cobrança e distribuição. Dessa

forma, surgiu a primeira legislação específica sobre direitos autorais no Brasil: lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973 (BITTAR, 2003, p. 120).

Em virtude da experiência particular do Brasil nas décadas que precederam a regulamentação pela Lei nº 5.988/73, entendeu-se ser necessária a concentração da atividade de arrecadação e distribuição de direitos autorais em torno de um único ente, apto a uniformizar essa atividade. Assim, adotou-se um monopólio legalmente instituído sobre a cobrança de direitos autorais por execução pública, com a criação do Ecad – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (COSTA NETTO, 2019, p. 408-409).

O órgão empreenderia a tarefa de cobrar direitos autorais por execução pública de maneira exclusiva, em nome de todas as associações de gestão coletiva (as quais seriam obrigatoriamente vinculadas a ele) e, conseqüentemente, dos titulares de direito autoral – constituindo espécie de “confederação de associações”. A distribuição dos valores recolhidos seria posteriormente direcionada às associações constituintes do sistema, as quais seriam responsáveis por repassar e dividir as verbas recolhidas entre seus associados conforme o uso efetivo de cada obra (COSTA NETTO, 2019, p. 414-417).

Cumprido destacar que a natureza jurídica do Ecad é de associação sem fins lucrativos: o ente, assim como as associações que o compõem, representa os interesses de seus associados e não possuem natureza empresarial. O fato de ser uma associação sem fins lucrativos, no entanto, não significa que não tenha fins econômicos<sup>13</sup> – assim como não significa que não seja necessária uma gestão

---

<sup>13</sup> A confusão acerca da atividade de entes de terceiro setor, caracterizados pela ausência de fins lucrativos, deriva de uma interpretação falha acerca do significado de não possuir fins econômicos (expressão erroneamente empregada por parte da legislação, inclusive). Neste sentido: “Sem nenhuma dúvida que as expressões ‘fins não econômicos’ ou ‘fins não lucrativos’ (esta última mais apropriada, entendemos) não significam que a entidade não possa comercializar bens e serviços, obtendo com tais atividades receita e, mesmo, lucro (superávit), muito menos que não possa remunerar seus dirigentes. O que a lei sempre impediu, e que agora também a própria lei das relações civis deixou patente, é que jamais poderá haver, nesse tipo de pessoa jurídica, a distribuição de lucros, dividendos, excedentes operacionais ou qualquer outra denominação que se dê a eventuais recursos sob a administração da

profissional que resulte em remuneração adequada aos seus funcionários e à estrutura administrativa naturalmente vital para o exercício de sua missão institucional.

Desta maneira, a lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973 instituiu um monopólio legal sobre a atividade de cobrança de direitos autorais em torno de um único órgão, ao qual todas as associações de titulares de direitos autorais e conexos estariam vinculadas, sob o entendimento de que essa concentração contribuiria para uma maior efetividade do sistema, reduzindo custos operacionais e homogeneizando os parâmetros de cobrança de distribuição.

Diante da concentração da atividade em um único ente privado (ainda que sem fins lucrativos), semelhante à constituição de monopólios econômicos, o legislador determinou a criação de um órgão público responsável por fiscalizar a atividade do Ecad e o funcionamento do sistema de gestão coletiva segundo a nova conformação estabelecida pela Lei nº 5.988/73: o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), vinculado ao então Ministério de Educação e Cultura (COSTA NETTO, 1982, p. 24).

No entanto, o sistema implementado pela Lei nº 5.988/73 não atingiu os objetivos inicialmente previstos. Depois de décadas de funcionamento parcial, limitado à realização de reuniões sazonais dedicadas a discussões teóricas quanto a temas relacionados ao Direito Autoral, o CNDA foi dissolvido em 1990 pelo Governo Collor, sob a justificativa de que a intervenção do Estado sobre o empreendimento cultural seria inadmissível e inconstitucional, e que hipoteticamente atentaria contra o princípio da livre associação (COSTA NETTO, 2019, p. 409-413).

Entre a extinção do CNDA e a edição de uma nova lei que reformasse o sistema estabelecido pela Lei 5.988/73, o sistema de gestão coletiva se reorganizou em torno do próprio Ecad e de sua Assembleia Geral. Uma vez que não existia ente responsável por fiscalizar a atuação do Ecad e por editar normas complementares à legislação já omissa e desatualizada em diversas questões relevantes para a formatação da arrecadação e distribuição de direitos autorais, a Assembleia Geral concentrou o poder normativo antes delegado ao CNDA.

---

entidade entre os sócios, associados, dirigentes, conselheiros, doadores ou empregados" (RESENDE, RESENDE e DA SILVA, p. 46)

Em virtude da modalidade de voto proporcional adotada pela Assembleia, no qual o poder de voto correspondia à quantidade de obras que cada associação detinha sob sua responsabilidade, as decisões acerca das regras de arrecadação, distribuição e de representatividade passaram a ser definidas pelas associações que estavam vinculadas a grandes editoras e gravadoras – que controlavam, igualmente, o processo decisório destas. Nesse sentido, por mais de duas décadas as duas maiores associações componentes do sistema Ecad – a União Brasileira de Compositores (UBC) e a Associação Brasileira de Música e Artes (ABRAMUS) detiveram mais de 80% da arrecadação e, conseqüentemente, do poder de voto na Assembleia Geral do Ecad, por abrigarem as maiores editoras de música do mundo (CORMIER CHAIM, 2016, p. 76).

A captura das associações por representantes dos interesses de editoras foi objeto de críticas e de investigações, a exemplo da CPI do Senado que indicou uma série de deformações e irregularidades no sistema de gestão coletiva. A título de exemplo, a União Brasileira de Compositores (UBC) foi presidida desde 1989 pelo então diretor administrativo da própria EMI-Music no Brasil, enquanto o representante da Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (SOCINPRO) na Assembleia do Ecad era o então diretor jurídico da EMI-ODEON e administrador da Editora Tapajós, ligada à estrutura empresarial da Warner Chappell no Brasil (CORMIER CHAIM, 2016, p. 41)

A ausência de um ente fiscalizador e a concentração da atividade arrecadadora em torno de um único ente foi mantida pela Lei nº 9.610/98 (LDA) responsável por atualizar a legislação de direitos autorais no Brasil. No que se refere às regras relativas à gestão coletiva de direitos autorais, a nova lei resultou na desregulamentação do tema (COSTA NETTO, 2019, p. 430-34), formalizando o sistema que já havia se reorganizado no *gap* institucional derivado da extinção do CNDA.

A falta de normas específicas que estabelecessem regras relativas ao recolhimento de direitos autorais e da atividade do Ecad; a manutenção de um monopólio instituído por lei sobre a cobrança e distribuição de direitos autorais na música; a ausência de um ente responsável por fiscalizar e acompanhar sua atividade; e o baixo índice de participação dos membros nos processos decisórios das associações componentes do sistema resultaram em uma deformação do sistema de

gestão coletiva, resultando em sucessivas denúncias de abuso na cobrança de direitos autorais e inefetividade na distribuição de royalties e investigações (CORMIER CHAIM, 2016, p. 70)

Dentre essas destacam-se a investigação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) iniciada em 2010 e que em 2013 condenou o Ecad e seis associações efetivas por formação de cartel e tabelamento de preços, impondo multa de R\$ 38 milhões de reais (posteriormente revertida em ação judicial), e a CPI do Senado Federal, a qual indicou o controle da Assembleia Geral do Ecad por dirigentes de grandes gravadoras e editoras multinacionais, recomendando a edição de uma nova lei específica sobre o sistema de gestão coletiva destinada ao seu aprimoramento (CORMIER CHAIM, 2016, p. 71-77)

Nesse contexto foi aprovada em agosto de 2013 a Lei 12.853/13, responsável por remodelar a legislação autoral brasileira no que tange à organização da gestão coletiva de direitos autorais – cujo ponto mais relevante foi o resgate de um ente fiscalizador à semelhança do extinto CNDA, vinculado à Administração Pública direta.

#### **4.1.2 As reformas da Lei nº 12.583/13 e a recriação de órgão regulador: a SNDAPI e suas competências**

Em uma primeira análise, a Lei 12.583/13 tratou de preencher as inúmeras lacunas deixadas pela Lei 9.610/98, determinando a inversão do protagonismo instituído anteriormente. Muito embora tenha mantido a concentração da atividade de arrecadação e distribuição de direitos autorais no Ecad (optando pela manutenção do monopólio legal adotado em 1973), deslocou o foco da gestão coletiva para as associações e seus titulares.

Ao manter a competência exclusiva do Ecad para arrecadar e distribuir direitos autorais em nome das associações, a nova Lei destacou sua natureza meramente executiva, responsável por implementar os interesses e diretrizes estabelecidas pelas associações e em benefício dos titulares de direitos autorais e conexos (CORMIER CHAIM, 2016, p. 80)

Ainda, estabeleceu regras e parâmetros objetivos relacionados aos métodos de cobrança, porcentagens de distribuição e valores retidos a título de custos

operacionais – antes definidos livremente pela Assembleia do Ecad, capturada pelos interesses das grandes gravadoras – em resposta às lacunas até então identificadas.

A nova lei determinou a adoção e implementação de diversas ações voltadas à transparência, eficiência e isonomia, bem como determinou o investimento na modernização dos mecanismos de controle com novas tecnologias para aprimorar o controle sobre uso de obras, sua cobrança e efetiva distribuição, e à transparência dos processos. Ainda, determinou a redução do teto de retenção a título de pagamento de taxas administrativas (necessárias à estruturação do Ecad e de todo o sistema de gestão coletivas) para o máximo de 15% (antes, 25%), destinando no mínimo 85% do valor recolhido aos titulares (CORMIER CHAIM, 2016, p. 80-81).

No entanto, a modificação mais relevante proposta pela reforma legal foi o retorno da atuação estatal na gestão coletiva de direitos autorais com a criação de um novo órgão responsável por pensar, fiscalizar e regulamentar a atividade dos entes de gestão coletiva, vinculada à Administração Pública à semelhança do extinto CNDA: a Diretoria de Direitos Intelectuais (DDI), ligada à estrutura do então Ministério da Cultura (MinC) (COSTA NETTO, 2019, p. 440).

Isso porque as discussões públicas e as investigações promovidas em torno do tema apontaram para uma ineficiência do sistema após a desregulamentação e desregulação instituídas pela Lei nº 9.610/98, sem a existência de um órgão de controle.

A Lei nº 12.583/13 definiu como competência do órgão não somente a fiscalização sobre as atividades do Ecad, como também a formulação de normas complementares à gestão coletiva de direitos autorais no Brasil, o desenvolvimento e implementação de políticas públicas para o setor, a aplicação de sanções ao Ecad e associações em caso de irregularidades, a resolução de controvérsias por meio de mediação e arbitragem, bem como habilitação de novos entes associados – atividades típicas de um ente regulador.

Sua competência normativa merece destaque diante da necessidade de edição de regras complementares especialmente no que se refere ao pagamento de direitos autorais advindos de recolhimentos derivados de plataformas digitais, na esteira da jurisprudência sedimentada pelo STJ, conforme visto anteriormente, e das sucessivas inovações que se operam no mercado na transição digital.

O processo de implementação da DDI foi fortemente afetado diante das sucessivas reformas administrativas e ministeriais referentes à cultura, inicialmente promovidas pela gestão de Michel Temer (2016-2018), com a extinção do Ministério da Cultura, e posteriormente reiteradas pela gestão de Jair Bolsonaro (2019-presente), com a transferência da Secretaria Especial de Cultura para o Ministério da Cidadania, posteriormente para o Ministério do Turismo e, mais recentemente, para o recém recriado Ministério do Trabalho e Emprego.

Muito embora as reformas administrativas na estrutura do Poder Executivo tenham prejudicado seu trabalho, a DDI (renomeada como Secretaria Nacional de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual – SNDAPI) editou diversas Instruções Normativas no exercício de suas funções relativas à execução pública de obras musicais, e vem desempenhando progressivamente competências de natureza notadamente regulatórias.

Os resultados da reforma legal e da criação de um ente regulador impactaram no sistema de gestão coletiva nacional. Muito embora seus efeitos não esgotem nem expliquem por completo o aperfeiçoamento no sistema, é nítido o crescimento a partir do ano de 2013, ano da aprovação da Lei 12.853/13 e da criação da DDI/SNDAPI, conforme demonstra o quadro abaixo, no qual constam os dados relativos à última década:

**Tabela 1** – Valores arrecadados e distribuídos pelo Ecad entre 2010 e o primeiro semestre de 2021

<b>Ano</b>	<b>Arrecadação (R\$)</b>	<b>Distribuição (R\$)</b>
<b>2010</b>	432,9 milhões	346,5 milhões
<b>2011</b>	540 milhões	411 milhões
<b>2012</b>	624 milhões	470 milhões
<b>2013</b>	1 bilhão e 190 milhões	804 milhões
<b>2014</b>	1 bilhão e 219 milhões	902 milhões
<b>2015</b>	1 bilhão e 26 milhões	771 milhões
<b>2016</b>	1 bilhão e 43 milhões	841 milhões
<b>2017</b>	1 bilhão e 140 milhões	1 bilhão e 153 milhões

<b>2018</b>	1 bilhão e 105 milhões	971 milhões
<b>2019</b>	1 bilhão e 105 milhões	986,5 milhões
<b>2020</b>	905 milhões	947 milhões <sup>14</sup>
<b>1/2021</b>	472 milhões	399 milhões

Fonte: elaborada pelo autor a partir relatórios anuais e balanços patrimoniais do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad)

Percebe-se que os resultados auferidos pelo Ecad – bem como a porcentagem de distribuição – tiveram seus resultados maximizados, em linhas gerais, após a reinserção de ente regulador no sistema de gestão coletiva. Ainda que criada à semelhança do CNDA, a sistemática instituída pela nova Lei tem caráter menos intervencionista que aquela de 1973, já que as funções do órgão estatal se limitam à fiscalização, regulação e suporte aos titulares de direitos autorais e entes de gestão coletiva, bem como imposição de sanções no caso de irregularidades – sem, por exemplo, exercer competência na definição de preços (conforme explícito no §3º do art. 98 da LDA).

Não há, por parte da SNDAPI, interferência direta na atividade econômica ou na precificação, cabendo à administração pública exclusivamente zelar pelo aprimoramento do sistema, fiscalizar o cumprimento dos princípios de transparência e regulamentar posteriormente a própria Lei 12.583/13, editando novas regras para o preenchimento de eventuais lacunas legais.

Nesse sentido, a atuação da SNDAPI se aproxima da lógica do Estado Regulador, ainda que sua estrutura esteja vinculada diretamente ao Poder Executivo e a submeta a instabilidades políticas (a exemplo dos impactos da transferência das estruturas culturais entre ministérios nos últimos anos, que afetou seu desempenho).

---

<sup>14</sup> O valor distribuído em 2020, ano cuja arrecadação foi fortemente afetada pela pandemia de SARS-Cov-19 e pela suspensão de eventos, foi maior do que o arrecadado em razão da liberação de R\$ 170 milhões em créditos retidos e em virtude da política de adiantamento extraordinário aos titulares adotada pelo Ecad e pelas associações de gestão coletiva de direitos autorais.

Suas competências originárias reforçam esse entendimento, como se verá nos subtópicos seguintes.

#### **4.1.2.1 Habilitação das associações e do ente arrecadador**

A nova redação dada pela Lei 12.853/13 ao art. 98, *caput* e §1º da LDA atribui a competência, por parte do SNDAPI, de validar a criação e entrada de novas associações no sistema de gestão coletiva de direitos autorais brasileiro, por meio da concessão de habilitação para exercício da atividade de cobrança de direitos autorais.

A delegação de tal competência ao Estado decorre das barreiras impostas à entrada de novas associações no sistema de gestão coletiva no contexto anterior à sua edição, diante das normas estabelecidas pela Assembleia Geral do Ecad que dificultavam enormemente a entrada de novos *players* no sistema Ecad. Na nova Lei, a habilitação se dá por processo imparcial, conduzido pelo órgão público de acordo com as exigências legais, independentemente do aceite dos demais entes de gestão coletiva, como anteriormente era necessário.

A habilitação depende da apresentação de extensa documentação, listada ao longo do art. 98-A. Os documentos devem comprovar a capacidade do requerente (associações ou ente arrecadador) de cumprir com os novos critérios de transparência.

Os estatutos e regulamentos das associações e do ente arrecadador devem ser validados pela administração pública, desde que compatíveis com os preceitos legais. Da análise da documentação, caso a SNDAPI entenda que a associação pleiteante não é capaz de cumprir com os requisitos da Lei, a habilitação para funcionamento não é concedida. Àquelas regularmente habilitadas, no caso de descumprimento de qualquer uma de suas obrigações, a habilitação concedida poderá ser cancelada, como se verá a seguir. Percebe-se, portanto, a função reguladora se manifestar por meio do acompanhamento da entrada de novos agentes no mercado.

#### **4.1.2.1 Fiscalização sobre a atuação das associações e do Ecad**

Os mesmos documentos listados no art. 98-A para o requerimento de habilitação devem ser apresentados ano a ano ao SNDAPI pelas associações habilitadas, a fim de demonstrar a continuidade do cumprimento das regras de transparência, arrecadação e distribuição instituídas na nova sistemática de gestão coletiva.

Tal obrigação decorre do §1º do art. 98-A. A obrigação de fornecimento anual da vasta documentação enumerada nos incisos I e II do art. 98-A permitem à SNDAPI fiscalizar direta e efetivamente a atuação dos entes de gestão coletiva a fim de constatar o cumprimento dos requisitos legais e a higidez dos processos de recolhimento de direitos autorais, em benefício do melhor funcionamento do sistema de gestão coletiva.

A obrigatoriedade de fornecimento de documentos e de comprovação das informações prestadas ao poder público tem o objetivo não somente de viabilizar a fiscalização sobre a atividade do Ecad e das associações, mas também de garantir transparência e acesso público à documentação fornecida em benefício dos interessados.

O fornecimento desses dados permite não somente a detecção de práticas abusivas, mas também uma compreensão mais acertada dos ajustes necessários ao sistema, permitindo a evolução contínua dos métodos de monitoramento das execuções públicas no Brasil e da atividade de arrecadação e cobrança dos direitos decorrentes dessa. Ainda, a organização documental favorece a criação de bases de dados que contribuem para a digitalização dos processos e das informações, um dos princípios instituídos pela nova regulamentação. Manifesta-se, portanto, não somente a função fiscalizadora do órgão, mas também administrativa.

#### **4.1.2.3 Imposição de sanções**

A Lei 12.853/13 estipulou sanções aos agentes do sistema, a fim de coibir a prática de ilícitos pelos entes de gestão coletiva e por indivíduos que exerçam cargos diretivos nas associações e no Ecad.

No caso de não cumprimento pelas associações e pelo ente arrecadador (Ecad) de suas obrigações legais, após advertência prévia para a regularização, a Lei

determina o cancelamento de sua habilitação, excluindo-a do sistema de gestão coletiva.

O cancelamento da habilitação é realizado pelo órgão público regulador e se dá por meio de processo administrativo ou judicial, no caso de constatar-se descumprimento das exigências de transparência ou de arrecadação e distribuição irregulares. É o que prevê o art. 98-A, §§2º e 3º. Os §§4º e 5º do mesmo artigo garantem a continuidade da arrecadação mesmo no caso de desligamento de uma associação, bem como a obrigação de distribuição dos valores arrecadados aos titulares.

Ressalte-se que estas regras se aplicam, igualmente, ao ente arrecadador. Não obstante o sistema normativo brasileiro tenha optado pelo monopólio de cobrança em torno de um único ente arrecadador, suas atividades dependem de habilitação junto à SNDAPI e podem ser objeto de cassação no caso de comprovação de irregularidades – o que, no caso, ensejaria a criação de novo(s) escritório(s).

Ainda, a Lei 12.583/13 determinou a responsabilização solidária dos dirigentes das associações, os quais passam a responder inclusive com seus bens particulares por eventuais práticas ilícitas, desvios de finalidade e gestão temerosa, por dolo ou culpa, conforme determina o art. 100-A, inserido na LDA na esteira das inovações implementadas pela regulamentação de 2013. O acompanhamento e identificação de irregularidades no exercício das funções de dirigentes é mais uma atribuição de natureza fiscalizadora da SNDAPI, e a imposição de sanções e multas representa outro traço característico da atividade regulatória.

#### **4.1.2.4 Mediação e Arbitragem**

Por fim, a Lei 12.583/13 conferiu a possibilidade de dirimir controvérsias envolvendo o recolhimento e pagamento de direitos autorais por meio de mediação e arbitragem realizada pelo órgão regulador.

Assim, outra competência exercida pela SNDAPI que a vincula à lógica de Estado Regulador diz respeito à resolução de conflitos, conferindo maior celeridade a litígios desse gênero, fornecendo meio alternativo à judicialização em casos envolvendo os agentes do setor (usuários - titulares de direito autoral - associações - ente arrecadador).

É o que determina o art. 100-B, inserido na LDA no escopo da nova lei de Gestão Coletiva de Direitos Autorais:

Art. 100-B. Os litígios entre usuários e titulares de direitos autorais ou seus mandatários, em relação à falta de pagamento, aos critérios de cobrança, às formas de oferecimento de repertório e aos valores de arrecadação, e entre titulares e suas associações, em relação aos valores e critérios de distribuição, poderão ser objeto da atuação de órgão da Administração Pública Federal para a resolução de conflitos por meio de mediação ou arbitragem, na forma do regulamento, sem prejuízo da apreciação pelo Poder Judiciário e pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, quando cabível.

#### **4.1.3 Conclusões sobre a natureza do SNDAPI**

Como se viu, a regulação na música se limita a um recorte do segmento: a gestão coletiva de direitos autorais, concernente à arrecadação e distribuição de direitos desse gênero aos seus titulares.

A partir das inúmeras atribuições conferidas à SNDAPI – fiscalizar, normatizar, acompanhar o cumprimento de regras e requisitos formais, habilitar a entrada de novos *players* no mercado, impor sanções e mediar conflitos – resta evidente sua natureza reguladora.

Tratando-se de ente componente da Administração Pública Direta, o órgão não possui autonomia administrativa e financeira, restando vulnerável a humores políticos ou a súbitas mudanças no perfil de governo e em práticas de gestão. Ainda, observa-se que a SNDAPI não possui funções voltadas ao fomento do setor musical (muito embora o faça, indiretamente, por meio do aperfeiçoamento do sistema, garantindo a maximização dos resultados e o efetivo pagamento em favor dos titulares de direitos autorais). O exercício de suas atividades poderia ser aprimorado com maior autonomia administrativa e orçamentária.

#### **4.2 A REGULAÇÃO DO CINEMA BRASILEIRO – A ANCINE**

A experiência regulatória no cinema brasileiro é distinta da música. Nesta, foi criado um órgão regulador ligado à Administração Pública direta. Sua constituição se deu em razão da concentração da atividade de arrecadação e distribuição em torno de um só ente (o Ecad), constituindo monopólio legal, e das lacunas legais deixadas pela LDA. Naquela, a intervenção do Estado se deu de maneira distinta, por meio da criação de uma agência reguladora especialmente dedicada ao mercado cinematográfico nacional, em virtude da dissolução de uma empresa estatal antes fundamental para a constituição do mercado de cinema brasileiro.

A existência de uma agência reguladora fundada e dedicada exclusivamente à regulação de um nicho cultural tão específico do setor audiovisual – a produção de longas metragens nacionais – deve ser analisada considerando as particularidades da experiência brasileira, assim como nos demais casos referentes à regulação econômica nacional (LOPES, 2018, p. 73). Muito embora sua organização seja a de uma agência reguladora inspirada na tradição norte-americana, as particularidades da Agência Nacional de Cinema (ANCINE) a distanciam desse modelo, com boa parte da doutrina reconhecendo sua natureza preponderantemente fomentadora.

A ANCINE é a única agência reguladora dedicada à regulação de um mercado cultural e tem por atribuição regular a produção de filmes brasileiros. Constituída na forma de uma autarquia especial, a princípio independente financeira e administrativamente do Poder Executivo, a ANCINE foi criada no fim do governo de Fernando Henrique Cardoso, por meio da edição da Medida Provisória (MP) nº 2.228-1 de 06 de setembro de 2001 – posteriormente alterada pela Lei nº 10.454, de 13 de maio de 2002 (PÓ e ABRUCIO, 2006, p. 684).

Dentre as agências reguladoras, a ANCINE está inserida nas chamadas agências de terceira geração e é considerada um caso peculiar em relação às demais agências reguladoras. Dentre as dez entidades qualificadas como agências reguladoras na esfera federal, fundadas entre dezembro de 1996 e setembro de 2001 (Aneel, ANP, Anatel, Anvisa, ANS, ANA, Antaq, ANTT, Anac e Ancine), seja pela doutrina ou pela própria lei, a exemplo das instituições enumeradas na Lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019 (também referida como nova lei das agências reguladoras), a ANCINE é a única que não foi instituída por meio de lei específica, mas de Medida Provisória (PACHECO, 2006, p. 529), a qual permanece em vigor uma vez que foi

editada antes da publicação da Emenda Constitucional (EC) 32/2001, não tendo sido apreciada pelo Congresso Nacional até hoje.

É no mínimo curioso que um nicho tão específico da cultura brasileira – mais especificamente aquele relacionado à produção de filmes longa-metragem – tenha conseguido conquistar a criação de uma agência reguladora especificamente dedicada ao mercado cinematográfico nacional, uma vez que a criação de agências reguladoras, em geral, pressupõe mercados altamente estruturados cuja regulação é requerida muitas vezes pelos próprios *players*.

Sua criação é fruto de um processo histórico ligado à tradição desenvolvimentista do Estado brasileiro na indução de mercados por meio de sua atuação direta, característica de nações de capitalismo tardio como é o caso do Brasil. A economia brasileira, como país latino americano colonizado e agrário, dependeu da atuação direta do Estado para a criação de sua base industrial e de mercados internos (LOPES, 2018, p. 73-74). A proclamação tardia da República com o golpe militar de 1889 e a manutenção da matriz agrária na Primeira República (1889-1930) mantiveram em grande parte a matriz econômica até então constituída.

Com o golpe militar que culminou na Revolução de 1930 e deu início ao Estado Novo e à Era Vargas, o Brasil acelerou seu processo de industrialização, o qual foi conduzido em grande parte pelo próprio Estado. Visto como principal agente e promotor do desenvolvimento nacional, a tradição planificadora voltada à industrialização e criação de mercados internos se tornou característica do Estado brasileiro, à semelhança da experiência latino-americana em geral (BERCOVICI, 2006, p. 22).

Esse aspecto é relevante para compreender a criação da ANCINE uma vez que ela é fruto da dissolução súbita da única empresa estatal que existiu na área da cultura, a Embrafilme – Empresa Brasileira de Filmes S.A – sociedade de economia mista fundada em 1969 para financiar filmes nacionais e distribuí-los no Brasil e no exterior.

#### **4.2.1 A criação e dissolução da Embrafilme: a dependência do mercado cinematográfico da intervenção direta do Estado**

Foi justamente no governo Vargas e na esteira de um Estado ativo e interventor, voltado à formação de mercados internos, que surgem as primeiras políticas culturais governamentais no Brasil. Sob a coordenação do então Ministro da Educação e Cultura Gustavo Capanema (1934-1945), a área cultural seguiu a tendência de expansão do Estado em setores pouco ou nada explorados, a exemplo da regulamentação do emprego na área da produção cinematográfica e da fundação do Instituto Nacional do Cinema (INC), em 1936, da criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) e do Instituto Nacional do Livro (INL), ambos em 1937 (CALABRE, 2005, p. 3).

Com o golpe militar em 1964, a intervenção do Estado e a planificação econômica em setores culturais se intensificou. A política de controle estatal sobre a cultura resultou em uma ampla reformulação da legislação e da administração pública correlata. Foi criado o Plano de Ação Cultural (PAC) na gestão do ministro da cultura Jarbas Passarinho (1969-1973), voltado ao financiamento de eventos culturais, e o Plano Nacional de Cultura (PNC), instituído em 1976 como orientação nacional para as atividades de cultura na tentativa de uniformizar os programas de cultura e promover a colaboração entre órgãos federais, ministérios, secretarias estaduais e municipais, além de entes do terceiro setor e instituições privadas (MICELI, 1984, p. 55-57).

Foi nesse contexto que nasceu a Embrafilme, fundada ainda no início da gestão de Jarbas Passarinho por meio da edição do Decreto-Lei nº 862 de 12 de setembro de 1969. Criada na forma de sociedade de economia mista, controlada majoritariamente pela União, o objetivo da Embrafilme era difundir a produção nacional de filmes no exterior e financiar a produção cinematográfica brasileira. Sua atuação buscava estruturar o mercado em um dos pontos mais frágeis e custosos da cadeia cinematográfica na época: o escoamento e distribuição das películas (GATTI, 2007, p. 03).

Há de se questionar as razões que levaram à criação de uma estatal responsável por subsidiar a produção cinematográfica nacional em plena ditadura militar. As relações entre o setor cinematográfico e o Estado no período são envoltas em relações complexas e contraditórias – indicativas, inclusive, de influência voltada a interesses pessoais – que se expressam tanto no modo de produção do cinema

nacional como no fenômeno estético e ideológico característicos das produções do período (RAMOS, 1983)

Em outro viés, a atuação direta do Estado no mercado emergia da própria complexidade e dos elevados custos setoriais. A produção cinematográfica nacional nunca conseguiu estabelecer as bases econômicas necessárias ao seu desenvolvimento autossustentável para fazer frente a um mercado ultra competitivo a nível global – afinal, a produção e distribuição da indústria americana representou um dos primeiros domínios de mercado no processo de globalização, tornando quase que inevitável a dependência da intervenção do Estado, direta ou indiretamente, para a sustentação da produção nacional. Nesse sentido, a indústria cinematográfica brasileira sempre foi frágil e carente de bases econômicas e políticas para se sustentar sem forte apoio estatal (BAHIA, 2012, p. 113)

Indubitavelmente, a atuação da estatal resultou em crescimento considerável da participação de filmes nacionais no mercado brasileiro. Com o fomento direto de diversos filmes e a operacionalização da distribuição, a participação de películas brasileiras no mercado cinematográfico nacional chegou a cerca de 30% dos espectadores na década de 1970 (AMÂNCIO, 2000, p. 20-35). A Embrafilme participou direta ou indiretamente na produção, financiamento e distribuição de mais de 80 filmes entre sua fundação e extinção (GATTI, 2007, p. 69-80).

A contribuição e impacto positivo da atuação da Embrafilme no desenvolvimento do cinema nacional é evidente, muito embora uma série de controvérsias tenham cercado sua existência, a exemplo das acusações de clientelismo na escolha dos projetos financiados e da prática de corrupção. Não obstante, o sucesso na empreitada resultou na profissionalização da cadeia produtiva e o fortalecimento de agentes ligados à produção cinematográfica nacional – induzindo não somente o amadurecimento do mercado, como também a organização de um grupo de interesse específico ligado ao mercado audiovisual (IKEDA, 2011, p. 10).

O governo Collor dissolveu subitamente a Embrafilme em 1990, na esteira do PND e de sua política de transição brusca para uma concepção neoliberal de Estado-mínimo. Tratando da cultura como um “problema de mercado”, pelo que o Estado não deveria ter qualquer responsabilidade sobre o mercado cinematográfico, o qual “passou a ser visto como qualquer outra área produtiva”, a gestão Collor extinguiu a

estatal sem discussão pública ou abertura de processo administrativo que pudesse contribuir para uma transição ou elaboração de uma estratégia para o setor do audiovisual (MARSON, 2003, p. 17-18)

Diante desse cenário, o setor viveu intensa crise, levando à participação de filmes nacionais no mercado cinematográfico a menos de 1% no próprio mercado brasileiro em 1990, contra 35% em 1980, no auge da atuação da estatal e já no esgotamento da ditadura e dos mecanismos de censura (IKEDA, 2011, p. 1).

Com o desligamento da estatal em 1990 e a crise inflacionária da década, o setor dependeu quase que exclusivamente da política de incentivo via renúncia fiscal, criada por iniciativa do então Ministro da Cultura Celso Furtado por meio da edição da Lei nº 7.505 de 02 de julho de 1986, conhecida como Lei Sarney – posteriormente suplantada pela Lei nº 8.313 de 23 de dezembro de 1991, a qual instituiu o Programa Nacional de Cultura (Pronac) referida, popularmente, como Lei Rouanet (Ministro da Cultura de Collor que atualizou e aprimorou as ideias inseridas por Furtado).

Mesmo com a edição da Lei Rouanet, o setor não conseguiu se recuperar da dissolução de uma empresa estatal responsável por subsidiar um dos segmentos mais custosos (distribuição de filmes) na cadeia produtiva audiovisual. Agentes do setor pressionaram o poder público para garantir a edição de uma lei específica de fomento – o que resultou na edição de lei de incentivo especificamente voltada ao setor cinematográfico nacional, com a publicação da Lei 8.685 de 20 de julho de 1993, conhecida como Lei do Audiovisual – destacando o fomento à produção de películas de longa-metragem das demais produções culturais aglomeradas na Lei Rouanet. Mesmo que a Lei tenha representado uma pequena recuperação ao setor, seu impacto foi insuficiente - em 2001 a participação de filmes brasileiros no próprio mercado nacional ainda não tinha ultrapassado a barreira dos dois dígitos, se limitando a 9,3% (IKEDA, 2011).

A extinção de empresa estatal que atuou diretamente no mercado do cinema por cerca de duas décadas – a partir da prática intervencionista e desenvolvimentista operada por meio da Embrafilme; e a transferência do fomento à cultura à iniciativa privada sob a tutela de uma cosmovisão de tendência neoliberal, traduzida nas leis de incentivo por meio de renúncia fiscal, paralisaram o setor e mergulharam a produção audiovisual brasileira em anos de crise.

Diante da insuficiência da Lei do Audiovisual como meio de recuperação e independência do setor da atuação direta do Estado, diversos setores da classe cinematográfica se reuniram no III Congresso Brasileiro de Cinema (CBC), realizado em 2000, concluindo pela necessidade de aprofundamento das ações do Estado para preenchimento do vácuo deixado pela Embrafilme, requerendo a criação de um novo órgão central vinculado à Presidência da República.

Consta do relatório final do III CBC o seguinte trecho:<sup>15</sup>

EM RELAÇÃO À ORGANIZAÇÃO DO ESTADO. [...] 4. Criar, no âmbito governamental, um órgão gestor da atividade cinematográfica no Brasil, com participação efetiva do setor e com finalidades amplas de ação como agente formulador de políticas e de informação, agente regulador e fiscalizador de toda a atividade e agente financeiro. Esse ORGÃO GESTOR deverá se posicionar dentro do governo, ligado à Presidência da República e dele deverão participar representações do Ministério da Cultura, Ministério das Comunicações, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e Ministério das Relações Exteriores.

Como se vê, o pleito de criação de um órgão regulador ligado ao Poder Executivo partiu do próprio setor audiovisual, diante da extinção sem planejamento da Embrafilme – a qual exercia papel fundamental, ainda que de intervenção direta do Estado em atividade econômica alheia às suas competências originárias, para a constituição do mercado cinematográfico nacional – e da insuficiência do fomento setorial por meio de leis de incentivo fiscal.

É desse processo – caracterizado pela indução de mercados por um Estado desenvolvimentista e fortemente interventor – e do pleito de grupo de interesse minimamente constituído para fazer representar seus interesses perante o poder público (a nosso ver, resultado colateral da própria indução estatal nos anos de Embrafilme) que emerge a Agência Nacional do Cinema.

---

<sup>15</sup> Disponível em <https://congressobrasileirodecinema.wordpress.com/historico/3%c2%ba-congresso-brasileiro-de-cinema/>

A escolha da conformação de uma Agência Reguladora se deu na esteira dos anseios manifestados pela categoria no III CBC e da nova visão sobre o papel do Estado adotada especialmente durante o governo de Fernando Henrique Cardoso (1994-2001).

#### **4.2.2 A fundação da ANCINE e suas características**

Muito embora a intervenção estatal no domínio econômico em geral tenha origem em falhas de mercado que impedem o equilíbrio das forças competitivas, atraindo a intervenção do Estado na organização dos mercados (TAVARES, 2007, p. 176), a criação da ANCINE tem outras origens, como se viu no tópico anterior: a dissolução sem planejamento de uma empresa estatal relevante para a estabilidade da cadeia produtiva, mais especificamente no setor de distribuição, e a falha por parte do Estado em reformatar um sistema dependente de sua atuação direta.

A fundação de uma agência reguladora dedicada ao setor cinematográfico nacional deriva diretamente da pressão de grupos de interesse organizados do audiovisual sobre o poder executivo. O pleito, formalizado por meio do Terceiro Congresso Brasileiro de Cinema, requereu explicitamente a criação de um órgão ligado à Presidência da República para conduzir as políticas públicas relacionadas ao cinema nacional. Pode-se dizer, dessa forma, que a criação de uma massa crítica dentre os atores setoriais possibilitou a criação de uma agência voltada ao segmento (FORNAZARI, 2006), como resultado da organização formal de grupos de interesse no setor do audiovisual.

Esse aspecto reforça a dependência dos mercados brasileiros da indução do Estado na sua formação. Ao mesmo tempo, o fato de uma empresa estatal ter alçado o segmento a importantes resultados também teve como efeito colateral a formação de uma cadeia produtiva composta por *players* suficientemente organizados ao ponto de terem seus interesses representados perante o poder público – o que não é característico dos setores culturais em geral.

A ANCINE foi criada por meio de Medida Provisória – a única dentre as dez agências reguladoras não fundada em lei específica. A Medida Provisória (MP) nº 2.228-1 de 06 de setembro de 2001 segue sendo o ato constituidor da agência e não foi apreciada pelo Congresso Nacional mais de duas décadas após sua edição. A MP

segue valendo por ter sido publicada antes da Emenda Constitucional nº 32, promulgada em 04 de setembro de 2001 e publicada no Diário Oficial da União em 12 de setembro.

A profusão de agências reguladoras, característica da transição do Estado de Bem-Estar Social para um modelo neoliberal, foi conduzida no Brasil especialmente durante os governos do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, na esteira da experiência internacional de descentralização da prestação de serviços públicos e de redução da atuação do Estado em mercados em benefício desse tipo de inovação institucional, em forma de agências especializadas (PACHECO, 2006).

As agências reguladoras, tipificadas como autarquias de tipo especial, são representadas por um modelo marcado pela autonomia decisória e orçamentária, necessárias ao exercício independente de suas atribuições, dotada de capacidade normativa, composição técnica e especializada de pessoal, cujos processos visam contribuir para o desenvolvimento econômico e social voltado à continuidade e universalidade dos serviços ou atividades regulados (GOMES, 2019) – visando, em última instância, garantir o interesse público, bem como proteger e objetivar direitos fundamentais.

O fato de ser a única agência fundada por meio de MP, constituída em paradoxal caráter provisório e perpétuo, é a primeira particularidade da ANCINE em relação ao modelo institucional das demais agências reguladoras.

Constituída na forma de uma autarquia especial, sendo um “órgão de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica, dotada de autonomia administrativa e financeira”, conforme define o art. 5º da medida provisória que a institui, a ANCINE é uma agência reguladora de atividade privada de interesse público, tanto na forma como em conteúdo (STUCKERT, 2013, p. 217).

Não obstante suas competências sejam de natureza regulatória, existe forte compreensão no sentido de tratar-se a ANCINE de agência de fomento, e não de agência reguladora (PACHECO, 2006, p. 541). Para analisar o fundamento dessa visão amplamente difundida, analisemos as competências e atribuições da ANCINE, bem como sua conformação.

#### **4.2.2.1 Competências da ANCINE**

Os artigos 6º e 7º da MP 2.228-1/2000 definem as atribuições da ANCINE ao enumerar uma série de competências de eixos temáticos: executar a Política Nacional de Cinema conforme determinado pelo Conselho Superior de Cinema; promover a indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, sua competitividade e auto-sustentabilidade; combater a prática da pirataria; fiscalizar o cumprimento da legislação referente às leis de incentivo do setor (Lei do Audiovisual); aplicar multas e sanções; cuidar do registro de agentes setoriais; regular a concessão de patrocínios e fomento; estimular a universalização de acesso às obras, especialmente nacionais; garantir a participação diversificada de produções estrangeiras no mercado brasileiro; estimular a participação de obras nacionais em todos os segmentos, inclusive no exterior; estimular a capacitação de recursos humanos e o desenvolvimento tecnológico e zelar pelos direitos autorais.

Como se vê, a legislação define uma série de competências regulatórias características à ANCINE: fiscalização, habilitação de agentes setoriais, imposição de sanções, elaboração de estratégias setoriais para desenvolvimento.

A atuação da agência é voltada tanto ao desenvolvimento econômico do setor como a objetivos sociais, focados na missão de universalizar a cultura e garantir o amplo acesso a obras cinematográficas. Destaca-se fortemente pelo papel fomentador, na medida em que é a gestora do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA) responsável pela organização de concorrências públicas e editais para a produção de filmes.

Não obstante a série de competências destinadas à ANCINE, seu caráter regulador é questionado uma vez que a agência foi criada sobretudo para administrar os recursos oriundos de incentivos fiscais, responsáveis por boa parte do fomento ao setor após a dissolução da Embrafilme, muito embora a princípio tenha uma função de intermediar a relação entre Estado e sociedade civil com vista ao desenvolvimento econômico e social. Os questionamentos sobre a natureza da ANCINE, última agência criada no movimento de “agencificação” do Estado brasileiro, ganham força na esteira do entendimento segundo o qual a regulação econômica e social se misturam em sua missão institucional, e deslocam o caráter regulador para uma natureza essencialmente fomentadora (BAHIA, 2012, p. 104-105).

#### **4.2.2.2 Autonomia orçamentária**

A agência tecnicamente cumpre o requisito de possuir dotação orçamentária própria, muito embora dependa de uma única fonte de receita contínua: o recolhimento da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – CONDECINE, imposto cobrado dos entes regulados quando da veiculação, produção, licenciamento e distribuição de obras cinematográficas em território nacional, assim como na prestação de serviços que utilizem meios de comunicação audiovisual de acesso condicionado – conforme regras estabelecidas nos artigos 31 a 40 da MP 2228-1/01. É responsável, ainda, pela gestão do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA).

Outras fontes próprias de receita derivam de multas, dotações orçamentárias, execução de dívidas, doações, remuneração por serviços prestados e venda de publicações (BAHIA, 2012, p. 106). Ainda que a autonomia administrativa e financeira esteja expressa no art. 5º da MP nº 2.228 de 2001, essa autonomia é relativa: os valores recolhidos a título de CONDECINE e demais meios de receita têm sido insuficientes para o aperfeiçoamento dos mecanismos de gestão e pessoal, o que cria a dependência de dotação orçamentária por parte da União.

#### **4.2.2.3 Autonomia administrativa**

No que se refere à autonomia administrativa, o órgão máximo de deliberação, responsável inclusive por elaborar a política nacional de cinema – portanto, responsável pelo planejamento setorial – é o Conselho Superior de Cinema, colegiado composto em sua maioria por autoridades políticas vinculadas ao governo (sete componentes representados por autoridades ministeriais equivalentes aos ministros da Justiça, Relações Exteriores, Fazenda, Cultura, Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Comunicações e Casa Civil) e por cinco representantes da indústria cinematográfica nacional indicados pela Presidência da República, conforme previsto nos artigos 3º e 4º do referido normativo. O órgão está vinculado à estrutura ministerial.

A diretoria da ANCINE, formada por estrutura colegiada com mandatos não coincidentes dotados de estabilidade, tecnicamente não possuem subordinação

hierárquica ao Ministério gestor – mas, em contrapartida, é responsável pela execução do Plano Nacional de Cultura conforme estabelecido pelo Conselho Nacional de Cinema.

Dessa forma, não obstante se qualifique como uma agência reguladora formalmente, na prática tem ganhado força a tese de que o órgão se assemelha mais a uma agência de fomento do que de regulação (PACHECO, 2006, p. 530), argumento fortalecido pela percepção de que sua constituição se deu de maneira casuística perante uma demanda setorial específica, em meio à conjuntura de criação de agências reguladoras e da dinamicidade que este modelo permite (MARTINS, 2002, p. 268).

Ainda, o fato de tratar de um segmento ligado a um setor cultural, igualmente, reflete na visão de que o tipo de regulação exercida pela agência é social e voltada à regulação de políticas de incentivo fiscal (PÓ e ABRUCIO, 2006, p. 685), tendo herdado de maneira indevida o modelo de agências reguladoras de infraestrutura, estendido erroneamente à agência de natureza social – cujo objetivo é proteger o direito dos usuários e fiscalizar mercado pré-existente (PACHECO, 2006, p. 541).

Nesse sentido, a tese que une a visão de uma agência de caráter social (que herdou indevidamente as características de agências de infraestrutura) e de uma agência majoritariamente executiva relativizam a autonomia administrativa da ANCINE, muito embora constituída como agência reguladora legalmente (PEREIRA, 2006, p. 259).

Conclui-se, portanto, que é inegável a particularidade da ANCINE frente às demais agências reguladoras e que, muito embora formalmente trate-se de um ente regulador de natureza especial, o desenvolvimento de suas atividades é prejudicado por uma série de aspectos que relativizam sua independência orçamentária e administrativa, impactando negativamente sua atuação sobre o mercado cinematográfico.

#### **4.2.3 Conclusões acerca da natureza da ANCINE**

Como se viu, a visão segundo a qual a ANCINE se trata de agência de fomento de natureza executiva, em detrimento de sua conformação regulatória, guarda relação com sua atuação preponderantemente voltada à fiscalização de

patrocínios derivados da Lei do Audiovisual e acompanhamento de prestação de contas, bem como do incentivo direto via FSA. No entanto, suas demais atribuições possuem nítido caráter regulatório e a existência de um ente administrativo desse porte poderia ter muito mais influência sobre o desenvolvimento do mercado audiovisual.

A natureza da ANCINE como órgão regulador poderia, inclusive, servir de estrutura para a ampliação de suas atividades para outros setores criativos. A existência de uma agência reguladora voltada a setor cultural poderia beneficiar diversos outros mercados culturais que necessitam acompanhamento contínuo por parte do Estado.

Nesse sentido, a aglomeração de outros setores em torno da Agência Nacional do Cinema – a exemplo do SNDAPI e outros órgão ligados à Administração Pública direta, componentes das estruturas administrativas e ministeriais responsáveis por atividades relacionadas a mercados culturais – poderia contribuir para um amadurecimento da relação entre Cultura e Estado.

Diante da natureza híbrida e do fato de que a MP que constitui a ANCINE ainda ter caráter provisório, a necessidade de reforma na constituição da agência poderia agregar discussões em torno da regulação da cultura nacional por meio de um instrumento institucional do porte de agências reguladoras, aperfeiçoado para conferir a real natureza de uma agência deste gênero. Destaque-se, um tipo de regulação que não tenha a intenção de intervir diretamente ou assumir, por parte do Estado, o protagonismo no desenvolvimento do setor, mas que esteja apto a atuar como parceiro planejador e investidor no desenvolvimento dos mercados culturais nacionais.

A visão, portanto, seria a possibilidade de converter a ANCINE, agência reguladora destinada ao mercado cinematográfico (mais especificamente seu nicho de longa metragem) ao mercado das Artes e Culturas em geral – em possível Agência Nacional das Artes e Cultura Brasileira (ANACB), por exemplo, conforme conclusão a seguir.



## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve a intensão de compreender os setores culturais através de sua dimensão econômica. Identificou-se que os mercados culturais tem sido inseridos no escopo da economia criativa, ramo da economia que vem ganhando cada vez mais relevância no debate internacional voltado ao desenvolvimento econômico e social.

Muito embora os setores marcadamente culturais representem uma parcela menor dos resultados financeiros da economia criativa quando comparados aos setores ligados à tecnologia e inovação, restou patente sua relevância para o desenvolvimento destes em virtude do caráter transversal da produção de bens culturais para as várias áreas da economia criativa. Da mesma forma, identificou-se um potencial subaproveitado destes setores, bem como a tendência de deformação nos resultados em virtude da crônica falta de tratamento de dados e da elevada taxa de informalidade característica de mercados culturais.

Uma vez identificada a relevância econômica da cultura, abordamos sua dimensão de direitos fundamentais com o intuito de inserir a regulação destes mercados pelo Estado, através da ótica do Estado Regulador. Para tanto, analisamos com maior profundidade a Constituição Federal de 1988 para identificar a dimensão de direitos fundamentais conferida aos direitos culturais diante da existência de uma ordem constitucional cultural – na ótica de José Afonso da Silva, especialmente.

Ultrapassados estes aspectos, refletimos acerca das características do Estado Regulador e da regulação sob a ótica do Direito Regulatório, com o intuito de identificar seus pressupostos e aproximá-los das características dos mercados culturais.

A conclusão a que se chegou indica que os pressupostos do Estado Regulador são plenamente compatíveis com as particularidades de setores criativos, especialmente em virtude de sua aptidão para lidar com a necessidade de atualização das normas perante a aceleração de transformações advindas da revolução digital, dando especial destaque para sua função de administrador das leis e planejador de mercados, fundado no princípio da cooperação social.

Destacou-se, ainda, sua personalidade de Estado Empreendedor como tomador de riscos para a atração de talentos voltada ao desenvolvimento de mercados com elevado risco, atuando como parceiro e espécie de sócio investidor em áreas relevantes para o desenvolvimento econômico e ao interesse público – como o são os setores culturais.

Ao fim, tratamos da experiência regulatória em mercados culturais no Brasil, mais especificamente nos setores da música e do cinema. Em ambos, identificou-se que a origem da regulação não se deu em virtude do reconhecimento da relevância destes mercados, ou por sua própria estruturação, mas por razões específicas relacionadas ao contexto de desenvolvimento de cada um destes mercados: no caso fonográfico, mais especificamente no que tange à regulação do sistema de gestão coletiva de direitos autorais, em virtude da constituição de um monopólio legalmente instituído; no cinema, por conta da dissolução de empresa estatal relevante para a conformação do mercado fonográfico e da qual este era altamente dependente.

Muito embora as experiências no mercado brasileiro indiquem sua regulação formal por parte do Estado – na música, por meio de órgão componente da Administração Pública direta e, no caso do cinema, por autarquia especial em forma de agência reguladora – concluiu-se que o trabalho de ambas as entidades possui características regulatórias, cuja execução é afetada por uma série de fatores.

No caso da ANCINE, muito embora sua estrutura seja baseada na espécie mais bem quista de ente regulador, dotada de aparente independência administrativa e orçamentária, o exercício de suas funções é limitado e a afasta do conceito clássico de agência reguladora, aproximando-se de uma agência de fomento e executiva. O fato de ter sido criada e permanecer fundamentada em medida provisória reforça a ideia de que a agência foi criada mais em função da conjectura que levou à dissolução abrupta da Embrafilme e da profunda crise vivida pelo setor audiovisual do que a intenção em de fato regular um setor para a promoção de seu desenvolvimento econômico em virtude de sua relevância para a economia nacional<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> É necessário destacar que a criação da ANCINE ensejou discussões acerca da regulação de todo o setor audiovisual (incluindo telecomunicações, radiodifusão, comunicação eletrônica, etc). O Governo Lula apresentou minuta de projeto de lei propondo a conversão da ANCINE em Agência Nacional do

Já no que se refere ao SNDAPI, sua atuação foi fortemente afetada pelas sucessivas mudanças administrativas operadas desde sua criação. Sua condição de ente ligado à estrutura ministerial a coloca em posição vulnerável, exposta a humores políticos e guinadas derivadas de mudanças de personalidade de gestão. Muito embora a reforma legal de 2012 tenha resgatado a figura de um ente fiscalizador semelhante ao CNDA, a secretaria ainda corre risco de sofrer com o mesmo destino dado ao este – qual seja, a de inefetividade por falta de continuidade no desempenho de suas funções, afetada diretamente pelo Poder Executivo.

A ANCINE e a SNDAPI são exemplos de órgãos criados para acompanhar nichos de mercados culturais, representativos da atividade do Estado sobre a cultura nacional. No entanto, diversos outros exemplos se inserem nessa dinâmica, a exemplo do processo de registro de obras intelectuais, literárias e científicas, realizado pelo Escritório de Direitos Autorais (EDA) vinculado à Biblioteca Nacional.

Uma vez demonstrada a relevância dos mercados culturais e seu potencial de desenvolvimento – não materializado muito em função de sua desestruturação e da falta de condições para a criação de um ecossistema sustentável, a natureza de direitos fundamentais dos direitos culturais e a plena compatibilidade do Estado Regulador com a regulação deste gênero de mercado, entende-se que o aprimoramento dessa concepção e sua aplicação sistêmica e técnica poderia representar a solução para a dicotomia Estado-mercado-cultura.

Para além: aproveitando-se do aparente “erro conceitual” na criação de uma agência reguladora para o cinema, conforme reconhecido por boa parte da doutrina, e do fato de que a Agência Nacional de Cinema segue sendo regida por Medida Provisória – a qual, ainda que tenha validade em virtude de sua publicação anterior à Emenda Constitucional nº 32 de 2001, inevitavelmente terá de ser apreciada pelo Congresso Nacional – entende-se que seria importante aproveitar esse ensejo para discutir à fundo a regulação da cultura nacional, eventualmente aproveitando-se da

---

Cinema e do Audiovisual (Ancinav), amplamente criticada por representar ameaça à censura e à liberdade de imprensa. A regulação das comunicações é um tema polêmico e promove sentimentos de repulsa, mas precisa ser abordado diante dos efeitos da revolução digital sobre a cultura, política e sociedade atuais.

estrutura de uma agência reguladora já criada para fins exclusivos de regulação de um nicho cultural (cinema), estendendo seu escopo de atuação para outros mercados deste gênero.

A construção de lógicas regulatórias aprimoradas voltadas aos diversos setores culturais e suas distintas manifestações; a organização de suas cadeias produtivas e formalização de profissões ligadas à cultura; o planejamento setorial por meio da Política Nacional de Cultura e sua implementação; a fiscalização sobre a atividade dos mercados, identificando deformações e barreiras à entrada de novos *players* e sua evolução; todas essas dinâmicas poderiam ser exercidas por meio de uma agência reguladora qualificada para tanto, apta a contribuir para o amadurecimento dos mercados culturais e contribuindo para o desenvolvimento da economia nacional e para a valorização do Brasil como um dos maiores polos de produção cultural do planeta (o que, mesmo sem estrutura e incentivo, já o é).

A atuação do Estado Regulador em sua personalidade empreendedora ressignifica a relação entre Estado e Cultura, uma vez que a cultura deixa de ser retratada como um peso ou um gasto de orçamento público para se tornar um investimento – ainda que de alto risco e elevado custo. O Estado tem papel preponderante na criação dessas condições, não necessariamente intervindo ou fomentando diretamente, mas atuando em conjunto, sob o princípio da cooperação social, com agentes setoriais conscientes dos desafios característicos de cada mercado.

A existência de uma agência reguladora exclusivamente dedicada a um recorte de um setor específico da cultura brasileira representa um subaproveitamento do que uma agência reguladora poderia ser para os tantos mercados culturais que sofrem com a ausência ou omissão do Estado em sua dinâmica tripartite. Necessita, para além, da capacidade dinâmica que só o Estado Regulador pode fornecer diante da progressiva e exponencial pressão normativa exercida pelas inovações tecnológicas derivadas da revolução digital.

Nesse sentido, entende-se que as discussões sobre a regulação de mercados culturais necessitam maior atenção visando uma janela de oportunidade, quiçá com vista à transformação da ANCINE em uma agência voltada à regulação das artes e da cultura brasileira (algo como Agência Nacional das Artes e Cultura Brasileira –

ANAB), apta a concentrar todas as atribuições estatais em sua missão constitucional de materializar os direitos fundamentais que são os direitos culturais.

A discussão é ousada – considerando a resistência anterior à ampliação do escopo da ANCINE no caso Ancinav, referente à regulação das telecomunicações em geral. Ainda que a proposta vislumbrada no presente trabalho não se assemelhe a esta, é inevitável lidar com a tênue fronteira entre Estado e cultura, entre controle e censura.

A partir do vislumbre ora proposto, é possível traçar modelagens regulatórias que tornassem possível a materialização dessa aparente utopia, considerando a relevância de coparticipação no processo regulatório – o que, arrisca-se dizer, aponta para maior compatibilidade com modelos de regulação responsiva, que pode ser objeto de estudos posteriores voltados ao aprimoramento do tema.

Dessa forma, tomando como base a ideia de que “a criatividade é a indústria do amanhã”, expressão utilizada pela Organização das Nações Unidas para descrever a relevância da cultura no desenvolvimento global ao eleger o ano de 2021 como o Ano Internacional da Economia Criativa, arrisca-se complementar a máxima atraindo uma vez mais o foco para a necessidade de identificar os mercados culturais para além do próprio conceito de economia criativa: a cultura é o capital do futuro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

AMÂNCIO, T. **Artes e manhas da Embrafilme: cinema estatal brasileiro em sua época de ouro (1977-1981)**. Niterói: EdUFF, 2000.

ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 3ª ed. rev. ampl. ed. London: L'accademia publishing, 2019.

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: Transcending Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BAHIA, L. **Discursos, políticas e ações: processos de industrialização do campo cinematográfico brasileiro**. São Paulo: Itaú Cultural: Iluminuras, 2012.

BAUMOL, W. J.; BOWEN, W. G. **Performing Arts: the economic dilemma**. New York: Twentieth Century Fund, 1966.

BENHAMOU, F. **A Economia da Cultura**. Cotia: Ateliê Editorial, 2007.

BENTO, L. V. **Governança e governabilidade na reforma do estado: entre eficiência e democratização**. Barueri: Manole, 2003.

BERCOVICI, G. Desenvolvimento, Estado e Administração Pública. In: CARDOZO, J. E. M. **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, v. V, 2006.

BITTAR, C. A. **Direito de Autor**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BONAVIDES, P. **Do estado liberal ao estado social**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORGES, L. M. A Tutela Constitucional da Cultura no Brasil. **Revista Brasileira de História do Direito**, Brasília, v. 2, p. 241-260, Jan/Jun 2016.

BOTELHO, I. Dimensões da cultura e políticas públicas. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, 2001.

BRAITHWAITE, J. **Regulatory Capitalism: How it works, Ideas for Making it Work Better**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2008.

CALABRE, L. **Política cultural no Brasil: um histórico**. I Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura (ENECULT). Salvador: EDUFBA. 2005.

- CASCARDO, A. C. A ANCINE como agência reguladora e fomentadora. In: LIMA, L. M. **Regulação e Fomento do Mercado Audiovisual**. Rio de Janeiro: ASPAC, v. 1, 2013. p. 98-121.
- CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CAVES, R. **Creative Industries - Contracts between art and commerce**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- CORMIER CHAIM, C. E. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais na Música**. Universidade de Brasília. Brasília, p. 134. 2016.
- COSTA NETTO, J. C. **Direito Autoral - A reestruturação do Conselho Nacional de Direito Autoral**. Brasília: Ministério da Educação e Cultura, 1982.
- COSTA NETTO, J. C. **Direito autoral no Brasil**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CROCE, L.; GRECE, C. **Trends in video-on-demand revenues**. Estrasburgo: European Audiovisual Observatory, 2015.
- CUCHE, D. **A Noção de Cultura nas Ciências Sociais**. Tradução de Viviane Ribeiro. 1ª. ed. Bauru: EDUSC, 1999.
- CUNHA FILHO, F. H. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CUNHA FILHO, F. H. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988: representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- CUNHA FILHO, F. H. Direitos Culturais no Brasil. **Revista Observatório Itaú Cultural**, São Paulo, v. 11, p. 115-126, 2011.
- CUNNINGHAM, S. From cultural to creative industries: theory, industry and policy implications. **Media International Australia incorporating Cultura and Policy**, Queensland, v. 102, p. 54-62, february 2002.
- D'AGUIAR, R. F. (Ed.). **Ensaio sobre a cultura e o Ministério da Cultura**. Rio de Janeiro: Contraponto / Centro Internacional Celso Furtado, 2012.
- DCMS. **Creative Industries Mapping Document**. Department for Culture, Media and Sport. United Kingdom. 2001.
- DE OLIVEIRA, J. M.; OLIVEIRA DE ARAÚJO, B. C. P.; SILVA, L. V. Panorama da economia criativa no Brasil. In: VALIATI, L.; FIALHO, A. L. D. N. **Atlas econômico da**

**cultura brasileira:** metodologia II. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. Cap. 1, p. 11-34.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. 39<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, G. A.; MANGO, A. R. Cultura como direito fundamental: regras e princípios culturais. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Brasília, v. 3, p. 80-98, Jan/Jun 2017.

FIRJAN. **Mapeamento da indústria criativa no Brasil**. Federação das Indústrias do Rio de Janeiro - FIRJAN. Rio de Janeiro, p. 44. 2019.

FLIGSTEIN, N.; DAUTER, L. A sociologia dos mercados. **Caderno CRH**, Salvador, 5, Set./Dez. 2012. 481-504.

FLORIDA, R. **The flight of the creative class**. New York: Harper Business, 2005.

FORNAZARI, F. K. Instituições do Estado e políticas de regulação e incentivo ao cinema no Brasil: o caso Ancine e Ancinav. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, Julho/Agosto 2006.

FRAGOSO, J. H. D. R. **Direito Autoral:** da antiguidade à internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FURTADO, C. **Cultura e desenvolvimento em época de crise**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

FURTADO, C. **Ensaio sobre a cultura e o Ministério da Cultura**. Rio de Janeiro: Contra Ponto, 2012.

GATTI, A. P. **Embrafilme e o cinema brasileiro**. São Paulo: Centro Cultural São Paulo, 2007.

GEERTZ, C. **A Interpretação das Culturas**. San Francisco: Led, 1973.

GOMES, G. M. Limites ao controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União: casos selecionados em 2018. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, p. 109-128, outubro 2019.

GORGULHO, L. F. et al. A economia da cultura, o BNDES e o desenvolvimento sustentável. In: BNDES **BNDES SETORIAL nº 30, set. 2009**. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2009. p. 299-355.

- GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GUEIROS JÚNIOR, N. **O Direito Autoral no Show Business - A Música**. Rio de Janeiro: Gryphus, 2000.
- GUERRA, S. **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.
- GUISSO, L.; SAPIENZA, P.; ZINGALES, L. Does Culture Affect Economic Outcomes? **Journal of Economic Perspectives**, v. 20, p. 23-48, 2006.
- HARARI, Y. N. **Homo Deus**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- HARARI, Y. N. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM Editores S.A., 2018.
- HARTLEY, J. **Creative Industries**. 1. ed. [S.l.]: Blackwell Publishing Incorporated, 2005.
- HESMONDHALGH, D.; PRATT, A. C. Cultural Industries and Cultural Policy. **International journal of cultural policy**, London, v. 11, p. 11, aug. 2005.
- HOWKINS, J. **The Creative Economy - How people make money from ideas**. London: Penguin Books, 2001.
- IFPI. **Global Music Report - State of the Industry Overview 2015**. International Federation of the Phonographic Industry. Londres. 2016.
- IFPI. **Global Music Report - State of the Industry Overview 2016**. International Federation of the Phonographic Industry. Londres. 2017.
- IKEDA, M. **Estado e cinema no início do século XXI: características de formação da ANCINE**. II Seminário Internacional de Políticas Culturais. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa. 2011.
- IPEA. **Panorama da Economia Criativa no Brasil**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro. 2013.
- KEA EUROPEAN AFFAIRS. **The Economy of Culture in Europe**. Diretoria Geral para a Educação e Cultura da Comissão Europeia. Bruxelas. 2006.
- KEYNES, J. M. **O fim do laissez-faire**. In: Tamás Smzmracsányi (org). Coleção Grandes Cientistas. ed. São Paulo: Ática, 1984.
- LAURENT, M. **The great art of light and shadow: archaeology of cinema**. Exeter: University of Exeter Press, 2000.
- LOPES, O. D. A. **Fundamentos da Regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

- MARSON, M. I. **O cinema da retomada: Estado e cinema no Brasil da dissolução da Embrafilme à criação da Ancine**. UNICAMP. Campinas, p. 203. 2003.
- MARTINS, H. F. Reforma do Estado e Coordenação Governamental: as trajetórias das políticas de gestão pública na era FHC. In: ABRUCIO, F. L.; LOUREIRO, M. R. **O Estado numa era de reformas: os anos FHC - Parte 1**. Brasília: MP, SEGES, 2002. p. 302.
- MAZZUCATO, M. **O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado**. São Paulo: Portfólio-Penguin, 2014.
- MICELI, S. O processo de construção institucional na área cultural federal (anos 70). In: MICELI, S. **Estado e cultura no Brasil**. [S.I.]: Difel, 1984.
- MILLARD, A. **America on Record. History of Recorded Sound**. New York: Cambridge University Press, 2005.
- MOREIRA NETO, D. D. F. **Direito regulatório: a alternativa participativa flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PACHECO, R. S. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, p. 523-543, Julho/Agosto 2006.
- PEREIRA, J. C. **Três vinténs para a cultura: o incentivo fiscal à cultura no Brasil**. São Paulo: Escrituras, 2014.
- PEREIRA, L. C. B. **Governabilidade democrática na América Latina no final do século XX**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- PÓ, M. V.; ABRUCIO, L. F. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. **Brazilian Journal of Public Administration - RAP**, Rio de Janeiro, v. 40, p. 679-98, jul/ago. 2006.
- POSNER, R. A. Teorias da Regulação Econômica. In: MATTOS, P. T. L., et al. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. [S.I.]: Editora 34, 2004.
- RAMOS, J. M. **Cinema e lutas culturais**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- REIS, A. C. F. **Economia da Cultura e Desenvolvimento Sustentável: o caleidoscópio da Cultura**. São Paulo: Manole, 2006.
- REIS, A. C. F. **Economia criativa como estratégia de desenvolvimento: uma visão dos países em desenvolvimento**. São Paulo: Itaú Cultural, 2008.

- REIS, A. C. F. Transformando a criatividade brasileira em recurso econômico. In: REIS, A. C. F. **Economia criativa como estratégia de desenvolvimento: uma visão dos países em desenvolvimento**. São Paulo: Itaú Cultural : Garimpo de Soluções, 2008. p. 126-143.
- RUBIM, A. A. C. Políticas culturais: entre o possível e o impossível. In: NUSSBAUMER, G. M. **Teorias e Políticas da Cultura**. Salvador: EDUFBA, 2007.
- SANTOS-DUISENBERG, E. D. Economia criativa: uma opção de desenvolvimento viável? In: REIS, A. C. F. **Economia criativa como estratégia de desenvolvimento: uma visão dos países em desenvolvimento**. São Paulo: Itaú Cultural, 2008.
- SENA, L. Regulação de novos mercados e inovação: uma abordagem a partir do Estado empreendedor e do interesse público. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 6, maio 2020.
- SERRA, N.; FERNANDEZ, R. S. Economia Criativa: da discussão do conceito à formulação de políticas públicas. **Revista de Administração e Inovação**, São Paulo, v. 11, out./dez. 2014.
- SILVA, J. A. D. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, J. A. D. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, J. A. D. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- STUCKERT, G. F. D. L. A Regulação do Fomento. In: STUCKERT, G. F. D. L.; LIMA, L. M. **Regulação e Fomento do Mercado Audiovisual**. Rio de Janeiro: ASPAC, v. 1, 2013. p. 208-245.
- TAVARES, A. R. A intervenção do Estado no domínio econômico. In: CARDOZO, J. E. M. **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Boitempo, 2007.
- THROSBY, D. The Production and Consumption of the Arts: A View of Cultural Economics. **Journal of Economic Literature**, Sydney, XXXII, Março 1994. 1-29.
- THROSBY, D. **Economics and Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- THROSBY, D. The concentric circles model of the cultural industries. **Cultural Trends**, Sydney, v. 17, p. 147-164, sep. 2008.

- TONET, L.; BORDONI, J. D. **O Sistema de Cultura no Federalismo Americano e Brasileiro**: contribuições norte-americanas para o federalismo cultural brasileiro. V Encontro Internacional da CONPEDI. Montevideu: CONPEDI. 2016.
- ULIN, J. C. **The Business of Media Distribution**: Monetizing Filme and Video Content in an Online World. Burlington: Focal Press, 2010.
- UNCTAD. **Relatório de economia criativa 2010: economia criativa, uma opção de desenvolvimento**. Secretaria de Economia Criativa/MinC. São Paulo. 2010.
- UNESCO. **Creative Economy Report 2013**. Paris: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 2013.
- UNESCO. **Reshaping cultural policies: advancing creativity for development**. Organização das Nações Unidas para a Educação a Ciência e a Cultura. Paris. 2018.
- VALIATI, L.; FIALHO, A. L. D. N. **Atlas econômico da cultura brasileira**: metodologia II. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. 214 p.
- VARELLA, G. **Plano Nacional de Cultura**: direitos e políticas culturais no Brasil. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Azougue, 2014.
- VIRILIO, P. **Speed and Politics**: An Essay on Dromology. New York: Semiotext(e), 1986.
- WILLIAMS, R. **Palavras-chave**: um vocabulário de cultura e sociedade. Tradução de Sandra Guardini Vasconcelos. São Paulo: Boitempo, 2007.
- WIPO. **Guide on Surveying the Economic Contribution of the Copyright Industries**. WIPO. Genebra. 2003.