

INFORME Nº 242/2019/CPRP/SCP

PROCESSO Nº 53500.022573/2019-38

INTERESSADO: CLARO S.A. - CLARO

ASSUNTO

Análise da aplicação de medida cautelar envolvendo a oferta de canais programados por meio da Internet.

REFERÊNCIAS

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações.

Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado.

Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Processo nº 53500.056473/2018-24.

ANÁLISE

I - DOS FATOS

Em 12/12/2018, foi protocolizada correspondência por meio do Sistema Eletrônico de Informações (SEI) nº 3606764 por CLARO S.A., doravante denominada CLARO ou Denunciante. Referido documento trata-se de *Denúncia com pedido de medida cautelar* em face de FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA., doravante denominada FOX ou Denunciada, com a indicação de que esta estaria prestando serviços de telecomunicações mediante a oferta de canais com conteúdo linear por meio da Internet, o que violaria a ordem jurídica em matéria de competência da Agência.

Em 24/12/2018, a Superintendência de Fiscalização (SFI) encaminhou Memorando nº 73/2018/SEI/SFI (SEI nº 3648752) à Superintendência Executiva para adoção das providências cabíveis.

Em 26/12/2018, a Superintendência Executiva (SUE) encaminhou Memorando nº 118/2018/SEI/SUE (SEI nº 3654211) à Superintendência de Competição (SCP) para que essa coordenasse o tratamento da demanda, juntamente com a participação da Superintendência de Planejamento e Regulamentação (SPR) e da Superintendência de Fiscalização (SFI).

Em 28/12/2018, foi encaminhado o Ofício nº 1042/2018/SEI/CPRP/SCP-ANATEL (SEI nº 3663364), notificando a FOX para se manifestar sobre os fatos narrados pela Claro S.A. no prazo de 15 (quinze) dias.

Em 03/01/2019, a FOX foi notificada do Ofício nº 1042/2018/SEI/CPRP/SCP-ANATEL, conforme Aviso de Recebimento (AR) SEI nº 3710284.

Em 10/01/2019, a CLARO, por meio da correspondência SEI nº 3700295, acrescentou aos seus próprios argumentos os argumentos contidos no Parecer SEI nº 3700296.

Em 11/01/2019, a FOX, por meio da correspondência SEI nº 3701449, solicitou a devolução do prazo para a manifestação estabelecido no Ofício nº 1042/2018/SEI/CPRP/SCP-ANATEL diante do aditamento feito pela CLARO nas correspondências SEI nº 3700295 e nº 3700296.

Em 15/01/2018, por meio do Ofício nº 42/2019/CPRP/SCP-ANATEL (SEI nº 3704156), considerando que o aditamento de argumentos apresentados pela CLARO foi posterior à notificação da FOX, foi concedida a devolução do prazo de manifestação da FOX.

Em 18/01/2019, a FOX foi notificada do Ofício nº 42/2019/CPRP/SCP-ANATEL, conforme AR SEI nº 3756802.

Em 01/02/2019, a FOX, por meio da correspondência SEI nº 3777281, manifestou-se solicitando o arquivamento da Denúncia, pois defende que nos termos da legislação em vigor, as ofertas como o Fox+ são Serviço de Valor Adicionado (SVA).

Em 14/02/2019, por meio do Despacho Decisório nº 26/2019/CPRP/SCP (SEI nº 3811229), a Carta SEI nº 3606764 apresentada por CLARO foi recebida como Direito de Petição assegurado pelo Art. 5º, XXXIV, "a" da Constituição Federal.

Em 14/02/2019, foram expedidos os Ofícios nº 179/2019/CPRP/SCP-ANATEL (SEI nº 3825589) e nº 180/2019/CPRP/SCP-ANATEL (SEI nº 3825675) notificando CLARO e FOX sobre o Despacho Decisório nº 30/2019/CPRP/SCP (SEI nº 3811229) e, na mesma oportunidade, abrindo prazo para a apresentação de Alegações Finais, na forma do art. 37, XII, do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29/04/2013, e art. 44 da Lei nº 9.784, de 29/01/1999.

Em 15/02/2019, a CLARO foi notificada do Ofício nº 179/2019/CPRP/SCP-ANATEL, conforme SEI nº 3830858.

Em 20/02/2019, a FOX foi notificada do Ofício nº 180/2019/CPRP/SCP-ANATEL, conforme AR SEI nº 3884997.

Em 27/02/2019, a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO (ABERT) e a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RÁDIO E TELEVISÃO (ABRATEL) conjuntamente apresentaram pedido de ingresso como terceiras interessadas no presente processo, por meio da correspondência SEI nº 3874507.

Em 27/02/2019, a CLARO, apresentou Alegações Finais, por meio da correspondência SEI nº 3875545.

Em 28/02/2019, o Despacho Decisório nº 37/2019/CPRP/SCP (SEI nº 3874253) admitiu como terceiras interessadas a ABERT e a ABRATEL, fixou prazo de 5 (cinco)

dias para manifestação destas e determinou a interrupção dos prazos estabelecidos no Ofício nº 179/2019/CPRP/SCP-ANATEL (SEI nº 3825589) e no Ofício nº 180/2019/CPRP/SCP-ANATEL (SEI nº 3825675).

Em 28/02/2019, foram expedidos os Ofícios nº 217/2019/CPRP/SCP-ANATEL (SEI nº 3876502), Ofício nº 218/2019/CPRP/SCP-ANATEL (SEI nº 3876535), Ofício nº 219/2019/CPRP/SCP-ANATEL (SEI nº 3876545) e Ofício nº 220/2019/CPRP/SCP-ANATEL (SEI nº 3876553) notificando ABERT, ABRATEL, CLARO e FOX sobre o Despacho Decisório nº 37/2019/CPRP/SCP.

Em 01/03/2019, a ABERT e a ABRATEL foram notificadas pessoalmente do Despacho Decisório nº 37/2019/CPRP/SCP, conforme comprovação SEI nº 3884399 e 3884373.

Em 01/03/2019, a FOX apresentou manifestação (SEI nº 3885918), na qual alega pela impossibilidade de abertura de prazo para Alegações Finais visto que não foi declarado o encerramento da fase de instrução processual e suscita ainda que o processo tem contornos de interpretação de disposições da LGT e da Lei do SEAC constituindo-se assim um processo de caráter objetivo.

Em 08/03/2019, a ABERT e a ABRATEL apresentaram conjuntamente a manifestação na qualidade de terceiras interessadas, SEI nº 3900022, oportunidade na qual apresentam argumentos em defesa da concepção de que o conceito de SeAC não deve abranger as atividades desenvolvidas *Over-The-Top*, na medida em que a transposição acrítica de sua regulação contraria os objetivos almejados pela lei.

Em 20/03/2019, o Despacho Decisório nº 40/2019/CPRP/SCP (SEI nº 3932140) reabriu o prazo para apresentação de Alegações Finais de CLARO, FOX, ABERT e ABRATEL.

Em 20/03/2019, foram expedidos os Ofícios nº 279/2019/CPRP/SCP-ANATEL (SEI nº 3932215), nº 285/2019/CPRP/SCP-ANATEL (SEI nº 3942697), nº 286/2019/CPRP/SCP-ANATEL (SEI nº 3942707) e nº 287/2019/CPRP/SCP-ANATEL (SEI nº 3942726), por meio dos quais se notificaram a CLARO, a FOX, a ABERT e a ABRATEL sobre os termos do Despacho Decisório nº 40/2019/CPRP/SCP.

Em 03/04/2019, a CLARO apresentou Alegações Finais (SEI nº 3997639, nº 3997640, nº 3997641, nº 3997643, nº 3997644, nº 3997645, nº 3997646 e nº 3997647).

Em 05/04/2019, a FOX apresentou Alegações Finais (SEI nº 4005575).

Em 08/04/2019, a ABERT e a ABRATEL apresentaram Alegações Finais (SEI nº 4014255) e requereram a juntada de Parecer elaborado pelo Dr. Gustavo Binenhoim.

Em 24/04/2019, a TAP BRASIL – ASSOCIAÇÃO DOS PROGRAMADORES DE TELEVISÃO (TAP) apresentou pedido de ingresso como terceira interessada no presente processo, por meio da correspondência SEI nº 4071473.

Em 20/05/2019, a MOTION PICTURE ASSOCIATION AMÉRICA LATINA (MPA-AL) requereu seu ingresso como terceira interessada no presente processo, por meio da correspondência SEI nº 4167208.

II - DOS ARGUMENTOS E PEDIDOS APRESENTADOS À ANATEL

ARGUMENTAÇÃO DA CLARO

Por meio da correspondência SEI nº 3606764 e seus anexos (SEI nº 3606765, nº 3606767, nº 3606768, nº 3606769, nº 3606771, nº 3606772, nº 3606774, nº 3606775, nº 3606777, nº 3606778, nº 3700295 e nº 3700296), a CLARO apresentou Carta denominada *Denúncia com Pedido Cautelar* na qual sustenta que a FOX está prestando serviços de telecomunicações mediante a oferta de canais com conteúdo linear via Internet, denominado produto Fox+, sem outorga de SeAC, o que caracterizaria prestação clandestina de serviços de telecomunicações.

Em síntese, para a CLARO, admitir a oferta de canais com conteúdo linear via Internet, por empresa sem outorga de SeAC, seria o mesmo que admitir a prestação clandestina de serviços de telecomunicações, que competem, diretamente, com os serviços por ela oferecidos e devidamente outorgados pela Anatel. Tal fato é contrário à ordem jurídica. No seu modo de ver, esse tipo de oferta não pode ser caracterizada como simples Serviço de Valor Adicionado (SVA). Argumenta que a configuração do serviço seria ditada, como se vê, não pelos meios tecnológicos utilizados para sua oferta, nem pela propriedade dos meios eletrônicos, mas pelas finalidades e pelo objeto dessa comunicação, qual seja, a distribuição de conteúdos audiovisuais a assinantes.

Defende ser necessário ajustar as obrigações dos novos agentes econômicos às condições estabelecidas para os agentes econômicos tradicionais, o que somente se alcançaria por meio do reconhecimento de que são prestadores do SeAC, ainda que se valham de outro meio tecnológico.

Em seus argumentos, aponta que o produto Fox+ se enquadra no conceito de SeAC a partir das seguintes considerações:

O SeAC seria pautado no conceito de distribuição remunerada de conteúdo por meio de canais lineares, configurando-se a prestação do SeAC quando se estiver diante:

- a) do “[...] provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes” (i.e., distribuição);
- b) da distribuição de conteúdo, “por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer” (cf. art. 2º, XXIII, da Lei do SeAC);
- c) da recepção do Serviço somente por seus assinantes;
- d) da remuneração pela prestação do serviço pelo assinante;
- e) da disponibilização do conteúdo de uma forma específica, qual seja, canal (que é o resultado do arranjo de conteúdo audiovisual em sequência linear temporal e horário predeterminado);
- f) da relação direta com o consumidor (comercialização, faturamento e cobrança).

A neutralidade tecnológica, que tornaria indiferente a circunstância de que essa distribuição ocorra por meio da Internet.

Coerente com a construção do SeAC como um novo serviço, tecnologicamente neutro, igual na prestação aos usuários e destinado a superar os serviços de televisão paga TVC, DTH, MMDS e TVA, a Lei nº

12.485, em suas disposições finais e transitórias, estabeleceu que todas as outorgas de televisão por assinatura deveriam a partir da entrada em vigência da lei, independentemente da tecnologia empregada e da validade dos seus contratos com o poder concedente realizar a adaptação aos condicionamentos relativos à programação e empacotamento previstos no Capítulo V, bem como preservar as condições da prestação do serviço aos seus assinantes.

A internet é definida como “sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes” (art. 5º, I, da Lei 12.965, de 2014). A internet, portanto, constitui um sistema de protocolos de comunicação e, por isso, é um meio de comunicação no qual pode ser caracterizada a prestação de SeAC, nos termos da legislação brasileira.

Não caracterização de mero Serviço de Valor Adicionado (SVA), pois o produto Fox+ preencheria os requisitos fixados na Lei do SeAC. Seria incorreto considerar esse serviço de canais pagos de televisão, via Internet, mero serviço de valor adicionado.

Serviço de valor adicionado é conceito incorporado pela LGT para separar as atividades que necessitam dos serviços de telecomunicações para se viabilizar dos próprios serviços de telecomunicações.

Usar a internet como plataforma de distribuição de canais de televisão é sim uma atividade lícita. Não é correto nem adequado especular se, em teoria, seria possível enquadrar a oferta de canais de televisão pela internet como serviço de valor adicionado tal como definido na LGT. A discussão não faz sentido porque a própria Lei do SeAC decidiu incluir essa situação como típica do conceito de serviço de telecomunicações de acesso condicionado. Usar a internet como plataforma de distribuição de canais de televisão é sim uma atividade lícita. Essa atividade configura uma modalidade própria de serviço de telecomunicações: o SeAC.

Isso porque, para ser SeAC, a distribuição de conteúdo audiovisual pode ocorrer por meio de “protocolos de comunicação quaisquer” (art. 2º, XXIII da Lei do SeAC) transmitidos, veiculados ou difundidos por “meios próprios ou de terceiros” (art. 2º, X, da Lei do SeAC). Para a Lei do SeAC, não faz diferença se o conteúdo audiovisual (no caso, os canais de televisão) será distribuído por meio tecnológico da própria distribuidora ou se, no modelo de negócios, terceiro assumirá esse papel (outra empresa contratada pelo assinante, por exemplo). Para a lei, a oferta de canais de televisão por qualquer meio tecnológico, mesmo que seja de terceiro, será caracterizada modalidade autônoma de serviços de telecomunicações de interesse coletivo: o SeAC.

Posições da área técnica da ANATEL confirmando que produtos com essas características se enquadrariam no conceito de SeAC e não de SVA.

Instada a responder a questionamento apresentado por uma dada empresa, nos autos do processo 53554.001337/2018-71, a Superintendência de Regulação da ANATEL assim se pronunciou no Ofício nº 268/2018/SEI/PRRE/SPR-ANATEL (SEI 2942728).

Aponta também manifestação realizada pela Agência no processo 53500.017866/2018-12, por meio do Memorando nº 59/2018/SEI/PRRE/SPR (SEI 3348404).

Aventa também que a Consulta Pública nº 65/2011, cujo objetivo era a regulamentação desse novo serviço, houve manifestação tanto nos

comentários como da parte dos técnicos da agência, da Procuradoria Federal Especializada e do Conselho Diretor que confirmam o entendimento de que a distribuição de canais de programação linear com horário pré-determinado, via internet, não afasta a caracterização de serviços como SeAC.

De parecer do Professor Carlos Ari Sunfeld apontando que seria incorreto considerar o serviço Fox+, via Internet, mero serviço de valor adicionado. A Lei do SeAC reconfigurou o setor em face da evolução tecnológica já existente bem como aquela que ainda estaria por vir, independentemente da tecnologia utilizada para prestação do serviço. O objetivo da regulação do SeAC foi dar execução aos princípios constitucionais da comunicação social (art. 222, §3º, da Constituição Federal). Estaria correta a manifestação da ANATEL no sentido de se reconhecer, como SeAC, a oferta de canais de televisão pagos via Internet, por isso viabiliza a aplicação legítima da Constituição Federal (art. 222, §3º) e da legislação específica (art. 2º, XXIII, da Lei do SeAC).

De parecer do Sr. Manoel Rangel, ex-Presidente da Agência Nacional do Cinema (Ancine), que afirma que a Lei do SeAC é uma lei convergente, neutra quanto à tecnologia utilizada para a prestação do serviço e quanto à natureza das empresas que se dedicam às atividades da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado. Qualquer distribuição de canais de programação lineares, de Modalidade Avulsa de Conteúdo Programado ou Modalidade Avulsa de Programação, via Internet ou não, por meio de qualquer empresa, configuraria SeAC e acarretaria a obrigação de observar os condicionantes fixados pela lei para as empresas conforme as atividades que exerçam. Mesmo no caso de hibridismos no modelo de negócio onde o distribuidor oferte ao mesmo tempo conteúdo audiovisual na forma de Vídeo por Demanda e canais de programação lineares, prevalece quanto a este último a sua caracterização como SeAC, tal como previsto pela lei 12.485/2011.

De parecer do Sr. João Rezende, ex-Presidente da ANATEL, que concluiu que a distribuição de conteúdo, diretamente, via Internet está comprometendo o equilíbrio da cadeia do Serviço de Televisão por Assinatura, consolidada pela Lei do SeAC, que de forma direta impediu a verticalização do setor. E destacou que na sua visão o cenário atual poderia levar a um aumento do custo na distribuição de conteúdo de TV paga e a um risco de concentração no mercado audiovisual.

Aduz que a legislação do SeAC não inibiria a atuação por meio de novas tecnologias, mas criaria um ambiente uniforme de regulação desse tipo de atividade, nessa perspectiva seriam estabelecidas as obrigações legais e regulatórias associadas ao provimento do SeAC e respectivos direitos dos assinantes do serviço, os quais não estariam sendo observados pela FOX.

A Constituição Federal, no §3º do art. 22, com as alterações trazidas pela EC 36 de 2002, passou a prever a incidência dos princípios do art. 221 da mesma CF aos “Meios de Comunicação Social Eletrônica”, independentemente da tecnologia utilizada para prestação de serviço, na forma de lei específica (qual seja atual Lei do SeAC).

A legislação de regência do SeAC consolidou uma série de exigências que estão vinculados a princípios aplicáveis à comunicação audiovisual de

acesso condicionado no art. 3º da Lei do SeAC, quais sejam: a “liberdade de expressão e de acesso à informação”, a “promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação”, a “promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira”, o “estímulo à produção independente e regional” e o “estímulo ao desenvolvimento social e econômico do País”.

A Lei do SeAC também prevê limitações ao provimento do SeAC voltadas a impedir o excesso de poder de mercado entre empresas da cadeia de valor. Nesse sentido, os artigos 5º e 6º da lei estabelecem limites à propriedade cruzada e vedam expressamente a exploração direta de distribuição por empresa produtora e programadora

Nesse sentido, indica ainda que estaria ocorrendo uma falta de isonomia também no que diz respeito aos aspectos tributários, visto que sobre os provedores de conteúdo audiovisual estão associados recolhimento de FUST, FUNTEL, FISTEL e ICMS, os quais não serão percebidos se o provimento do serviço via WEB afastar a caracterização do SeAC.

Diante dos seus argumentos aponta que estaria ocorrendo a prestação clandestina do serviço e, portanto, evoca a atuação da Anatel para que os danos sejam cessados. Entende que há danos irreversíveis que justificariam a adoção de medidas urgentes por parte da Anatel, pois haveria danos: ao erário (prejuízos à arrecadação tributária); aos princípios da comunicação audiovisual (danos à cultura nacional, à língua portuguesa, ao desenvolvimento da indústria audiovisual nacional como um todo – aos produtores, programadores e empacotadores); aos consumidores (privados da proteção do RGC e do acesso garantido a canais obrigatórios e a conteúdos brasileiros); e à competição e à concorrência justa (ausência de isonomia regulatória e desrespeito às regras do art. 5º da Lei do SeAC).

Em sua manifestação na correspondência SEI nº3875545, a CLARO aponta que, quanto ao aspecto formal, o fato da denúncia ter sido recebida como legítimo exercício do direito de petição superaria o argumento da Denunciada de que o processo teria vício quanto ao aspecto formal. Em relação aos aspectos de mérito, entende que os pedidos formulados devem ser acolhidos, dado que mesmo agindo de ofício seria possível à Agência determinar à Denunciada a imediata interrupção da oferta do produto até que obtenha autorização para a prestação do SeAC e que tome providências para colher informações sobre o número de assinantes do produto, de modo a que se possa confirmar a extensão dos prejuízos proporcionados pela violação à ordem jurídica (em matéria tributária), bem como o impacto que a oferta clandestina do serviço produziu junto aos usuários do serviço.

Para a CLARO, a Denunciada utiliza-se do conceito que ainda era relevante quando vigorava o antigo Código Brasileiro de Telecomunicações, segundo o qual as telecomunicações eram definidas a partir do meio de transmissão. Nesse sentido, se fosse o intuito do legislador, a Lei do SeAC teria redação diversa para caracterizar o Serviço de Acesso Condicionado como sendo um serviço que poderia ser prestado “por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético”. O agente nomogenético optou, todavia, por afirmar que o SeAC pode ser prestado “por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer”.

Em seu entendimento, em 1997, na elaboração da LGT o legislador vivia um momento de transição em que já se antevia algum grau de neutralidade tecnológica, mas bastava se referir às telecomunicações como sendo um serviço que podia ser prestado em quaisquer meios físicos determinados. Porém, o legislador de 2011, teria ido além ao aludir tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

Suscita que durante os debates que antecederam a aprovação da Lei 12.845/2011 houve defesas de posicionamentos, tanto de exclusão dos serviços de radiodifusão quanto das comunicações via Internet. Travado esse debate, o §1º do art. 1º excluiu apenas os serviços de radiodifusão. Não aqueles prestados por meio da Internet. O silêncio do parágrafo único do art. 1º da Lei do SeAC, portanto, não seria acidental: refletiu a expressa posição do legislador no sentido de rejeitar proposta que pretendia excluir do âmbito de incidência da nova lei “os conteúdos distribuídos por meio da rede mundial de computadores (Internet)”.

Aponta ainda que a Lei do SeAC, ademais, é contemporânea à Diretiva 2010/13, da União Europeia, de 10/03/2010. Trata-se da Diretiva “Serviços de Comunicação Social Audiovisual”. Essa norma preocupou-se com “as novas tecnologias utilizadas para a transmissão de serviços de comunicação social audiovisual” e levou em consideração “o impacto das alterações estruturais, da difusão das tecnologias da informação e da comunicação (TIC) e da evolução tecnológica nos modelos comerciais”. Com isso, a linearidade ou não do serviço é que constitui o seu traço marcante e não saber se o prestador detém e provê meios físicos (fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético). É que nesses serviços o interesse público que conduz à intervenção – por meio legislativo ou regulatório – do estado não se limita a um interesse econômico. Como afirma o legislador europeu “Os serviços de comunicação social audiovisual são, simultaneamente, serviços culturais e serviços econômicos.”

(11) É, necessário que, a fim de evitar distorções da concorrência, aumentar a segurança jurídica, contribuir para a realização do mercado interno e facilitar a criação de um espaço único da informação, pelo menos um conjunto mínimo de regras coordenadas seja aplicado a todos os serviços de comunicação social audiovisual, tanto à radiodifusão televisiva (isto é, os serviços de comunicação social audiovisual lineares) como aos serviços de comunicação social audiovisual a pedido (isto é, os serviços de comunicação social audiovisual não lineares).

No seu entendimento, é necessário o reconhecimento de que a oferta onerosa de canais de programação com linearidade temporal constitui SeAC e não perde essa característica tão somente por chegar ao usuário via Internet. Portanto, o serviço prestado pela Denunciada é um serviço de telecomunicações por decisão do legislador de 2011 (não do legislador de 1997 em suas genéricas disposições constantes do art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações). Cabe uma vez mais lembrar que lei especial posterior revoga lei geral antecedente.

Diante do seu posicionamento de que a atividade prestada pela Denunciada é um SeAC, ficaria para a Claro evidente que não pode ser considerado como um serviço de valor adicionado (SVA).

Segundo a CLARO, o Marco Civil da Internet não afasta a possibilidade de que lei específica trate de relações jurídicas ou de serviços prestados por seu intermédio. A circunstância de ser utilizado um aplicativo para fruição de um serviço não o torna imune a qualquer espécie de regulação.

Entende que a legislação específica editada sob o albergue do art. 222 da Constituição Federal e de outras disposições relativas à comunicação social, só alcança seus objetivos se compreender – como literalmente ela mesma dispõe – a difusão por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

Ao dever de respeito à neutralidade tecnológica, que impõe ao prestador do serviço de SCM, que trate “de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação” (art. 9º da Lei 12.965), ao contrário de impedir que o serviço seja caracterizado como SeAC, constitui norma que assegura que esse serviço seja prestado aos usuários, assim, o acolhimento da denúncia não implicará qualquer autorização para tratamento não isonômico. Entende que a neutralidade necessária para a proteção da Internet como meio de difusão de conhecimentos não pode ser interpretada como premissa que impediria toda e qualquer ação estatal em defesa de temas de interesse público.

Alega ainda que a afirmação da Denunciada acerca do posicionamento do STF sobre a posição passiva do usuário de SeAC não foi dada em sua conformidade. Indica que a Suprema Corte não se debruçou na questão da postura passiva no contexto de qualquer comparação com suposto perfil ativo do usuário da Internet. A posição passiva do usuário de SeAC foi apresentada no STF para justificar a forte intervenção estatal nas obrigações de *must carry*. Depois de afirmar que o usuário teria posição passiva diante do pacote, cujo conteúdo é formatado pela operadora de SeAC, o Ministro conclui que “as cotas de conteúdo nacional não se voltam a restringir a liberdade do consumidor, mas sim a ampliá-la, rompendo, ao menos em parte, com a tendência homogeneizante do livre mercado audiovisual”.

Afirma que é inequívoco que a oferta de canais lineares onerosos por parte da Denunciada (e de outros operadores) só ocorreu nesse momento. E ocorreu nesse momento por que a oferta de banda larga com qualidade vem se estendendo ano a ano no país. Sendo esse fato suficiente para se concluir que é equivocada a tese de que as “ofertas ainda não têm a capacidade de alterar a dinâmica concorrencial, eis que seu desenvolvimento é dependente da massificação dos serviços de acesso à Internet”, portanto, trata-se de uma oferta nova, uma oferta de SeAC.

Evoca que a regulamentação da Anatel já possui instrumentos para tratar desigualmente *players* que se encontram em posição desigual na prestação de outros serviços. As distinções no tratamento a prestadores com Poder de Mercado Significativo é um exemplo. No mercado de SeAC essa realidade é a mesma e nada impede que sobrevenham normas que tratem de modo desigual esses novos entrantes (como é o caso da Denunciada).

Aponta que embora possam ser prestados fazendo uso da rede de Internet, ou por meios de redes dedicadas, SeAC e *Video on Demand* (VoD) ainda constituem mercados relevantes distintos como entenderam a Anatel, a Ancine e o CADE em manifestações ocorridas na análise da incorporação da Fox pela Disney.

Em relação ao prejuízo à competição, a CLARO alega que ela está impedida, por lei e pela regulamentação de oferecer a um usuário seu apenas os onze canais oferecidos pela Denunciada. Ainda que ela mesma deseje fazê-lo e seus usuários também. A Denunciante também está impedida de oferecer pacotes de canais sem associar a eles um conjunto de procedimentos protetivos aos direitos dos usuários e consumidores. Nem a Denunciante, nem as demais operadoras de SeAC no Brasil podem fundir-se a uma produtora de conteúdo, verticalizar suas operações, e com isso oferecer conteúdo em condições mais vantajosas ao usuário. Por fim, nenhuma delas pode oferecer a seus usuários (ainda que haja interesse evidente dos usuários nesse sentido) pacotes livres de tributação.

Quanto ao argumento sobre a legitimidade passiva da Denunciada, a CLARO informa que a Denunciada, FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA, por que é a representante da FOX LATIN AMERICAN CHANNEL LLC no Brasil, sendo que aquela é sociedade constituída no Brasil e seu capital é 99,9% detido por esta.

Nas Alegações Finais apresentadas por meio das correspondências SEI nº 3997639, nº 3997640, nº 3997641, nº 3997643, nº 3997644, nº 3997645, nº 3997646 e nº 3997647, a CLARO reitera seu entendimento de que a decisão de receber denúncia como legítimo exercício do direito de petição supera o argumento formal tendente a retardar a tomada de decisão pela Agência. E que a alegação de que a ANATEL não poderia analisar a questão por demandar alteração legislativa confunde-se com o próprio mérito submetido à Agência. Entende que a Agência inclusive poderia agir de ofício e determinar à Denunciada a imediata *interrupção* da oferta do produto até que obtenha autorização para a prestação do SeAC e tomar providências para colher informações sobre o número de assinantes do produto, de modo a que se possa confirmar a extensão dos prejuízos proporcionados pela violação à ordem jurídica (em matéria tributária), bem como o impacto que a oferta clandestina do serviço produziu junto aos usuários do serviço.

Quanto ao mérito evoca a tramitação do Projeto de Lei 70/2007 e as discussões ocorridas no Congresso Nacional antes da edição da Lei nº 12.485/2011, afirmando ter sido o debate sobre a inclusão ou não do provimento de conteúdo via Internet tratado de forma absolutamente explícita em sua longa tramitação. Destaca o substitutivo apresentado em maio de 2009 pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados:

Internet (inciso XVIII do art. 2o)

O crescente desenvolvimento da Internet como fonte de negócios e, em especial, como instrumento de distribuição do audiovisual, desperta preocupações no setor de produção de audiovisual, tais como as explicitadas nas emendas 24 e 25. Nesse passo, o Projeto define que, caso conteúdos sejam ofertados pela rede mundial mediante pagamento a assinantes, a modalidade poderá ser caracterizada como serviço de telecomunicações. Sítios gratuitos de Internet continuarão, segundo nossa proposta, livres de qualquer regulamentação.

Entende que não restam dúvidas sobre a intenção do legislador quando se observa a redação dos três dispositivos, seja o que define o conceito de SeAC, seja o que exclui apenas a radiodifusão e não a Internet da abrangência do projeto, seja a rejeição de

iniciativa que reiterava no afastamento da incidência da regulação “às informações transmitidas na rede mundial de computadores (internet)”.

Aponta ainda a leitura proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que ao julgar a ADI 4923 adotou os objetivos de proteção da soberania nacional e da valorização da cultura brasileira previsto no art. 222 da Constituição Federal como parâmetro de controle para se considerar constitucional a Lei nº 12.485/2011, apesar do dispositivo constitucional mencionar expressamente a “de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

Nesse sentido, reforça seu argumento de que é papel do legislador ordinário regular os serviços de comunicação social eletrônica independentemente da tecnologia utilizada, de modo a dar execução aos princípios supratranscritos. Sendo assim, o objetivo da regulação do SeAC foi dar execução aos princípios constitucionais da comunicação social. Tratar-se-ia de diretriz estabelecida pela própria Constituição, a partir da Emenda Constitucional 36, de 2002, passou a impor um rol de princípios não apenas à comunicação social por radiodifusão, mas também por outros meios, independentemente da tecnologia utilizada para prestação do serviço.

Em síntese: (1) a fundamentação constitucional para que toda a disciplina do SeAC pudesse ser considerada válida, o insere no contexto das condicionantes autorizadas no capítulo da Comunicação Social Eletrônica da Constituição Federal, campo em que o conteúdo e não o meio é o elemento central fundante; (2) desde a fase de tramitação legislativa o debate contrapôs duas teses: a de que a comunicação audiovisual via Internet deveria ser isentada de regulação e independeria de outorga (posição que restou vencida) e a de que, ao contrário, não se poderia deixa de incluí-la no conceito de SeAC; (3) mesmo atores que hoje se posicionam contra a aplicação da Lei do SeAC tal como desejada pelo legislador, reconheciam seu amplo alcance (incluindo o serviço provido via Internet); e (4) o Supremo Tribunal Federal rejeitou a possibilidade de que cortes fundados nas tecnologias impedissem ou restringissem a eficácia da legislação que deveria vir a regulamentar a tutela da comunicação social eletrônica.

Em seu entendimento, como o serviço em questão (o SeAC) tem seu cerne no conteúdo e não nos meios, ou a legislação atinge todos os meios ou é ineficaz, eis que os atores escapam às obrigações do SeAC por meio de oferta direta aos usuários. Alega que ao contrário da LGT, a Lei do SeAC veio regular um serviço de telecomunicações cuja relevância para o usuário é o conteúdo a ser transmitido e não o meio pelo qual ele será transmitido.

Aduz ainda que a linearidade é o ponto de corte que o legislador utilizou para definir o serviço. A distinção que tem como ponto de corte o caráter linear ou não entre os conteúdos audiovisuais distribuídos e não o corte em função do meio físico ou da propriedade da infraestrutura das redes de telecomunicações é que deve ser observada.

Evoca a interpretação do conceito de distribuição previsto na Lei nº 12.485/2011 que preveria duas hipóteses. O usuário tem o direito de contratar o SeAC com a inclusão de equipamentos terminais, incluindo-se, nesse caso, sua instalação e manutenção. Nesse caso, ele estará contratando as atividades de entrega e

transmissão. Ou pode optar por contratar os serviços de provimento sem a entrega, utilizando-se, para essa entrega, de contrato com prestadora de SCM ou do acesso em redes públicas e gratuitas, ou em redes de terceiros.

Alega que com essa denúncia não se pretende criar ou impor qualquer condicionante novo algum para a atuação no SeAC. Afirma que se esta diante de fenômeno decorrente da evolução na qualidade e velocidade dos serviços de acesso à banda larga (que possibilitaram, isto sim, uma redução em barreira natural antes existente: os custos para a implantação das redes como antiga condição para oferta do SeAC). Em outras palavras: a legislação brasileira, a regulação da ANATEL e os investimentos das prestadoras de SCM é que permitiram a superação dessa antiga barreira. Empresas que desejem oferecer o SeAC via Internet poderão fazê-lo com um volume muito inferior de custos afundados do que tiveram que assumir as prestadoras do SeAC que, juntamente com o principal (o conteúdo) hoje provêm a seus usuários também um acessório que são as infraestruturas de rede. A preocupação com a proteção os proprietários de rede e os usuários de abusos por parte da grande indústria dos provedores de conteúdo ganha contornos mais relevantes no contexto do desenvolvimento da banda larga. O risco, que já existia desde 2011, não apenas persiste como tende a se ampliar se não for acolhida a denúncia. O SeAC será ferido de morte pois os objetivos do legislador com as obrigações que impôs serão definitivamente frustrados.

Afirma que se houver um desmonte do SeAC, canais obrigatórios (TV Justiça, TV Câmara, TV Senado, canais universitários, dentre outros) passarão a ter o ônus, também, de promover substanciais investimentos para que não haja congestionamento no acesso a suas páginas na Internet caso toda a audiência de seu conteúdo só possa ser acessada via Internet, por *streaming* de vídeo.

Aponta que a prestação dos serviços em condições privilegiadas por quem não cumpra as exigências legais é que distorce a competição, caracterizando-se como uma concorrência desleal. Tratar o SeAC como se fosse um serviço meramente econômico (desconsiderando sua preocupação cultural e de defesa de valores regionais e nacionais) pode conduzi-lo a uma dinâmica de rejeição dos conteúdos estabelecidos como condicionantes em atenção aos comandos constitucionais. Tratar o interesse individual e momentâneo do usuário e consumidor e deixar essa oferta “livre” para atender apenas o máximo em termos competitivos implica opor-se e frustrar os objetivos constitucionais (densificados na Lei do SeAC) voltados a se garantir maior diversidade.

O afastamento da caracterização do serviço ofertado pela Denunciada como serviço de valor adicionado, seria de fácil compreensão pois a definição de serviço de valor adicionado depende, antes, de saber se não se está diante de um serviço de telecomunicações. Assim, visto que o SeAC foi criado por lei não haveria o que se questionar.

Entende que quando há zonas de interpolação situadas no campo exclusivo da relação entre serviços criado no âmbito da regulamentação, poderia a ANATEL, no plano meramente regulatório, emitir considerações e proferir decisões acerca da caracterização do serviço, como por exemplo o teria feito na questão relacionada ao STFC e VoIP, mas no caso o conceito de SeAC é legal.

Destaca, ainda, a inaplicabilidade de precedente sobre SVA prestado por provedores de acesso à Internet invocado na manifestação da ABERT/ABRATEL, em especial o julgamento do ERESP 883.278 pelo STJ, precedentes do SVA firmados na análise de questões tributárias atinentes a provedores de acesso à Internet, pois se trataria, em primeiro lugar, de análise de outro serviço (distinto do SeAC) e portanto o STJ não se debruçou sobre as especificidades desse serviço.

Acrescenta ao seu argumento a alegação de que o Marco Civil da Internet não afastaria a possibilidade de que lei específica trate de relações jurídicas ou de serviços prestados por seu intermédio. A circunstância de ser utilizado um aplicativo para fruição de um serviço não o tornaria imune a qualquer espécie de regulação.

Afirma que o caso dos autos não envolveria o debate acerca do exercício de controle de conteúdo sobre a Internet (de que são exemplos iniciativas notórias de países que censuram esse conteúdo), nem de qualquer restrição *ex ante* a determinadas veiculações. Trata-se apenas de dar cumprimento aos termos da legislação vigente que houve por bem dispor sobre um serviço que pode ser prestado via Internet ou por meio de outros meios. E somente seria eficaz sua regulação, nesse caso em particular, se atingir isonomicamente os prestadores, independentemente da circunstância da distribuição do conteúdo ocorrer via Internet.

Aduz ainda que no Acórdão da ADI 4923 a posição passiva do usuário de SeAC não teria sido apresentada no contexto de qualquer comparação com suposto perfil ativo do usuário da Internet. A posição passiva do usuário de SeAC teria sido apresentada para justificar a forte intervenção estatal nas obrigações de *must carry*. Depois de afirmar que o usuário teria posição passiva diante do pacote, cujo conteúdo é formatado pela operadora de SeAC, o Ministro conclui que “as cotas de conteúdo nacional não se voltam a restringir a liberdade do consumidor, mas sim a ampliá-la, rompendo, ao menos em parte, com a tendência homogeneizante do livre mercado audiovisual”.

Entende que não se poderia imaginar a Anatel concordando que uma prestadora possa oferecer o SeAC no Brasil consignando nos contratos que eventuais controvérsias entre o usuário e a prestadora se resolverão na esfera arbitral, em cortes situadas nos Estados Unidos, por exemplo, ou que não arque com os tributos que recaem sobre prestadoras do setor.

Por fim, aponta que não seria controverso o fato de que os serviços vêm sendo ofertados pela FOX LATIN AMERICAN CHANNEL, Inc., conforme Termos de Uso que regem a operação da plataforma. Essa informação constou da denúncia apresentada. A denúncia foi dirigida contra a Denunciada, FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA., por que a mesma é representante da FOX LATIN AMERICAN CHANNEL, LLC, no Brasil. E a empresa FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA. é sociedade constituída no Brasil e seu capital é 99,9% detido pela FOX LATIN AMERICAN CHANNEL, LLC. Assim, considerando o disposto no art. 1.134 do Código Civil brasileiro a sociedade estrangeira ou tem autorização do Poder Executivo para funcionar no país ou deve ser acionista de sociedade anônima brasileira.

Por fim, reitera os pedidos feitos na petição inicial.

ARGUMENTAÇÃO DA FOX

Em sua manifestação (SEI nº 3777281), a FOX afirma que não é prestadora de serviços de telecomunicações, tampouco a oferta do produto Fox+ caracterizaria a distribuição de conteúdo audiovisual por meio de SeAC para recepção por assinantes. No seu modo de ver, não há dúvidas de que, nos termos da legislação em vigor, ofertas como o Fox+ são SVA, pois oferta um conjunto de funcionalidades acessível por usuários conectados à Internet, na exata lógica assimilada na LGT e no Marco Civil da Internet.

Para a FOX, a CLARO tenta obter por meio da denúncia, pronunciamento da área técnica da Agência no sentido de que a Lei do SeAC, no que se refere à oferta de conteúdo audiovisual, teria desconfigurado a natureza de SVA, conforme definido na Lei nº 9.472/1997. Segue na defesa de que também não há de se admitir que o conceito de oferta por provedores de aplicações de Internet com funcionalidades acessíveis por usuários brasileiros conectados à rede mundial de computadores configuraria prestação de serviços de telecomunicações, sujeita à legislação de regência deste setor.

Ressalta que a denúncia é procedimento de natureza inquisitorial, que se presta à apuração de fatos concretos. Pretende-se, em verdade, por via interpretativa, obter revisão da Lei do SeAC. Clama pela necessidade de arquivamento do Processo Administrativo, dada a insubsistência da denúncia, ou de remessa ao Conselho Diretor da Anatel com consequente conversão em procedimento de interpretação normativa.

Aduz que o enfrentamento da controvérsia que a Denunciante pretende ver instaurada fugiria, em muito, do âmbito do procedimento da denúncia, tal como delimitado no Regimento Interno da Agência – procedimento de natureza inquisitorial, que se presta à apuração de fatos concretos. Pretende-se, em verdade, por via interpretativa, obter a revisão da Lei do SeAC, ignorando-se que “não pode o intérprete alimentar a pretensão de melhorar a lei com desobedecer às suas prescrições explícitas”.

Aponta a necessidade de avaliação das consequências práticas da decisão, pois eventual decisão da ANATEL que dê interpretação para submeter o Fox+ ao regime regulatório das telecomunicações teria caráter geral, aplicando-se a todos os *players* nacionais e estrangeiros que disponibilizem ofertas similares na Internet. E nesse sentido, seria dever da ANATEL avaliar as consequências práticas antes da tomada de decisão, avaliando, inclusive, impactos da interpretação pleiteada sobre a competição e o bem-estar dos consumidores.

Segundo a FOX, a interpretação sistemática da LGT c/c a Lei do SeAC é suficiente para estabelecer a premissa adotada na legislação de regência: somente se caracterizariam como SeAC aquelas prestações nas quais se verifique a execução, por um prestador, de um conjunto, isto é, uma soma de atividades que possibilite a oferta de telecomunicação. E tal conjunto é composto, necessariamente, por ao menos duas atividades: (i) a recepção, por assinantes, de pacotes de canais, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e

de canais de distribuição obrigatória; e (ii) a distribuição, definida na Lei do SeAC como as “atividades de entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros, cabendo ao distribuidor a responsabilidade final pelas atividades complementares de comercialização, atendimento ao assinante, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos, entre outras” (cf. artigo 2º, inciso X).

Assim, essas atividades de “recepção” e “distribuição” – sem as quais não se teria um SeAC –, ao lado da utilização e controle, pelo prestador do serviço, de redes de telecomunicações (próprias ou a ele cedidas por terceiros) é que reclamaria a regulação estatal sob a ótica dos direitos fundamentais da liberdade de expressão e do acesso à informação. Isto, tendo em vista a escassez desses meios e a elevada dependência da difusão de conteúdo em relação a eles.

Desenvolve o argumento de que para os fins da Lei, a distribuição/recepção de conteúdo audiovisual regulada seria aquela que envolve o telespectador passivo, canalizada e sob controle de um ente centralizador, distribuidor e ofertante do serviço de telecomunicações. Não é essa, definitivamente, a lógica na qual se operam ofertas na Internet.

Entende que a referência a “tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer” se presta a qualificar o sujeito do dispositivo, qual seja, a prestação de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, em regime privado.

Registra que o Fox+ não é suportado em redes de SeAC, afirma que é o usuário, que faz uso do meio de telecomunicação que ele, o usuário, contrata para navegar na Internet (seja para acessar servidores de e-mail, para comunicação via VoIP, para interações por meio de redes sociais ou para acesso à informação, em qualquer lugar do mundo) para usufruir do conteúdo do Fox+.

A FOX é ofertante de um conjunto de funcionalidades acessíveis por usuários conectados à Internet, na exata lógica assimilada na legislação em vigor. A delimitação dos universos das telecomunicações e dos SVAs, sobretudo aqueles acessíveis por meio de terminais conectados à Internet e tal como veiculada no art. 61 da LGT, restou reforçada em 2014 com a aprovação do Marco Civil da Internet, em destaque o inciso VII do art. 5º desta lei.

Ofertas de SVA não envolveriam entrega e recepção de conteúdo. Ofertas acessíveis via Internet, diferentemente da prestação de serviços de telecomunicações, não envolveriam a figura do assinante passivo, receptor de um conteúdo distribuído. Tais ofertas, ao contrário, operam em lógica de acesso, pelo internauta, a partir do serviço de telecomunicações por ele contratado e remunerado, a conteúdo disponibilizado na Internet.

Entende que o referencial que orienta a regulação de meios de comunicação de massa, a exemplo do SeAC, simplesmente não se coloca com relação à Internet, eis que presente pressuposto da paridade entre emissores e espectadores. Na Internet, qualquer um pode panfletar, ao vivo ou não, com sons e imagens, e se remunerar

livremente pela difusão de ideias, sem estar submetido às amarras regulatórias próprias da comunicação em massa e das telecomunicações.

Apresenta também o argumento de que condicionar o acesso do internauta brasileiro apenas às plataformas operadas por empresas com sede e administração no país (*cf.* artigo 29 da Lei do SeAC) e autorizadas a operar pela ANATEL – restringindo-se, por exemplo, o acesso a aplicações hospedadas no exterior, que veiculam conteúdo audiovisual em formato sequencial, mediante remuneração, a exemplo de *streaming* de conteúdo esportivo ou de conteúdo adulto, implicaria criação de restrição, pelo Poder Público, à livre navegação na Internet, equiparando o Brasil a países que impõem censura e exercem controle repressivo sobre a rede mundial de computadores e seus usuários.

Sustenta a existência de posicionamentos consistentes e reiterados da Anatel que apontam a natureza de SVA das plataformas disponibilizadas na Internet. A Agência tem sido voz ativa e protagonista nas discussões internacionais sobre os chamados serviços Over the Top (OTT), reconhecendo que identidades técnicas ou funcionais com serviços de telecomunicações não desvirtuariam a natureza de SVA:

- Ofício nº 111/212/PVSTR/PVST/SPV – ANATEL, de 03 de setembro de 2012.
- A Resolução nº 693/2018 aprovou um novo Regulamento Geral de Interconexão (RGI) e alterou outros Regulamentos da Agência, dentre os quais a Resolução nº 73/1998 (Regulamento dos Serviços de Telecomunicações).
- Informe nº 51/2017/SEI/PRRE/SPR.

A ANATEL tem sido voz ativa e protagonista nas discussões internacionais sobre os chamados serviços *Over the Top* (OTT). E conforme proposta apresentada pelo Governo Brasileiro, após aprovação pelo Conselho Diretor da ANATEL, submeteu-se à União Internacional de Telecomunicações (UIT) definição de serviços OTT – proposta que restou aprovada pelos membros da Organização:

As over-the-top (OTT) is an application accessed and delivered over the public Internet that may be a direct technical / functional substitute for traditional international telecommunications services.

Na forma aprovada pela UIT, os fatores de discrimen entre ofertas OTT e serviços de telecomunicações não são as diferenças técnicas ou funcionais existentes, mas sim o fato de, com relação aos primeiros, ter-se uma prestação amparada na Internet, acessível pelo internauta, exatamente como no caso da oferta Fox+.

Eventual absurda decisão da ANATEL que dê interpretação para submeter o Fox+ ao regime regulatório das telecomunicações teria caráter geral, aplicando-se a todos os *players* nacionais e estrangeiros que disponibilizem ofertas similares na Internet. E nesse sentido, seria dever da ANATEL avaliar as consequências práticas antes da tomada de decisão, avaliando, inclusive, impactos da interpretação pleiteada sobre a competição e o bem-estar dos consumidores.

Nesse sentido, considerando se tratar de matéria de interesse geral, seria de rigor que a Agência atuasse para aumentar a segurança jurídica, na forma estabelecida no artigo 30 da Lei n.º 13.655/2018, cercando-se de todas as formalidades que

processos de natureza objetiva e abstrata requerem. Em particular, entende pela necessidade de ser aberto período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido e, ainda, realizada audiência pública para debates sobre a matéria versada no processo administrativo, na forma estabelecida nos artigos 31 e 32 da Lei n.º 9.784/1999 c/c Regimento Interno da ANATEL, sem prejuízo da admissão de intervenção de todos aqueles que comprovem interesse na questão.

Aponta que a tensão concorrencial entre serviços tradicionais de telecomunicações e ofertas disruptivas comparece desde muito tempo e remonta a outros *hard cases*, a exemplo das regulações relacionadas a ofertas de VoIP. Nessa esteira, além de avaliar se as políticas encampadas na Lei, a exemplo daquelas relacionadas ao fomento do mercado de conteúdo nacional, são instrumentos regulatórios aptos a gerar efeitos diante da revolução na estrutura de mercado por plataformas OTT, deve a Agência se debruçar sobre todos os potenciais impactos regulatórios de decisão que estenda a estes negócios inovadores uma disciplina configurada para prestação de serviços de telecomunicações e voltada ao atingimento de finalidades específicas.

Por fim, conclui que admitir o argumento de “competição injusta”, conforme pleiteado retiraria do mercado ofertas que dinamizam a concorrência, oferecem pressão competitiva em um mercado altamente concentrado e beneficiam o bem-estar agregado. Aderindo-se ao argumento concorrencial formulado na denúncia, ter-se-á, em verdade, reforço de estruturas dominantes no mercado audiovisual brasileiro.

Em sua manifestação SEI nº 3885918 e 3885919, com relação aos aspectos procedimentais aponta que as alegações finais são ato processual que ocorre uma vez encerrada a instrução processual, portanto, visto que no Despacho Decisório nº 26/2019/CPRP/SCP, teria reconhecido que a “análise dos argumentos apresentados indica a necessidade de instrução processual para a delimitação, não apenas da matéria fática, mas também dos contornos jurídicos e do enquadramento da situação apresentada”, não teria como a abertura para Alegações Finais ter ocorrido logo após a prolação do referido Despacho. Alega ainda que a convocação para apresentação de Alegações Finais deveria ocorrer tão somente após manifestação de todos os órgãos técnicos e consultivos da Agência, de eventuais terceiros interessados e antes de qualquer decisão que possa sobre ela repercutir.

Ainda em relação ao aspecto procedimental, aponta que caso o processo seja encaminhado ao Conselho Diretor para o exercício da competência estabelecida no art. 133, inciso XXXII, do Regimento Interno da Anatel, é preciso que se observe o art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”), cercado-se de todas as formalidades que processos de natureza objetiva e abstrata requerem. Entende que neste caso dada a repercussão geral da matéria controvertida, mostra-se necessária a abertura de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido e, ainda, a realização de audiência pública para debates sobre o cerne do processo administrativo, na forma estabelecida nos arts. 31, 32 e 34 da Lei n.º 9.784/1999 c/c Regimento Interno da ANATEL.

Quanto ao mérito, apresenta parecer do Professor Marcos Alberto Sant'anna Bitelli no qual aponta o entendimento de que a Lei do SeAC somente é aplicável quando: (i) existe uma entidade prestadora de telecomunicações autorizada que fornece a distribuição das empacotadoras aos assinantes; (ii) existem empacotadores e programadores fornecendo canais para o distribuidor. Nesse sentido, a disponibilização de programação linear por plataforma de Internet, tem natureza de SVA, sujeitas aos princípios e regras do Marco Civil da Internet.

Nessa manifestação, também junta decisão da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Cinema, que ao se manifestar sobre a publicidade digital e as obrigações de prévio registro de obras perante a Agência e de pagamento, teve em seus fundamentos o posicionamento de que "a internet possibilitou o surgimento de uma grande quantidade de formato de obras e/ou modelos de negócio inexistentes nos demais segmentos de mercado mais tradicionais e que, para esses novos formatos e modelos, a adoção das mesmas regras de regulação praticadas historicamente para segmentos tradicionais – como a TV – nem sempre se adapta bem ou produz os efeitos desejados originalmente pela regulação".

Por fim, conclui seu entendimento de que se for decidido no sentido de dar natureza de telecomunicações a plataformas de Internet, estará a ANATEL agindo não contra a oferta FOX+, mas sim em face de um modelo de negócios que vem sendo crescentemente explorado no Brasil.

Nas Alegações Finais apresentadas por meio da correspondência SEI nº 4005575, primeiramente, reafirma seu entendimento que o processo ora em análise evoca interpretação da Lei do SeAC e que isso foi conformado pela Anatel ao admitir a intervenção da ABERT e ABRATEL, por meio Despacho Decisório nº 37/2019/CPRP/SCP. Assim, tendo em vista o caráter objetivo que tem um processo interpretativo e dada a repercussão geral da matéria constante dos autos, é de rigor a abertura de consulta pública para manifestação de terceiros e, ainda, a realização de audiência pública para debates sobre o cerne do processo administrativo, na forma estabelecida nos arts. 31, 32 e 34 da Lei nº 9.784/1999 c/c Regimento Interno da ANATEL.

Reafirma seu posicionamento de que a apresentação de Alegações Finais é imprópria nesse momento. Aduz que a abertura de prazo para apresentação de alegações finais sem que esteja concluída a instrução do processo administrativo não adere ao previsto na legislação. Assim, repete seu pleito de que "por força dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem refletidos nos mencionados dispositivos da Lei nº 9.784/99 – inclusive em seu art. 44 –, é imprescindível conferir à FOX o direito de se manifestar após o efetivo encerramento da instrução processual, isto é, após manifestação de todos os órgãos técnicos e consultivos da Agência, de eventuais terceiros interessados e antes de qualquer decisão que possa sobre ela repercutir."

Quanto ao mérito reitera os argumentos apresentados nas correspondências anteriores e destaca dois pontos:

ofertas acessadas a partir da Internet não envolvem a distribuição de conteúdo audiovisual por meio de SeAC, mas sim por meio de redes que suportam a conexão à Internet – dentre as quais o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) e o Serviço Móvel Pessoal (SMP) –,

contratadas pelos usuários, junto a um prestador de serviço de telecomunicações, justamente para possibilitar tal navegação. Em outras palavras, na condição de Serviços de Valor Adicionado (SVAs), ofertas como o FOX+ agregam novas utilidades⁷ aos serviços de telecomunicações que viabilizam a navegação de usuários na Internet, sem com eles se confundir. O uso de redes de SCM e de SMP para suportar o tráfego de conteúdo audiovisual proveniente da Internet em nada desvirtua a natureza própria destes serviços de telecomunicações e não leva à confusão entre tais prestações e o SeAC;

que o SeAC, que opera em uma lógica centralizada, com distribuição ponto-multiponto de conteúdo audiovisual organizado na forma de canais de programação e que as conexões à Internet se estabelecem a partir de uma transmissão ponto-aponto, em tempo real, possibilitando que o terminal do usuário se conecte ao servidor que hospeda a plataforma. Assim, o conteúdo acessado em uma lógica ponto-a-ponto, a partir da conexão à Internet, evidencia a personalização da experiência do internauta, reforçando seu protagonismo nas escolhas de conteúdo audiovisual – o que inexistente na dinâmica de prestação do SeAC.

ARGUMENTAÇÃO ABERT e ABRATEL

ABERT e a ABRATEL apresentaram conjuntamente a manifestação na qualidade de terceiras interessadas, SEI nº 3900022, na qual apresentam argumentos em defesa da concepção de que o conceito de SeAC não deve abranger as atividades desenvolvidas *Over-The-Top*, na medida em que a transposição acrítica de sua regulação contraria os objetivos almejados pela lei.

Argumentam que a leitura trazida pela CLARO é nitidamente contrária aos fins pretendidos pela legislação de ampliação da concorrência (e não limitação) do setor, bem como não se sustenta à luz dos métodos lógico-sistemático, histórico-contextual e teleológico de interpretação jurídica.

Apontam que numa interpretação literal o legislador expressamente atribuiu ao SeAC a natureza de um “serviço de telecomunicação de interesse coletivo no regime privado”, a ser recebido pelos assinantes. E que a definição sobre o que é um “serviço de telecomunicação de interesse coletivo prestado no regime privado”, consta da LGT (Lei nº 9.472/1997), que, em seu art. 60 e parágrafos, dispendo que o mesmo tem como característica a oferta de informações e/ou sons ao usuário sempre a partir de uma infraestrutura dedicada, sobre a qual a prestadora tem ingerência, a fim de assegurar que o conteúdo emitido ou transmitido seja recebido pelo usuário. Portanto, rede, transmissão e recepção são, assim, elementos ínsitos ao conceito de serviço de telecomunicação.

Suscitam que o fato de a Lei nº 12.485/2011, no parágrafo único de seu art. 1º, ter excluído do campo de sua aplicação apenas os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, sem mencionar a oferta de conteúdo linear via Internet pública, não implica o reconhecimento de que esse serviço estaria abarcado pela Lei do SeAC. Primeiramente, porque, tal como se viu acima, ao definir SeAC como serviço de telecomunicação, o legislador automaticamente excluiu do âmbito de aplicação da Lei nº 12.485/2011 tudo aquilo que não pode ser caracterizado como tal, ou seja,

todos os serviços que não são caracterizados pela responsabilidade da prestadora em transmitir e garantir a recepção do conteúdo pelos usuários por meio de infraestrutura dedicada. Segundo, porque a exclusão da radiodifusão demandava, por suas peculiaridades, uma alusão específica na Lei para evitar dúvidas – dúvidas essas que não se colocam em relação a atividades nas quais sequer há emissão e transmissão de sinais.

Com relação à interpretação lógico-sistemática afirma que diversas referências em dispositivos da Lei nº 12.845/2011 e de seu regulamento (Resolução ANATEL nº 581/2012) apontariam que o SeAC se associa necessariamente à infraestrutura que viabiliza a entrega do conteúdo ao assinante e tem responsabilidade pelo seu recebimento, tais como:

- o art. 33, II da Lei. Tal dispositivo atrela ao regime do SeAC o direito do usuário à contratação do equipamento para receber o sinal, o que faz todo o sentido quando se trata de um serviço de telecomunicação, mas não quando se trata das aplicações de internet objeto da denúncia;
- art. 3º, inciso VIII, do Regulamento do SeAC que expressamente inclui dentre os deveres da prestadora gerenciar a rede e evitar interrupções, ambas atribuições essas que não estão no espectro de ingerência de uma aplicação de internet, mas de um prestador de serviços de telecomunicação privada. Sendo que a aplicação de internet só disponibiliza conteúdo. Não tem responsabilidade por gerenciar qualquer rede nem meios de evitar a interrupções do sinal;
- a lógica que orientou a LGT e a criação da ANATEL, voltada à instituição de uma agência com expertise própria para regulação de infraestrutura de redes, e não de serviços de disponibilização de conteúdo;

Alegam que o que seria determinante para se caracterizar um serviço como SeAC não é a propriedade sobre os meios físicos que integram a rede, mas a responsabilidade pelo serviço de telecomunicação prestado ao assinante. Dito de outro modo: seja ou não proprietário dos meios físicos, o prestador do SeAC é o responsável pela execução do serviço de telecomunicações que transmite o conteúdo e permite sua recepção pelo assinante. A referência na Lei do SeAC ao uso de meios de terceiros reflete uma das características dos serviços pautados na utilização de grandes redes: a necessidade de compartilhamento, conforme preconizado pela teoria das *essential facilities*. Assim, o instituto, que está expressamente previsto na LGT e em regulamentos da ANATEL, visa assegurar o acesso de um agente econômico à infraestrutura detida por concorrentes, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, para que a prestação do serviço por quem não seja o detentor dos meios físicos se torne viável. Mas isso não o isenta – nem poderia isentar – da responsabilidade pela correta prestação e execução do serviço.

Nesse entendimento, o caso dos serviços *Over-The-Top* (“OTTs”), que são aplicações acessadas ou entregues na rede pública, sem que o provedor de conteúdo possua qualquer ingerência sobre ela, pois são as atividades prestadas no âmbito da Internet, a plataforma jamais poderia ser responsabilizada pela transmissão ao consumidor do conteúdo produzido, pela simples razão dela não transmitir nada.

Assim, não haveria que se falar nem em entrega, nem em recepção de conteúdo pelo internauta. O que haveria é a simples oferta desse conteúdo na rede mundial de computadores, sem que seja possível qualquer ingerência por parte do fornecedor sobre as redes de telecomunicações que suportam o acesso do usuário à Internet.

Quanto à interpretação histórico-contextual apontam que a LGT já foi editada com texto apto a garantir-se sua adaptabilidade ao progresso tecnológico, não dependendo de qualquer intervenção da posterior Lei do SeAC para este propósito específico. Suscitam que o Regulamento de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução ANATEL nº 73/1998, estabeleceu de forma clara a adesão ao referido princípio da neutralidade de meios, determinando que os serviços de telecomunicações são definidos de acordo com a finalidade do serviço, independentemente da tecnologia empregada. A neutralidade, portanto, não é uma inovação do legislador de 2011 pensada com o propósito de reconfigurar e atualizar o conteúdo legal, mas a reprodução de uma disciplina jurídica já consolidada e, agora, reiterada.

Indicam que na Lei do SeAC, o destaque à abordagem tecnologicamente neutra, ao lado de manter e reafirmar a lógica jurídica que já vigorava, prestou-se ao propósito particular de promover a unificação dos diferentes regimes até então aplicáveis às várias formas de distribuição de conteúdo audiovisual aos assinantes. Foi assim que, a um só tempo, o SeAC pode ser considerado sucessor de quatro outros serviços de distribuição de conteúdo audiovisual até então vigentes: o MMDS, o DTH, o TVA e o TVC.

Entendem que, considerando-se que o SeAC é um serviço de telecomunicação típico, só poderá ser caracterizado como serviço dessa espécie aquele em que a oferta de conteúdo estiver integrada a uma rede de comunicação fisicamente capaz de entregar o conteúdo ao assinante, por meio de protocolos quaisquer, portanto, quando a oferta está dissociada da efetiva entrega do conteúdo, restará tal conduta fora do âmbito normativo da Lei nº 12.845/2011.

Aduzem que se pode admitir até mesmo a oferta do SeAC usando-se o protocolo de Internet – conforme tantas vezes insistiu a Denunciante – sem que isso desnature o conceito do serviço (como no caso do IPTV), pois para a configuração do SeAC, em linha com a LGT, a prestadora deveria participar efetivamente da entrega do conteúdo por meio de infraestrutura dedicada, sobre a qual possuía ingerência e responsabilidade, viabilizando assim sua recepção pelo assinante do serviço.

Afirmam que os produtos objeto da Denúncia são aplicações de Internet, portanto, enquadram-se no conceito legal trazido pelo art. 5º, VII, Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), como sendo “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à Internet”. E, nessa condição, amoldam-se à perfeição à categoria de Serviço de Valor Adicionado (SVA), prevista no art. 61 da LGT.

Apontam posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que quando o serviço não possibilita a emissão, transmissão ou recepção de informações, deixa de enquadrar-se no conceito de serviço de telecomunicação. E que segundo o STJ caracteriza-se como SVA quem oferta serviços “aproveitando[-se] uma rede de

comunicação em funcionamento e a ela agregando mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações (...), pois seu objetivo não é a transmissão, emissão ou recepção de mensagens, o que, nos termos do § 1º, do art. 60, desse diploma legal, é atribuição do serviço de telecomunicação".

Com o precedente do STJ, entendem que o argumento da Denunciante de que haveria qualquer tipo de tratamento tributário anti-isonômico ou perda de receitas por parte do Erário cai por terra, já que o sujeito passivo da obrigação tributária, como visto, é o detentor da rede de infraestrutura, prestador do serviço de telecomunicação, que deverá arcar com os pagamentos devidos normalmente.

Reforçam o entendimento de que o OTT não tem como assegurar que sua programação chegue ao internauta. Ele "precisa de uma terceira pessoa que efetue esse serviço, servindo como canal físico, para que, desse modo, fique estabelecido o vínculo comunicacional entre o usuário e a Internet. É esse canal físico (empresa de telefonia ou outro meio comunicacional) o verdadeiro prestador de serviço de comunicação, pois é ele quem efetua a transmissão, emissão e recepção de mensagens". Os serviços OTTs limitam-se a armazenar e tratar informações – independentemente de o conteúdo ser linear ou não –, que somente chegam aos destinatários finais por meio da rede de comunicação de terceiros que se encontra em funcionamento e sobre a qual não têm ingerência (ou seja, configuram "Serviços de Valor Adicionado, na definição ainda válida do art. 61 da LGT).

Com relação ao argumento da Denunciante de que a aplicação das referidas regras a canais com conteúdo linear oferecidos via Internet seria também mandatória por razões concorrenciais, evoca a interpretação finalística para defender que na elaboração da Lei nº 12.485/2011 o legislador objetivou evitar que o distribuidor dos conteúdos lineares – que também detinha (e ainda detém) o controle da infraestrutura – pudesse dominar o mercado e a cadeia de produção, na medida em que cabe a ele definir os pacotes e, portanto, o potencial conteúdo disponibilizado ao consumidor. A preocupação do art. 5º da Lei do SeAC quanto à verticalização entre infraestrutura e insumo, aplicado aos OTTs teria o efeito inverso daquele pretendido no que tange à preservação da competição: ao estender tais restrições aos OTTs de conteúdo linear, tal interpretação criaria novas e altas barreiras à entrada neste mercado, limitando a competição de forma injustificada.

Para os serviços OTT, restrições desse tipo simplesmente não servem às finalidades subjacentes à lei. A rigor, elas não fazem qualquer sentido simplesmente porque tais players não têm qualquer ingerência sobre a infraestrutura de rede, revelando-se assim francamente desproporcionais e irrazoáveis quando aplicadas neste contexto.

Portanto, a incidência dessas regras no caso de serviços de OTT, assim como de outras que tenham por premissa lógica e finalística o uso de infraestrutura de telecomunicações para a prestação do serviço ao assinante, revelar-se-ia inconstitucional, tanto (i) por violação à livre concorrência e à proteção dos interesses do consumidor, dois dos princípios que informam a ordem econômica brasileira (art. 170, IV e V, CRFB), quanto (ii) por descumprimento do dever de razoabilidade (corolário do Estado de Direito e do devido processo legal substantivo: art. 1º e art. 5º, LIV, CRFB).

Descrevem que os serviços OTT são oferecidos na Internet como aplicações em geral. Especificamente em relação a conteúdos audiovisuais, tais serviços são ofertados aos internautas mediante a tecnologia de *streaming* de vídeo e áudio, disponíveis em diferentes plataformas, como *smartphones*, *SmartTVs*, videogames etc. São serviços que não dependem do desenvolvimento de infraestrutura de rede própria e permitem que os produtores de conteúdos tenham maior opção de escolha quanto à disseminação de seus produtos – não mais condicionados a canais predeterminados pelo controlador da infraestrutura, mas a um espaço na Internet tendencialmente infinito e de baixo custo. Isso significa que, na Internet, a pluralidade de conteúdos, inclusive nacionais e independentes, seria expressivamente maior, o que importa, igualmente, em um poder de escolha dos usuários com significativa liberdade.

Ressalta que essa mudança comporta variáveis que dão um amplo espaço de escolhas para o consumidor:

- *condição de assinante: no ambiente digital, o usuário pode acessar conteúdos audiovisuais em plataformas gratuitas (por exemplo, YouTube e Facebook), em plataformas pagas por mensalidade (e.g., Netflix, Amazon Prime Video e Hulu) ou por produto específicos (como alguns oferecidos pela Looke e no NOW).*
- *condição da linearidade: o streaming pode se dar de forma linear (como acontece, por exemplo, no NOW, no Watch ESPN, no Fox+ e, mais recentemente, na transmissão de jogos de futebol pela DAZN) ou sob demanda (tais como os serviços on demand do já mencionado Netflix e em outras plataformas de filmes e séries como o HBO GO, o Fox+, o Telecine Play e o NOW).*

Dentro da lógica do OTT – ao contrário dos pacotes disponíveis em SeAC – o consumidor tem outras escolhas que não são determinadas pelo distribuidor (dono da infraestrutura). Por outro lado, a restrição à produção de conteúdo, no ambiente da Internet, resultará em menos conteúdos audiovisuais disponíveis ao consumidor (na medida em que diminuirá a quantidade de produtos no mercado, geralmente mais baratos que a TV por assinatura), o que é extremamente questionável do ponto de vista normativo (mais especificamente, da proteção do consumidor prevista no art. 170, inciso V, da Constituição Federal).

Por fim, considerando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942) concluem que eventual extensão do alcance das regras da Lei nº 12.485/2011 não pode ser conduzida em bases meramente interpretativas, sem o necessário exame das consequências (nefastas) que a medida poderia gerar (para além da necessária existência de respaldo legal).

Na Alegações Finais apresentadas na correspondência SEI nº 4014255, ABERT e ABRATEL argumentam que a denúncia perpassa o desenvolvimento no mercado brasileiro de empresas prestadoras de serviços de aplicação de Internet denominados *Over-The-Top* ("OTT"), assim identificados como qualquer conteúdo ou aplicação disponibilizados a um usuário no âmbito da Internet pública. Tais atividades se diferenciam do modelo clássico de TV paga na medida em que não dependem de uma relação ponta-a-ponta com empresas titulares da infraestrutura de telecomunicações. Em verdade, elas são expressão de um movimento pró-

inovação que se tem observado no Brasil e no mundo, por meio do qual novas formas de tecnologias, ditas disruptivas, proporcionam ao consumidor serviços e produtos diversificados e customizados às suas necessidades.

Quanto ao mérito, destaca o Parecer do Prof. Gustavo Binenbojm no qual esse descreve seu entendimento de que é um equívoco supor que a ausência de conceituação do termo “serviços de telecomunicações” no glossário do art. 2º ou em qualquer outro artigo da Lei nº 12.485/2011 represente uma omissão do legislador. Essa expressão é essencial à identificação do SeAC e se repete em diversos outros dispositivos do diploma legal. Desse modo, se não foi inaugurada nem reformulada pelo legislador de 2011, deve ser aferida a partir da dicção da lei integrativa a que expressamente remete o art. 29 da Lei do SeAC: a LGT, que, não por acaso, apresenta, em seu art. 60, um conceito claro e consolidado do que venham a ser "serviços de telecomunicações".

Aduzem que as plataformas OTT, sejam elas lineares ou não, oferecem conteúdo audiovisual aos espectadores em um ambiente claramente diverso daquele dos serviços de telecomunicações. Voltando-se os olhos para a LGT (Lei nº 9.472/1997), tem-se que a Lei, em seus arts. 60 e parágrafos, 62 e 63, esclarece que serviços de telecomunicações têm como característica a oferta de informações e/ou sons ao usuário sempre a partir de uma infraestrutura dedicada, sobre a qual a prestadora tem ingerência, a fim de assegurar que o conteúdo emitido ou transmitido seja recebido pelo usuário. Pois, os serviços OTTs limitam-se a armazenar e tratar informações – independentemente de o conteúdo ser linear ou não –, que somente chegam aos destinatários finais por meio da rede de comunicação de terceiros que se encontre em funcionamento e sobre a qual não têm ingerência (são, afinal, Serviços de Valor Adicionado, na exata acepção do art. 61 da LGT).

Assim, alegam que a possibilidade de utilização de ‘redes de terceiros’ para a prestação dos serviços de acesso condicionado, não isenta os prestadores da responsabilidade pela infraestrutura de rede, a possibilidade de utilização da rede de terceiros já constituía uma realidade quando da promulgação da LGT, de modo que o compartilhamento de infraestruturas não representa uma inovação da Lei do SeAC, tampouco uma derrogação do conceito de telecomunicações cunhado em 1997.

Afirmam, que no caso das atividades prestadas no âmbito da Internet, a plataforma OTT jamais poderá ser responsabilizada pela transmissão ao consumidor do conteúdo produzido. A razão é simples: ela não transmite nada. Não há que se falar nem em entrega, nem em recepção de conteúdo pelo internauta. O que há é a simples oferta desse conteúdo na rede mundial de computadores, sem que seja possível qualquer ingerência por parte do fornecedor sobre as redes de telecomunicações que suportam o acesso do usuário à internet.

Com relação à neutralidade, não foi uma inovação do legislador de 2011 pensada com o propósito de reconfigurar e atualizar o conteúdo da LGT, mas a reprodução de uma disciplina jurídica já consolidada e, agora, reiterada. Pode-se admitir até mesmo a oferta do SeAC usando-se o protocolo de Internet – conforme tantas vezes insistiu a Denunciante – sem que isso desnature o conceito do serviço. Tal é o caso

do IPTV. Para a configuração do SeAC, em linha com a LGT, o ponto determinante é que a prestadora participe da efetiva entrega do conteúdo por meio de infraestrutura dedicada, sobre a qual possua ingerência e responsabilidade, viabilizando assim sua recepção pelo assinante do serviço. A neutralidade tecnológica em nada se confunde com esse pré-requisito. E que o destaque quanto à neutralidade tecnológica teve por objetivo promover a unificação dos diferentes regimes até então aplicáveis às várias formas de distribuição de conteúdo audiovisual aos assinantes, assim apontado que o SeAC seria o sucesso de quatro outros serviços de distribuição de conteúdo audiovisual até então vigentes: o MMDS, o DTH, o TVA e o TVC.

Com relação aos argumentos de ordem concorrencial, entende que o cenário vislumbrado pelo legislador tinha por objetivo evitar que o distribuidor dos conteúdos lineares – que também detinha (e ainda detém) o controle da infraestrutura – pudesse dominar o mercado e a cadeia de produção, na medida em que cabe a ele definir os pacotes e, portanto, o potencial conteúdo disponibilizado ao consumidor. A presença de OTTs no mercado, por óbvio, não está abrangida por esta hipótese. Aliás, é justamente a limitação a esse ambiente de múltiplos agentes na rede de internet pública que pode gerar efeitos colaterais irreparáveis ao mercado, em franca violação a princípios do Texto Maior.

Descrevem que se seguindo a tese da denúncia, teríamos de um lado um cenário em que uma simples plataforma de OTT, sem qualquer ingerência sobre a infraestrutura que viabiliza a oferta do conteúdo ao assinante, ficaria proibida de controlar ou deter parcela significativa de programadora, produtora ou radiodifusora. Tal proibição, além de inócua na precaução pretendida pelo art. 5º quanto à verticalização entre infraestrutura e insumo, teria o efeito inverso daquele pretendido no que tange à preservação da competição: ao estender tais restrições aos OTTs de conteúdo linear, tal interpretação criaria novas e altas barreiras à entrada neste mercado, limitando a competição de forma injustificada. Entendem que isso seria um verdadeiro paradoxo regulatório. E apontam que sendo esta uma norma restritiva de direitos, não pode ser interpretada extensivamente.

Aduzem que sob a ótica da proteção do consumidor, o legislador de 2011 procurou garantir a pluralidade quanto aos conteúdos transmitidos. Buscou-se permitir, sob a ótica dos usuários, um maior acesso a conteúdos (inclusive nacionais) dentro da lógica de um número finito de canais disponíveis e empacotados por um número reduzido de players no mercado. Afinal, é o distribuidor – dono da infraestrutura – quem delimita o conteúdo disponibilizado ao consumidor quando seleciona os canais e pacotes disponíveis para comercialização.

Ao final, reapresentam o argumento de que cogitasse de eventual alteração do desenho regulatório dos OTTs para a transposição das regras do SeAC, isso apenas poderia ser implementado por intermédio de lei e jamais de uma denúncia em sede administrativa, considerando-se, inclusive, o rol de competências delegadas pelo legislador à ANATEL, que não tem poder para inovar no ordenamento jurídico.

Por fim, reitera seu pedido de rejeição da denúncia e arquivamento do processo.

PEDIDOS DE TAP BRASIL – ASSOCIAÇÃO DOS PROGRAMADORES DE TELEVISÃO e MOTION PICTURE ASSOCIATION AMÉRICA LATINA

Em 24/04/2019, a TAP BRASIL – ASSOCIAÇÃO DOS PROGRAMADORES DE TELEVISÃO apresentou pedido de ingresso como terceira interessada no presente processo, por meio da correspondência SEI nº 4071473.

Em 20/05/2019, a MOTION PICTURE ASSOCIATION AMÉRICA LATINA pediu seu ingresso como terceira interessada no presente processo, por meio da correspondência SEI nº 4167208.

A solicitação de terceiras interessadas não será objeto deste Informe específico, visto que se trata de análise da aplicação de medida cautelar considerando os fatos já presentes nos autos, sem prejuízo da apreciação dos pedidos no processo de avaliação meritória da questão.

III – DA ANÁLISE

DA POSSIBILIDADE E DA COMPETÊNCIA

Compete à União disciplinar sobre telecomunicações e explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações.

A Constituição Federal (art. 21, XI) e a LGT atribuíram à Anatel a qualidade de órgão regulador das telecomunicações. Assim, por meio da LGT (Lei nº 9.472/1997), foi criada a Agência com competências para a adoção de medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade e, especialmente, expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações.

A LGT conferiu à Anatel competência para adotar as medidas necessárias para implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações (art. 19, I, LGT). Tal política nacional de telecomunicações, aprovada pelos Poderes Executivo e Legislativo em suas respectivas esferas de competências, pode ser compreendida como o conjunto de preceitos estatuídos nas Leis Federais e Decretos Presidenciais editados em pertinência à matéria de telecomunicações, o que inclui além da Lei nº 9.472, de 16/7/1997 (LGT), a Lei nº 12.485, de 12/09/2011.

A Lei nº 12.485/2011 dispôs sobre organização da comunicação audiovisual de acesso condicionado e estabeleceu em seu art. 29 da Lei nº 12.485/2011 que a distribuição do conteúdo por meio do serviço de acesso condicionado (SeAC) deve ser realizada por empresa constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país, a qual deve observar as disposições previstas na Lei nº 9.472/1997 e a regulamentação editada pela Anatel.

Assim, questões que envolvam o SeAC devem ser compreendidas com uma leitura sistêmica da LGT e da Lei nº 12.485/2011. Cabe destacar, nesse sentido, as competências previstas no art. 19 da LGT, *in verbis*:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;

XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;

XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários;

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;

Infere-se das aludidas normas que compete à Anatel adotar medidas visando ao bom desenvolvimento do mercado de telecomunicações, ainda que tais medidas sejam direcionadas a não outorgados à prestação de serviço de telecomunicações, desde que sua conduta diga respeito ao setor.

Portanto, diante dessas considerações e visto o debate de teses apresentado, cabe à Agência apreciar o caso apresentado à luz de suas competências e primando pelo pleno funcionamento do setor de telecomunicações, em proteção ao interesse público envolvido.

Já no que concerne à possibilidade de adoção de medidas cautelares, a Lei nº 9.784, de 29/1/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (LPA), assim dispõe:

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado. (grifo nosso)

No mesmo sentido, a LGT contém previsão de tais medidas, mesmo antes da apresentação da defesa nos autos:

Art. 175. Nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa.

Parágrafo único. Apenas medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas antes da defesa.

Aludida prerrogativa também encontra respaldo no Regimento Interno da Agência, aprovado pela Resolução nº 612, de 29/4/2013, que assim preconiza:

Art. 52. A Agência poderá, motivadamente e observadas as competências estabelecidas neste Regimento, adotar medidas cautelares indispensáveis para evitar dano grave e irreparável ou de difícil reparação, sem a prévia manifestação do interessado.

§ 1º Até que eventual pedido de concessão de efeito suspensivo seja julgado, todas as decisões previstas na medida cautelar deverão ser cumpridas.

§ 2º A decisão do pedido de concessão de efeito suspensivo terá caráter urgente e prioritário em face dos demais.

§ 3º As medidas cautelares podem ser adotadas no curso do procedimento ou, em caso de risco iminente, antes dele.

§ 4º As medidas cautelares adotadas no curso do procedimento não obstam o seu prosseguimento, devendo todos os atos a elas relativos ser apensados em autos apartados.

§ 5º Caso haja recurso contra a decisão que adotar medidas cautelares, os autos apartados devem ser desapensados do procedimento principal, se houver, para análise e decisão pela autoridade competente.

Inconteste, pois, que compete à Anatel atuar de pronto em face de situações que representem risco iminente ao setor de telecomunicações.

De maneira mais afeta ao SeAC, o art. 96 do Regulamento aprovado pela Resolução nº 581/2012 é ainda explícito em atestar:

Art. 96. A Anatel atuará para solucionar os casos omissos e divergências decorrentes da interpretação e aplicação deste Regulamento.

Finalmente, nos termos do Regimento Interno, art. 242, XII, os Superintendentes são competentes para a adoção de medidas cautelares, *in verbis*:

Art. 242. São competências comuns aos Superintendentes:

XII - expedir medidas cautelares, no âmbito de sua competência;

E é com fundamento nos dispositivos supramencionados que se procederá à análise do pedido de cautelar em apreço.

DA ANÁLISE DA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

A aplicabilidade de medidas cautelares encontra-se intrinsecamente relacionada ao desenvolvimento do processo, seja ele de que natureza for, judicial ou administrativo. A tutela cautelar é um instrumento de garantia processual, tendo por finalidade assegurar a efetividade de um determinado provimento a ser produzido como resultado final de um processo.

Conforme definição proposta por Humberto Theodoro Júnior (*in* Curso de direito processual civil, vol. II. 34ª ed. Rio de Janeiro. Forense. Pg. 363), a medida cautelar pode ser definida como:

A providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação de estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal.

No regime jurídico administrativo a atuação cautelar do agente público competente, tem escopo semelhante, no sentido de outorgar situação provisória de segurança, porém, não aos interesses particulares dos litigantes, mas ao próprio interesse público, finalidade maior a orientar e conformar todo exercício da função

administrativa. Assim sendo, para a proteção provisória do interesse público tem cabimento a atuação da tutela cautelar, prevenindo-o contra o risco do dano imediato ou da ineficácia do processo.

A proposição de medidas com caráter urgente, como a adoção de uma medida cautelar, envolve a análise da existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* traduz-se, literalmente, como “fumaça do bom direito”. É um sinal ou indício de que o direito pleiteado de fato existe. Não há, portanto, a necessidade de provar a existência do direito, bastando a mera suposição de verossimilhança.

Já o *periculum in mora* traduz-se, literalmente, como “perigo na demora”. Para o direito brasileiro, é o receio que a demora da decisão judicial cause um dano grave ou de difícil reparação ao bem tutelado. Isso frustraria por completo a apreciação ou execução da ação principal. A configuração do *periculum in mora* exige a demonstração de existência ou da possibilidade de correr um dano jurídico ao direito da parte de obter uma tutela jurisdicional eficaz na ação principal.

Do *Fumus boni iuris*

Para que se reconheça o requisito do *fumus boni iuris*, suficiente é o indício ou suposição de que o direito existe.

Dos elementos apontados nos autos, verifica-se que a plenitude de conteúdos disponibilizados pela FOX por meio de seu aplicativo Internet suscita dúvidas jurídicas razoáveis a respeito da plena aderência e conformidade desse modelo com os preceitos da Lei nº 12.485/2011.

Para a CLARO, deve-se considerar tanto o aspecto da novidade quanto o da especialidade da Lei nº 12.485/2011, uma vez que é posterior à LGT (Lei nº 9.472/1997) e trata do serviço de telecomunicações com especificidade: o SeAC. Para os casos de distribuição remunerada de canais lineares de programação audiovisual, a Lei nº 12.485/2011 teria mitigado a separação conceitual existente entre serviços de valor adicionado e serviços de telecomunicação, uma das bases estruturantes da LGT. Para a lei específica, segundo a CLARO, se houver oferta de conteúdo audiovisual nas condições por ela indicadas, quaisquer que sejam os meios eletrônicos, tratar-se-á de “serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado em regime privado” e, como tal, sujeito à regulação do setor.

Já a FOX sustenta, além de insurgências contra questões procedimentais, que sua oferta envolve a disponibilidade remunerada de conteúdo audiovisual na Internet, cujo acesso está condicionado à contratação de redes de terceiros à livre escolha dos consumidores. Nesse sentido, argumenta que o produto se configura uma aplicação Internet, em conformidade com seu Marco Civil estabelecido na Lei nº 12.965/2014, sendo um serviço de valor adicionado nos termos da LGT.

ABERT e ABRATEL, na condição de terceiras interessadas, defendem que o serviço de telecomunicações foi definido pela LGT como sendo a oferta de informações e/ou sons a usuário, sempre a partir de uma infraestrutura dedicada, sobre a qual a

prestadora tem ingerência, a fim de assegurar que o conteúdo emitido ou transmitido seja recebido pelo usuário. Nesse sentido, poder-se-ia admitir a oferta do SeAC usando-se o protocolo de Internet, mas, para tanto, a prestadora responsável teria que participar efetivamente da entrega do conteúdo por meio de uma infraestrutura alocada, própria ou contratada, e sobre a qual possuía ingerência e responsabilidade, viabilizando assim sua recepção pelo assinante do serviço.

Nessa dicotomia de visões tão opostas, eventual predominância plena de qualquer uma das duas perspectivas, ainda que apenas por argumentar, levaria a consequências igualmente impactantes e nada triviais para ambos os mercados, o do audiovisual e o de telecomunicações. Se por um lado venha a prevalecer integralmente a linha argumentativa da CLARO, o Brasil teria uma inserção muito controversa nas novas tendências globais de ofertas de conteúdo audiovisual, criando sucessivas trincheiras jurídicas dos limites e conceitos aplicados às nuances dos modelos de negócio vindouros, a exemplo da linearidade.

No outro extremo, prevalecendo plenamente a visão partilhada por FOX/ABERT/ABRATEL, os objetivos pretendidos com as políticas públicas delineadas pela Lei nº 12.485/11 incorreriam em um risco não desprezível de esvaziamento, considerando a linha defendida de que o escopo do Lei nº 12.485/11 não alcançaria de qualquer forma os conteúdos acessados por meio da Internet.

Percebe-se, portanto, que a questão consubstancia tema transversal que diz respeito aos próprios caminhos que serão trilhados especialmente pelos setores de telecomunicações e audiovisual, potencialmente afetando todos os envolvidos, embora formalizada num caso concreto.

Reconhecendo a importância, a abrangência e a transversalidade da definição que se pretende seja dada pela Anatel, com os respectivos impactos, mostra-se razoável, prudente e adequado, dada a peculiaridade da situação posta, que se permita a ampla manifestação de quaisquer interessados no deslinde do feito. A medida encontra aderência na legislação, em especial no próprio art. 31 da Lei nº 9.784/99, que dispõe ser possível, quando a matéria discutida no processo envolver assunto de interesse geral, que se abra período para manifestação de terceiros antes da decisão da questão.

Nesse sentido, está sendo realizada uma Tomada de Subsídios (SEI nº 4254327) para escuta da sociedade, ampliando-se o debate da questão para consubstanciar a análise definitiva da Agência.

Retomando à avaliação focada no caso concreto, as questões jurídicas suscitadas apontam para uma linha tênue de conformidade ou não conformidade regulatória quanto ao modelo de negócio ofertado pela FOX, sinteticamente descrito abaixo.

Do sítio eletrônico da FOX,^[1] observa-se que o conteúdo percebido pelo consumidor será dependente da sua área geográfica e do tipo de pacote contratado, não se for contratado por meio de uma operadora de TV paga ou feito pelo pagamento direto (*streaming*), conforme transcrito abaixo:

O App **FOX** tem uma extensa variedade de conteúdos a oferecer e a disponibilidade depende de diversos fatores:

Dos direitos sobre o conteúdo

Do alcance de sua assinatura junto à operadora de TV

Das possibilidades técnicas dos dispositivos

Dos direitos sobre conteúdos

A permanência e a disponibilidade dos conteúdos no **App FOX** dependem dos direitos licenciados. Duas modalidades principais determinam a duração da exibição:

Catch up, títulos com prazo determinado, geralmente breve, após a transmissão. [+ informações aqui>](#)

Biblioteca, conteúdos que permanecem por tempo prolongado. [+ informações aqui>](#)

Do alcance de sua assinatura

Dependendo da sua área geográfica e do tipo de pacote contratado, seja com uma operadora de TV paga ou pagamento direto via streaming (disponível em alguns países), a quantidade e o tipo de conteúdo ao qual você terá acesso podem variar. Atualmente os pacotes são:

Pacote básico

Fox Premium

Fox + (disponível em alguns países)

Da mesma forma, o tempo disponível para assistir aos conteúdos transmitidos depende do tipo de pacote assinado com sua operadora de TV. Se sua assinatura inclui somente os canais do **pacote básico**, você poderá acessar aos títulos através da modalidade [catch up](#). Isso significa que você poderá assisti-los por prazo determinado, assim que o conteúdo estiver disponibilizado. Por outro lado, se você é um assinante FOX Premium ou Fox+, pode acessar ao conteúdo FOX dependendo do pacote adquirido e aproveitar nossa biblioteca, por exemplo: as temporadas de suas séries favoritas.

Cabe destacar que no sítio eletrônico da FOX consta a informação de que há dois tipos de acesso ao seu conteúdo *catch up* e biblioteca:

Conteúdos catch up

Os conteúdos catch up são aqueles que podem ser assistidos no App FOX no dia seguinte à transmissão na TV, e que ficarão disponíveis entre 10 e 30 dias após o lançamento.

Para manter-se informado e não perder nenhum episódio, quando restarem poucos dias de transmissão, o App FOX exibirá o tempo disponível para cada episódio abaixo do título, conforme ilustra a imagem a seguir:

Conteúdos da biblioteca

Os conteúdos da biblioteca são aqueles com direitos de divulgação mais extensos do que os conteúdos catch up. Por exemplo, as séries da “biblioteca” têm licenças prolongadas, os episódios permanecem mais tempo no App FOX e, por isso, você tem a opção de assistir a temporadas completas.

Ocorre que, além do *catch up* e da biblioteca, existe uma aba de acesso ao conteúdo denominado “Tv ao Vivo”, no qual estão dispostos os conteúdos programados pela FOX.

O acesso ao conteúdo do “TV ao Vivo” é concedido aos usuários do produto Fox+, conforme descrição realizada no sítio da empresa[2].

O que é o Plano Fox+?

Com o plano FOX+ você assiste a séries, filmes, desenhos e esportes em 11 canais da FOX ao vivo e ainda tem muito conteúdo para ver quando quiser. Você pode contratar o plano FOX+ pela loja de aplicativos do seu smartphone ou pela sua operadora de celular ou internet.

Como assinar o Plano Fox+?

Para assinar o plano Fox+, você deve ingressar na web assistafox.com.br ou ligar ao telefone da operadora que há na web. Com estes simples passos, você pode desfrutar de todo o plano Fox+.

A FOX, em suas alegações, afirma que a oferta por meio do aplicativo difere da oferta do SeAC, pois, em que pese a verossimilhança do *layout* apresentado aos seus usuários com o visual de uma grade de programação, não é preciso respeitar no aplicativo a sequência linear temporal da programação, eis que, aos usuários é conferido o poder de acessar qualquer um dos programas a hora que desejar dentro de uma janela de acesso temporal. De fato, o que se observa é que por meio do aplicativo duas experiências são oferecidas aos usuários do aplicativo da FOX.

A primeira delas é a oferta de um catálogo de conteúdos audiovisuais que permite ao usuário, no momento por ele escolhido e a partir de sua solicitação, a escolha e a fruição de um vídeo de sua preferência.

A segunda é a oferta de acesso a conteúdo com a denominação “TV ao vivo”. A experiência “TV ao vivo” remete o usuário ao conteúdo formatado como um canal de programação, onde o usuário tem a informação sobre a disponibilidade do programa e a hora de sua vinculação, o que comumente se denomina “grade de programação”.

Na primeira experiência, está sendo ofertado o acesso ao catálogo da plataforma por um valor fixo, o que comumente se denomina vídeo sob demanda mediante assinatura de SVoD. Na segunda experiência, seria a oferta de “TV ao vivo”, mas que, na verdade, se apresenta como um híbrido do *catch-up TV*, como se explicará abaixo.

Geralmente, o modelo de negócio tradicional de *catch-up TV*, prática consolidada no mercado, ocorre quando canais de programação disponibilizam conteúdo por tempo determinado em uma plataforma de VoD, sem necessariamente a exigência de um pagamento extra pelo consumidor. A oferta de conteúdo acessado, no modelo de negócio tradicional, depende de vínculo com outro serviço, em geral, o SeAC. O objetivo desses canais é, na verdade, agregar valor ao serviço prestado e reter o cliente, que passa a conseguir acessar o conteúdo do canal por meio de diferentes dispositivos.

Um dos efeitos do crescimento dos serviços de VoD por assinatura no Brasil, como o Netflix, foi a busca por parte das operadoras de TV aberta e por assinatura em oferecer alternativas de fruição *on demand* a seus usuários, tanto por meio de suas redes dedicadas como pela internet (OTT). A estratégia de sofisticar seus serviços e fidelizar clientes envolve a disponibilização de obras exibidas na grade de programação linear para visualização no momento escolhido pelo usuário (*catch up TV*) ou a oferta de conteúdos *premium* no modelo transacional. Esse movimento de

migração para o universo OTT foi acompanhado por programadoras do mercado de TV paga, de modo que hoje vários canais ofertam ao usuário a opção de visualizar conteúdos pela internet sem ônus adicional, desde que o usuário seja cliente de seus serviços em pacote de TV por Assinatura. No mercado de TV aberta esse processo também ocorre, mas a fruição *on demand* irrestrita dos conteúdos da grade linear é normalmente condicionada à assinatura de um serviço adicional. [Recomendações da ANCINE para uma regulação da Comunicação Audiovisual sob Demanda, Disponível

em: https://www.ancine.gov.br/sites/default/files/Vod%20Documento%20OP%C3%ABAblico%20Final%20v3_2.pdf

Vê-se que a prática de mercado tem sido ofertar o aplicativo do canal de programação permitindo que o consumidor tenha acesso ao conteúdo por meio de outros dispositivos, mas para tanto exige-se a autenticação com informações do SeAC que contratou.

No caso da experiência “TV ao vivo” do aplicativo, a FOX apresenta o conteúdo no *layout* de grade de programação, mas não exige a autenticação do SeAC e o custo do acesso é remunerado pela assinatura mensal de acesso ao aplicativo da FOX.

Para este momento da análise, é importante destacar que a grade de programação apresentada no aplicativo da FOX não difere daquela que está sendo apresentada nos canais da FOX acessados por meio da contratação de SeAC. Nesta constatação, reside a principal diferença entre a oferta da FOX e outras abordagens ou modelos de negócios sendo testados. Não se trata de uma mera organização temporal esporádica de conteúdos, tampouco uma nova configuração mercadológica de conteúdo não disponível na programação e empacotamento do SeAC e muito menos uma dinâmica de protagonismo e customização da audiência na definição de uma linearidade sugerida. Trata-se, na verdade, da inconteste e evidente replicação do conteúdo programado na cadeia produtiva organizada na Lei nº 12.485/2011: produção-programação-empacotamento-distribuição, sem arcar com os ônus inerentes a essa atividade estabelecidos na mesma Lei.

A alegação de que as facilidades permitidas ao usuário do aplicativo as distinguiriam do conteúdo programado pela FOX e distribuído por meio do SeAC não consegue afastar o fato de que, em ambos os casos, o consumidor recebe o mesmo *layout* de conteúdo.

Nesse sentido, o aspecto de complementariedade entre diferentes plataformas resta afastado no caso da oferta da FOX, quando se permite que o acesso ao conteúdo da “TV ao vivo” seja acessado sem que o consumidor tenha que autenticar um serviço SeAC.

Esse *catch-up* TV híbrido ofertado pela FOX é uma abordagem mais heterodoxa, que destoa de demais práticas já consolidadas no mercado e, portanto, testa os limites de conformidade regulatória com um mosaico legal composto pela LGT, pelo Marco Civil da Internet e pela Lei de Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado.

Esse contexto sinaliza a verossimilhança de direito (*fumus boni juris*), na medida em que se verifica a presunção de contrariedade à Lei nº 12.485/2011, que assim definiu o SeAC:

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

[...]

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

Também gira em torno da órbita do bom direito a competência da Anatel para adotar medidas necessárias que visem à regularização e/ou à fiscalização da atividade de distribuição de conteúdos audiovisuais, nos termos do art. 29, parágrafo único, da Lei nº 12.485/2011, *in verbis*:

Art. 29. A atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado é livre para empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, sendo regida pelas disposições previstas nesta Lei, na [Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997](#), e na regulamentação editada pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.

Parágrafo único. A Anatel regulará e fiscalizará a atividade de distribuição. [sem destaque no original].

Pelo exposto, resta atendido o requisito do *fumus boni iuris* para concessão da cautelar. Os indícios suficientes para caracterizar tal requisito recaem na distribuição, por meio da aba “TV ao vivo” do aplicativo da FOX, de conteúdo audiovisual na forma de grade de programação idêntica àquela disponível nos canais da FOX acessados mediante contratação de SeAC, sem a exigência de que o consumidor autentique um serviço SeAC.

Do Periculum in mora

Quanto a este aspecto, a intervenção da Anatel é necessária, pois a ausência de uma decisão, neste momento, pode ensejar a presença de um elemento estranho ao ecossistema atualmente percebido pelo setor.

A Lei nº 12.485/2011 estabeleceu um conjunto de regramentos aos exploradores da atividade econômica de comunicação audiovisual e a atividade condicionada de entrega do conteúdo mediante assinatura por parte de seu receptor.

Cabe destacar que o parágrafo único do art. 1º da aludida Lei estabeleceu que estariam excluídos de suas previsões os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (ressalvados os dispositivos expressos que fazem menção a esses serviços ou a suas prestadoras).

Dos debates ocorridos no Congresso Nacional que deram o texto final da referida Lei, observa-se a preocupação na adoção de medidas que levem ao estímulo de surgimento de canais brasileiros, programados por empresas brasileiras, e também

para produção de conteúdo brasileiro independente de maior valor agregado, como filmes, obras seriada para televisão, documentários, animação; bem como o fomento do mercado de televisão por assinatura, o mercado de banda larga e o mercado do audiovisual.

A estrutura da referida legislação pode ser compreendida em dois eixos diretivos.

O primeiro foi a criação de regramentos sobre a produção, programação e empacotamento do conteúdo audiovisual visando dar impulso à indústria cultural e do entretenimento, promovendo assim a geração de riquezas, atraindo divisas e aumentando a oferta de empregos de alta qualificação no país. Nesta vertente, a lei busca fomentar o mercado nacional, criando condições para a multiplicação de empreendimentos e a geração de riqueza interna, para que o Brasil se torne um grande polo produtor de audiovisual, a exemplo de outros países que se consolidaram como produtores de conteúdos e exportadores de formatos audiovisuais.

O segundo, preocupado com o aumento da oferta do serviço e que com o estabelecimento de instrumentos fomentadores da competição nesse nicho de mercado, visando a uma redução dos preços e melhoraria da qualidade do serviço, com mais pluralidade e diversidade nos conteúdos audiovisuais ofertados aos assinantes. Para tanto, foi incluída a autorização para as empresas de telefonia passassem a poder operar no mercado de televisão por assinatura, o que era vedado pela legislação anterior; a eliminação da diferenciação do serviço por tecnologias (cabo, satélite, MMDS) e a padronização da Autorização como instrumento legal que permite a operação do serviço.

Assim, a cadeia de valor da TV por assinatura pode ser segmentada em quatro elos: produção, programação, empacotamento e distribuição, conforme definido na Lei nº 12.485/2011.

Os três primeiros elos compõem a cadeia do Mercado Audiovisual diretamente vinculada à produção do conteúdo audiovisual.

Ao quarto elo, a distribuição, a Lei nº 12.485/2011 interconectou-o ao mercado Audiovisual, estabelecendo uma série de medidas capazes de viabilizar o fluxo financeiro a montante (*upstream*) da cadeia produtiva, isto é, que os recursos obtidos junto aos assinantes percorram até chegar ao elo inicial: os produtores de obras e conteúdos audiovisuais.

Tal apontamento está na Nota Técnica Conjunta Anatel e Ancine que avaliou o Aspecto Econômicos e Comerciais do Serviço de Acesso Condicionado de 2016, que em sua conclusão ainda destacou *in verbis*:

A partir da análise das forças competitivas atuantes no seguimento de TV por assinatura sob a ótica da metodologia proposta por Portes, pode-se constatar que uma das principais questões enfrentadas diz respeito à relação de interdependência entre as empresas atuantes nos elos de programação, empacotamento e distribuição. O processo de escolha do assinante de Tv por assinatura passa pela oferta de conteúdos e canais diversificados. Dessa forma, operadoras em busca de vantagens competitivas no mercado precisam oferecer um mix de canais com diversos perfis de gênero. Já as programadoras precisam ter acesso a uma ampla base de assinantes e, para serem atrativas para a audiência e para

as operadoras, incorrerem em elevados investimentos em marca e em licenciamentos de direitos de exibição de conteúdos audiovisuais.

Por outro lado, a referida Nota Técnica também concluiu que:

Além disso, a substitutibilidade do serviço de TV por assinatura pelo VoD não pode ser considerada uma realidade. Apesar da progressiva popularidade dos serviços de VoD, para que se tornem rivais efetivos à TV por assinatura devem suplantar alguns problemas, como a carência de infraestrutura de banda larga e a baixa penetração do cartão de crédito e dos serviços bancários eletrônicos no país. Mesmo nos domicílios onde há banda larga fixa, o serviço ainda se apresenta majoritariamente como complementar à TV paga, pois a oferta de conteúdo esportivo e ao vivo é ainda incipiente. Ademais, sua regulamentação ainda está sendo discutida e, com isso, um possível cenário do VoD como substituto da TV por assinatura encontra-se em construção. No entanto, as programadoras que ofertam conteúdo como filmes, séries e infantil, podem particularmente sofrer maior pressão competitiva dos serviços de VoD.

Ocorre que as barreiras descritas a época da referida Nota estão sendo contestadas rapidamente, com o acelerado passo de desenvolvimento tecnológico.

Fato é que o modelo de negócio atualmente realizado pela FOX, ao permitir que os adquirentes do produto FOX+ acessem o mesmo conteúdo dos canais programados pela FOX para distribuidoras do SeAC, via aba denominada "TV ao vivo", deve ser avaliado em sua aderência ao estabelecido na legislação e inclusive eventuais impactos na cadeia de valor delineada na Lei nº 12.485/2011.

Conforme se aduz dos autos - e até onde se tem notícias -, o modelo empreendido por FOX é singular, pois, diferentemente de outras ofertas similares, permite o acesso ao exato conteúdo programado na cadeia produtiva tradicional do SeAC.

Há evidências, contudo, de que o modelo de negócios em comento pode representar uma tendência a ser replicada em diferentes plataformas e naturezas de conteúdo. Explica-se. Em primeiro plano, o Brasil tem experimentado uma evolução na penetração de banda larga fixa e móvel de alta capacidade, a infraestrutura habilitadora da fruição desse modelo de negócios, o que projeta uma ampliação da base potencial para essas ofertas. Um segundo ponto é a diferença de incidência tributária entre os serviços considerados de valor adicionado e o serviço de acesso condicionado (SeAC). Essa disparidade gera um incentivo não desprezível ao empresário de predileção pelo primeiro enquadramento, em detrimento do recolhimento fiscal sobre serviços de telecomunicações.

Dessa forma, em razão do ineditismo do modelo proposto pela FOX e dos incentivos a sua proliferação, é muito provável a larga adoção da prática antes mesmo de qualquer apreciação de mérito da controvérsia pela Anatel. Assim, reconhecendo a existência de dúvida jurídica razoável sobre a conformidade do modelo com a Lei nº 12.485/2011, julga-se conveniente e salutar a adequação cautelar desse modelo de negócio às práticas ordinárias do mercado, até o juízo definitivo da questão por parte do órgão regulador.

Do contrário, a tolerância da Anatel com potencial multiplicador da prática e todos os impactos envolvidos mostra-se temerária. Uma omissão do órgão regulador geraria incertezas jurídicas diversas e uma situação de difícil reparação materializada na frustração das políticas públicas de

incentivo ao conteúdo audiovisual nacional. Pois, a larga adoção desse modelo sem uma compreensão plena de sua aderência à Lei nº 12.485/2011 conduziria ao esvaziamento progressivo do regime de cotas, financiamento e estímulo ao desenvolvimento de conteúdos nacionais, o que foi delineado pelo Legislador a partir da exploração e fruição do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC).

De toda sorte, mesmo em um juízo rápido de reversibilidade das possíveis situações, mostra-se mais adequado determinar, ainda que cautelarmente, que esse único agente (FOX) reoriente seu modelo de negócios às práticas ordinárias já consolidadas do setor, do que se manter inerte à ampla difusão dessa abordagem, antes da avaliação de sua regularidade, o que seria hipoteticamente de reversão muito mais gravosa.

Importante ainda esclarecer que não se pode afastar por hora, com uma compreensão ainda sumária da controvérsia, uma decisão de mérito em um sentido ou em outro. Daí a necessidade da já mencionada Tomada de Subsídios. No entanto, busca-se no momento fixar um regime de estabilidade e convergência com práticas atuais, com baixos custos de reversão e até que se tenha a apreciação definitiva da questão.

Finalmente, não está sendo imposta à FOX qualquer vedação na utilização do aplicativo como um modelo de negócio de oferta e disponibilidade de conteúdo audiovisual, o que se propõe é a ressalva quanto à oferta de conteúdo semelhante aos canais programados pela FOX para distribuição por meio do SeAC, buscando assegurar aderência aos modelos de *catch-up* já sedimentados no mercado de TV por assinatura nacional.

Assim, diante da necessidade do aprofundamento das questões técnico-jurídicas que envolvem o caso em apreço, primando pela prevalência do interesse público, pela defesa da concorrência e pelo desenvolvimento do setor no país, entende que se faz presente o requisito do *periculum in mora*.

Medidas cautelares pleiteadas e Medida cautelar proposta pela Anatel

Na petição inicial apresentada pela CLARO, SEI nº 3606764, fora solicitada a concessão da medida cautelar no sentido de determinar a imediata interrupção da oferta do produto FOX+ sob o argumento de que se trataria de prestação clandestina do SeAC até que a FOX obtenha a autorização para a prestação do referido serviço.

Conforme exposto acima, a medida cautelar ora proposta serve-se para resguardar o interesse público que visa ao não esvaziamento da política pública estabelecida na Lei nº 12.485/2011, até que a Anatel aprofunde a avaliação de mérito discutida nesse processo.

Como demonstrado, o aplicativo da FOX permite ao consumidor experimentar duas ofertas.

A peculiaridade do caso ora em análise decorre do fato de que, por meio da assinatura feita junto ao aplicativo operado pela FOX LATIN AMERICAN CHANNEL, Inc., disponibiliza-se além do conteúdo sob demanda, o conteúdo dos canais de programação formatados pela FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA.,

programadora credenciada junto à Ancine, os quais são ofertados para a distribuição de operadoras de SeAC.

Assim, a programação dos canais direcionados para a distribuição por meio do SeAC também é disponibilizada para os assinantes do aplicativo da FOX sem que esses sejam assinantes do SeAC. A FOX, por meio da assinatura do aplicativo, oferta diretamente tanto o conteúdo sob demanda quanto os canais de programação.

Como medida cautelar, entende-se que o que deve ser condicionado é o acesso ao conteúdo da grade de programação dos canais FOX mediante a autenticação de um assinante de SeAC.

Preserva-se, dessa maneira, a possibilidade de que a FOX continue exercendo o modelo de negócio que permite aos usuários escolherem o conteúdo a ser acessado sob demanda, desde que não estejam ofertados em semelhança ao acessado por meio do SeAC.

Tal medida cria um cenário de estabilização da situação em conformidade com o já posto no mercado, restando à FOX a adoção de procedimento operacional semelhante aos demais *players* do mercado, até que a Anatel se pronuncie sobre o mérito da questão.

Nessa perspectiva, cumpre ressaltar que a eventual tolerância da Anatel quanto à exploração do SeAC, sem a observância da Lei nº 12.485/2011, enquanto não se profere uma decisão de mérito, implica danos irreparáveis às políticas de estímulo à produção de conteúdo nacional, em razão dos grandes incentivos (tecnológicos, tributários e encargos regulatórios) à disponibilidade de conteúdo audiovisual, sem a correspondente conformidade com a prestação regular do SeAC.

Pelo exposto, entende-se que seja proferida Despacho Cautelar com os seguintes dispositivos:

I – DETERMINAR à FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA. que passe a condicionar o acesso aos seus canais programados disponíveis em aplicações de Internet à autenticação de assinantes de Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), bem como comprove o cumprimento desta determinação, no prazo de 30 (trinta) dias contados da notificação do presente Despacho, observados os pacotes contratados das respectivas prestadoras do SeAC;

II - FIXAR multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por eventual descumprimento da presente determinação, até o limite de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

III- NOTIFICAR as partes do teor da presente decisão.

Sobre a necessidade de envio à Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE/Anatel), conforme art. 38, § 1º, e no art. 92, ambos do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, percebe-se que a Portaria nº 642, de 26 de julho de 2013, alterada pela Portaria nº 739, de 11 de setembro de 2013, que disciplina os casos de manifestação obrigatória do órgão jurídico, foi taxativa ao elencar em quais situações as resoluções de conflitos devem ser apresentadas à PFE, e nela não consta disposição de envio para manifestação em fase cautelar. Assim, entende-se pelo não encaminhamento dos autos à PFE/Anatel, neste momento.

[1] <https://help.foxplay.com/hc/pt-br/articles/360015873271-O-que-%C3%A9-o-plano-Fox->

[2] <https://help.foxplay.com/hc/pt-br/articles/202367974-Conte%C3%BAdos-dispon%C3%ADveis>

CONCLUSÃO

Por todo exposto, com fundamento no art. 175 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 c/c art. 52 e 242, inciso XII, do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, propõe-se:

I – DETERMINAR à FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA. que passe a condicionar o acesso aos seus canais programados disponíveis em aplicações de Internet à autenticação de assinantes de Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), bem como comprove o cumprimento desta determinação, no prazo de 30 (trinta) dias contados da notificação do presente Despacho, observados os pacotes contratados das respectivas prestadoras do SeAC;

II - FIXAR multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por eventual descumprimento da presente determinação, até o limite de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

III- NOTIFICAR as partes do teor da presente decisão.