

**A APLICABILIDADE DA LEI DO SEAC (LEI DO SERVIÇO DE ACESSO
CONDICIONADO) AOS VEÍCULOS DE *STREAMING* LINEARES NO
CONTEXTO DA PÓS-CONVERGÊNCIA TECNOLÓGICA A PARTIR DO
CASO CLARO VS FOX**

*Emidio Monteiro Júnior*¹

Resumo

O presente artigo visa analisar e compreender a natureza jurídica do Serviço de Acesso Condicionado definido pela lei 12.485/2011 a partir da atuação da Agência Nacional de Telecomunicações do Brasil no contexto da pós-convergência tecnológica, e o seu amoldamento às demais legislações constantes do nosso ordenamento jurídico, bem como aos preceitos constitucionais. A pesquisa parte do estudo de caso de processos administrativos, tramitados na agência e os fundamentos neles apresentados. Ao final é feito uma análise crítica das decisões proferidas e suas possíveis consequências setoriais.

Palavras-Chave: Regulação de telecomunicações; Serviço de Acesso Condicionado; serviços over-the-top.

***THE APPLICABILITY OF THE CONDITIONAL ACCESS SERVICE
LEGISLATION TO LINEAR STREAMING VEHICLES IN THE CONTEXT OF
TECHNOLOGICAL POST-CONVERGENCE FROM THE CLARO VS FOX CASE***

Abstract

This article aims to analyze and understand the legal nature of the Conditional Access Service defined by Federal law 12.485/2011, by assessing the performance of the National Telecommunications Agency of Brazil in the context of technological post-convergence, and its adaptation to the other legislation contained in our legal order, as well as the constitutional precepts. The research starts from the case study of administrative proceedings from the agency and the fundamentals presented in them. At the end, a critical analysis of the decisions and their possible sectorial consequences is carried out.

¹ emidiojunior@gmail.com (instituto de Desenvolvimento e Pesquisa, Distrito Federal, Brasil)

Keywords: *Telecommunications regulation; Conditional Access Service; over-the-top services.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o intento de compreender a natureza jurídica de Serviço de Acesso Condicionado a partir da atuação da agência reguladora desse serviço no Brasil, no contexto da pós-convergência, que implica o aumento do debate sobre o enquadramento e adequação das atuais legislações sobre o tema junto aos serviços OTT (*Over the Top*)²; bem como analisar de forma crítica, as interpretações dadas pela agência e suas consequências no regime jurídico desse setor. Essas consequências podem ter efeitos não apenas no mercado dos serviços de telecomunicação, mas também junto à outras normas jurídicas de nosso ordenamento, que podem, a depender da interpretação, ter seu conteúdo esvaziado materialmente. No caso em questão, a consideração de determinadas tecnologias como uma parte de uma dinâmica contínua de consumo de determinado serviço ou uma atividade disruptora que não pode ter relação com atividade anteriormente semelhante, são a motivação desse questionamento.

Como objeto de análise, utilizaremos as decisões da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) proferidas entre os anos de 2019 e 2020, no caso que ficou conhecido como *Claro vs Fox*, quanto aos serviços de *streaming* lineares transmitidos pela Internet, e que teve por fim o entendimento desse tipo de serviço como serviço de valor adicionado (SVA) e não de telecomunicação, e, portanto, não se enquadrando à Lei do SeAC – Lei do Serviço de Acesso Condicionado, ou Lei 12.485, de 12 de setembro de 2011. Os serviços de valor adicionado são aqueles segundo o artigo 61 da lei 9.472 de 16 de julho de 1997 (LGT - Lei Geral de Telecomunicações) que se adiciona a um serviço de telecomunicação, que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades, e que não são serviços de telecomunicação.

² O conceito de OTT será analisado adiante, ainda nesta introdução.

Os serviços de streaming *on demand* são aqueles em que o consumidor escolhe o produto consumido conforme a sua conveniência, enquanto os serviços de *streaming* linear são aqueles em que há a transmissão dos canais tradicionais, de forma linear e com programação a critério do fornecedor, mas se utilizando da *internet* para tal. O consumo de conteúdo por streaming é feito pelo tráfego de dados da *internet*, sem a necessidade de fazer o *download* integral do conteúdo, ou seja, este é carregado em tempo real³.

Esses tipos de serviços se adequam de forma mais ampla, aos conhecidos como OTT, ou *Over the Top*, sigla e termo em inglês, de origem imprecisa, mas amplamente utilizada pelas agências reguladoras em todo o mundo, inclusive no Brasil, bem como entre os estudiosos e profissionais deste campo. O conceito adotado no presente trabalho será o descrito por Victor Oliveira Fernandes, que seria:

(...) em última análise, uma forma específica de prestação de determinadas atividades econômicas a partir da internet. Embora tal definição se mostre útil sobretudo para identificar particularidades desses modelos de negócios, trata-se de uma categoria “meta-jurídica”, que não encontra correspondência imediata nas leis de telecomunicações vigentes na maioria dos países”.⁴

Nesse sentido, é necessário falar da chamada pós-convergência e seus efeitos sobre as regulações trabalhados por François Bar e Christian Sandvig⁵ para explicar o uso de uma única infraestrutura tecnológica (nesse caso a *internet*) para a aplicação de serviços que anteriormente se utilizavam de diferentes canais de comunicação, equipamentos e padrões diferentes, tornando-os defasados não apenas em relação à tecnologia em si, mas também quanto às normas jurídicas criadas para regulá-los. Nesse

³ “A method of transmitting or receiving data (especially video and audio material) over a computer network as a steady, continuous flow, allowing playback to start while the rest of the data is still being received.” **English Oxford living dictionaries**. Definition of streaming in English. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/streaming>> Acesso em 12 de nov de 2021.

⁴ FERNANDES, Vitor Oliveira. **Regulação de serviços over-the-top (OTT) e pós-convergência tecnológica: uma análise do regime jurídico setorial de serviços OTT de voz nos EUA e no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF. 2018. P 17.

⁵ BAR, F.; SANDVIG, C. Política de comunicações dos Estados Unidos pós-convergência. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 109, n. 2009, pp. 77-109, 2009.

sentido, a maior discussão regulatória quantos aos serviços prestados via *internet* é se a mudança de estrutura de distribuição do serviço alteraria também sua natureza jurídica regulatória, e poderia ou não ser alcançado pelo ordenamento jurídico brasileiro. As decisões da Anatel sobre o tema no decorrer da história têm grandes efeitos na atividade de telecomunicação em questão, pois estes atingem principalmente as áreas fiscais, concorrenciais, e de conteúdo, a depender da sua interpretação.

Com relação à pesquisa em si, a utilização de fonte específica sobre o tema no campo da doutrina jurídica é relativamente escassa, por se tratar de um tema cujas implicações ainda estão em acontecimentos, seja no campo tributário, concorrencial, e com relação às políticas públicas de fomento à produção cultural nacional, de conteúdo, entre outras. Nesse sentido, o foco do trabalho é compreender estas implicações através de uma discussão acerca da natureza jurídica de telecomunicações a partir dos julgamentos dos processos administrativos feitos pela Anatel no contexto de pós convergência onde parte significativa desta atividade está migrando para a internet, à luz principalmente da lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), da lei 12.485/2011 (Lei do Serviço de Acesso Condicionado – lei do SeAC) e da Resolução nº 581 de 2012 da Anatel⁶, que aprovou o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), juntamente com os respectivos amoldamentos à Constituição Federal.

O trabalho é portanto, eminentemente uma pesquisa qualitativa de fonte primária, a partir do método indutivo, na medida em que o principal material de pesquisa são as próprias decisões proferidas no caso em questão juntamente com os pareceres de juristas e economistas inclusos nos processos, sem, no entanto, deixar de analisar trabalhos que versam ainda que analogamente sobre a questão regulatória pós-convergência em outras

⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução nº 581 de 26 de março de 2012. Aprova o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) bem como a prestação do Serviço de TV a Cabo (TVC), do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e do Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA). Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/139-resolucao-581>> Acesso em 12 de nov de 2021.

atividades, onde o advento do oferecimento de determinado serviço ou produto pela internet gerou algum tipo de hiato ou debate dentro do tema de sua regulação.

Ao final se buscará evidenciar algumas consequências e desdobramentos das últimas decisões de nossa agência reguladora sobre o tema. No entanto, este trabalho tem por intuito instigar o debate e problematizar, muito mais do que encerrar uma discussão ou apresentar um ponto de vista definitivo. O que se espera ao final é um maior entendimento da natureza jurídica a partir de decisões administrativas de agências reguladoras e seus impactos na sociedade.

1 Contextualização do dilema: telecomunicação *versus* Serviço de Valor Adicionado (SVA)

A regulação das atividades econômicas tem como premissa a atuação do Estado no funcionamento de determinado mercado. Ela se dá no contexto em que o Estado transfere aos agentes privados o fornecimento de determinado serviço de interesse público, numa lógica liberal, sem, no entanto, deixar de atuar, pois passa a delimitar as condições sob as quais esse mercado deve seguir, de acordo com os interesses políticos e sociais presentes no ordenamento jurídico em que está inserido. O seu sentido e propósito é de grande debate em diversos campos do conhecimento, não se restringindo como pode parecer inicialmente, apenas a economia e ao direito. Isso se dá porque os efeitos da regulação atingem diretamente os agentes envolvidos no mercado regulado, tanto os consumidores quanto os provedores, quando não em outros, com efeitos reflexos.

Algumas teorias apontam a regulação como servindo ao *interesse público*, ou seja, uma forma que o Estado teria para equalizar as falhas de mercado que podem inviabilizar o próprio funcionamento deste, ou mesmo de garantir a continuidade e acesso a determinado serviço considerado essencial; por outro lado, existem argumentos de que a própria ideia de regulação atenderia aos interesses dos grupos dominantes, pois as

regulações seriam o reflexo de seus interesses mercadológicos⁷. Compreendendo a existência de algum grau de razão nesses dois argumentos, e que a própria discussão teórica sobre a natureza da regulação econômica não se encerra aí, o interesse do presente trabalho é adentrar menos na questão teórica do sentido da regulação. Tomando como premissa de que a regulação existente possui um duplo caráter, a saber, o de estabilizar determinado mercado e tornar claras as condições de atuação dos agentes envolvidos por um lado, mas também uma política pública, ou seja, um propósito jurídico-social envolvido; a natureza jurídica de determinado assunto é de extrema relevância para discutir os efeitos que determinadas interpretações nas normativas estabelecidas, pelas agências reguladoras podem ter nesses dois eixos.

Apesar de poder imaginar, pelo fato de estar aqui tratando da relação entre a legislação vigente e o surgimento de novas tecnologias, de um problema dotado de um grande ineditismo. O direito sempre é confrontado de alguma forma com os efeitos do advento de novas tecnologias, guardadas as proporções de cada lugar e tempo, como afirmam Patrícia Baptista e Clara Iglesias Keller:

A velocidade dos avanços tecnológicos, especialmente os da tecnologia digital e de dados, tem posto às administrações públicas, estatais e supraestatais, os desafios de decidir quando, por que e até onde intervir e disciplinar essas inovações. Não que haja propriamente uma novidade aí. De há muito, em praticamente todos os campos da atividade humana, as organizações estatais se veem confrontadas com essas questões. A regulação das novas tecnologias digitais não parece divergir substancialmente das decisões ordinárias da vida do Estado sobre a disciplina das demais atividades humanas. Aliás, como será explorado adiante, há quem aponte, inclusive, que a internet e as plataformas digitais são inovações tecnológicas tanto como, a seu tempo, foram o surgimento dos veículos a motor (em substituição à tração animal) e a invenção do telefone,

⁷ Roman, Flavio José. **Discrecionalidade técnica na regulação econômica** / Flavio José Roman. – São Paulo : Saraiva, 2013., páginas 136 a 138

ou, mais remotamente ainda, as máquinas a vapor que deram início à Revolução Industrial e ao surgimento da imprensa⁸.

No que diz respeito à regulação dos serviços de telecomunicação, a lei que regulamenta a transmissão de conteúdo de audiovisual televisivo é a Lei 12.485/2011, chamada lei do SeAC, ou lei da TV paga, que regulamenta a comunicação audiovisual de acesso condicionado. Esta lei mais específica é abrangida por uma norma geral, que é a lei 9.472/1997, conhecida como Lei Geral de Comunicações, ou LGT.

O marco regulatório que a Anatel se utiliza para decidir se um produto OTT está ou não ao seu alcance é a sua adequação ou não ao artigo 60 e 61 da LGT⁹, que define respectivamente o que é Telecomunicação bem como o chamado Serviço de Valor Adicionado (SVA). Por não serem considerados serviços de telecomunicação, os SVA não se encontram regulados pelas leis específicas para esse tipo de serviço. No entanto, parece haver um conflito normativo, já que os serviços de *streaming* lineares parecem se adequar ao mesmo tempo tanto ao §1º do artigo 60 quanto ao *caput* do artigo 61, tendo, portanto, sua definição imprecisa. Ao mesmo tempo, a LGT parece ser aberta o suficiente

⁸ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 273, p. 123-163, 2016, p 127.

⁹ Lei 9.472/1997

(...)

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

para poder se adequar às novas tecnologias disponíveis e novas formas de distribuição e consumo de telecomunicação, ao passo em que também possui definição que restringe a sua interpretação, o que tem gerado um certo poder de discricionariedade para a agência reguladora em questão, como aponta Victor Fernandes:

O que se faz relevante destacar do modelo brasileiro é a existência de um grau significativo de indefinição normativa no que diz respeito ao limite do que constituem atividades de telecomunicações. Tal grau de indefinição é diuturnamente preenchido pela agência reguladora no exercício das suas funções, o que serve como verdadeira válvula de reconfiguração do espaço regulatório. Daí porque, ainda que a agência não detenha poder ilimitado para ultrapassar o núcleo legal do conceito de serviços de telecomunicações, observa-se que, nos últimos anos, a entidade exerceu papel central na adaptação de regimes de serviços diante de mudanças associadas ao desenvolvimento de novas tecnologias.¹⁰

Quando se trata dos serviços de *streaming*, as decisões recentes mais importantes são quanto à sua adequação ou não enquanto SVA ou enquanto serviço de telecomunicação, pois ela se reflete na aplicação da Lei do SeAC ou não a esses serviços. Desde os surgimentos dos serviços de *streaming* no Brasil, estes vinham sendo tratados pela Anatel como SVA, pois, apesar de se poder fazer paralelo entre o tipo de conteúdo consumido por eles e pelas TVs a cabo¹¹, a estrutura por demanda impunha uma barreira conceitual aos serviços. No entanto, um caso significativo para o debate surgiu quando, em 2018, os canais do grupo FOX¹² ofereceram no País um serviço pago, totalmente distribuído pela internet de acesso a seus canais lineares, ou seja, não por demanda, mas exatamente os mesmos canais, de programação contínua oferecidos também pelas operadoras de TV paga.

¹⁰ FERNANDES, op. cit, p. 110.

¹¹ O conceito de TV a Cabo será apresentado adiante, no item 2 do presente trabalho.

¹² FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA, empresa atuante no mercado de programação e atividades relacionadas à televisão por assinatura.

Para o entendimento do caso, é importante ressaltar que o que se fará aqui é um breve resumo do caso e suas decisões e pareceres mais relevantes com relação ao debate da natureza jurídica dos serviços de OTT e de telecomunicações segundo a legislação atinente, sem deixar de considerar toda a complexidade do processo, mas para extrair de suas movimentações, as argumentações mais relevantes para a finalidade aqui desejada.

2 O caso: Claro *versus* Fox

Para a finalidade do presente trabalho, a análise do caso se concentrará em analisar os 3 momentos de maior relevância quanto à discussão sobre a natureza jurídica dos *streamings* lineares. Esses momentos são: a inicial protocolada pela Claro¹³, juntamente com a réplica oferecida pela Fox; um despacho decisório que produziu cautelarmente um efeito momentâneo; e por fim a decisão final sobre a questão, produzida pelo colegiado de conselheiros da ANATEL. Esses três momentos são importantes pelo fato de que são neles onde acontecem os principais debates e onde são enfrentadas as teses das partes e dos pareceres apresentados.

Em 12 de dezembro de 2018, foi protocolado pela empresa Claro, uma denúncia com pedido de cautelar contra a empresa Fox, com a alegação de que esta estaria oferecendo e prestando serviços de telecomunicações através da disponibilização de canais de conteúdo linear via *internet*, produto denominado Fox+, sem a outorga de SeAC, sendo, segundo a empresa Claro, uma prestação “clandestina” do SeAC, pelo que solicitou: (i) a determinação à Fox para imediata interrupção da oferta do produto mencionado; (ii) o encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público Federal para investigação acerca da prática do crime tipificado no art. 183 da LGT e (iii) a

¹³ Claro S.A. é uma empresa concessionária de telefonia móvel e fixa, banda larga e TV por assinatura.

determinação à Fox para informar o número de assinantes do produto Fox+, para viabilizar a contabilização dos prejuízos.

As causas apontadas pela autora para a identificação do serviço como de telecomunicação se devem a cinco motivos principais, a seguir destacados:

a) a aplicação oferecida pela Fox disponibilizaria canais ao vivo, com programação linear, sem a necessidade de assinatura de um pacote de TV;

b) o produto em questão caracterizar-se-ia como SeAC, pois: (i) oferta conteúdo audiovisual a assinantes por meio de pacotes; (ii) a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011 (Lei do SeAC), não faz distinção acerca da tecnologia utilizada para transmissão, podendo ser por meio de rede de terceiros; (iii) a disponibilização é feita mediante remuneração; (iv) o conteúdo é organizado em sequência linear temporal com horário predeterminado; e (v) a Fox mantém relação direta com o consumidor, no que diz respeito à comercialização, faturamento e cobrança;

c) a Lei do SeAC estabeleceria a neutralidade tecnológica, incluindo a possibilidade de utilização da *internet* para distribuição do conteúdo;

d) a plataforma não se enquadraria como Serviço de Valor Adicionado (SVA), pois a Lei do SeAC, posterior à Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), estabelece que a oferta de conteúdo audiovisual nas condições por ela indicadas, quaisquer que sejam os meios eletrônicos, caracteriza-se como serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado em regime privado; e

e) a Anatel teria externado entendimento de que a definição do SeAC não restringiria a utilização de novas tecnologias na prestação do serviço, tais como

o IPTV (IP Television)¹⁴, quando da aprovação da Resolução no 581, de 26 de março de 2012, que aprovou o Regulamento do SeAC.¹⁵

A Claro ainda apontou algumas consequências do enquadramento do serviço prestado pela Fox como SVA, tais como (i) a desobrigação quanto às obrigações previstas no SeAC quanto à veiculação de conteúdo audiovisual, notadamente, no que se refere às limitações de controle e titularidade e ao estímulo à produção nacional; (ii) a vulneração dos direitos dos consumidores e (iii) o desequilíbrio concorrencial e prejuízos de ordem tributária.

A manifestação por parte da Fox, em resposta às alegações da denunciante, apresentou como principais argumentos de mérito em sua defesa que¹⁶:

a) a caracterização do SeAC dar-se-ia apenas nos casos em que um prestador execute um conjunto de atividades, dentre as quais se incluem, ao menos, a recepção de canais de programação por assinantes e a distribuição de conteúdo linear, sendo esta última definida como "atividades de transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos [...] por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros";

b) a distribuição de que cuida a Lei do SeAC seria aquela que se dá por intermédio de uma rede de telecomunicações que permite, em lados distintos, a distribuição e a recepção de conteúdos audiovisuais. Tal oferta de telecomunicação poderia ser amparada em tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer;

c) as ofertas acessíveis via Internet operam em lógica de acesso, pelo internauta, a partir do serviço de telecomunicações por ele contratado e remunerado,

¹⁴ IPTV segundo a Associação Brasileira de Televisão por Assinatura é: "É a tecnologia para transmissão de conteúdo em vídeo digital, incluindo canais de TV, entregue por meio do uso do protocolo IP. Esta distribuição pode ser feita pela internet pública ou por uma rede privada, também via IP." ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA. Glossário. Disponível em: < <http://www.abta.org.br/glossario.asp#t>> . Acesso em 12 de nov. de 2021.

¹⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Análise nº 163/2020/VA. Voto do Conselheiro Vicente Bandeira de Aquino Neto. Brasília, DF, 2020, p. 2.

¹⁶ Ibidem, p. 5.

diferindo-se da prestação de SeAC, o qual envolve a figura do assinante passivo, receptor de um conteúdo distribuído;

d) existiriam posicionamentos prévios da Agência com entendimento de que as plataformas disponibilizadas pela Internet teriam a natureza de SVA¹⁷;

e) haveria a necessidade de se avaliarem as consequências práticas da tomada de decisão, inclusive sobre a competição e o bem-estar dos consumidores;

f) não estariam presentes os requisitos necessários para a concessão de medida cautelar.

Esse processo atraiu grande interesse por parte de diversos agentes econômicos desse mercado, bem como como associações de representantes do audiovisual e de radiodifusão, como a ABERT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO, e a ABRATEL - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RÁDIO E TELEVISÃO, Associação Brasileira de Over The Top's - Ott's, TAP BRASIL – ASSOCIAÇÃO DOS PROGRAMADORES DE TELEVISÃO, a MPA - MOTION PICTURE ASSOCIATION AMÉRICA LATINA, entre outras, que adentraram ao processo como terceiras interessadas em defesa do enquadramento dos serviços de streaming lineares como SVA e, portanto, do lado da Fox no processo, com a juntada de pareceres nesse sentido como se verá adiante. Da parte da Claro, foram juntados pareceres de economistas e juristas no sentido de sua tese. A discussão do tema correu em diversos processos administrativos da Anatel, a saber, os de números: 53500.056473/2018-24, 53500.057279/2018-66 e 53500.022573/2019-38 até serem finalmente decididos no processo de número 53500.022476/2019-45 que, por conexão, consolidou a tese ora vigente.

¹⁷ A Anatel classificou os serviços de telefonia disponibilizados por plataformas de internet como SVA. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). ANATEL esclarece uso de VoIP para oferta de serviço de voz. ANATEL Imprensa, 11 nov. 2005. Disponível em: <goo.gl/kCFL6Z>

A ABERT e ABRATEL, apresentaram conjuntamente os pareceres do professor Gustavo Binenbojm e outro dos professores Caio Mario Neto e Ronaldo Lemos, ambos sustentando a rejeição da denúncia apresentada pela Claro.

De início, argumentam que a configuração do SeAC demandaria a participação, da prestadora de serviços, na efetiva entrega do conteúdo por meio de infraestrutura dedicada, sob sua ingerência e responsabilidade, viabilizando assim a recepção do serviço pelo assinante. Assim, sustentam que a oferta de SeAC através da internet não desconfiguraria o serviço, desde que a prestadora o fizesse por infraestrutura de dedicada, como é o caso do IPTV.

Acrescentam que as plataformas em questão estariam enquadradas no conceito legal de aplicações de internet, previsto no art. 5º, inciso VII, da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), atraindo a incidência da categoria de Serviço de Valor Adicionado, nos termos do art. 61 da LGT.

Ademais, os pareceristas afirmam que os serviços OTT não se encaixariam na categoria “serviços de telecomunicações”, com fundamento na jurisprudência do STJ – Superior Tribunal de Justiça no sentido de que este enquadramento demandaria que o serviço possibilitasse a emissão, transmissão ou recepção de informações, o que não seria o caso.

Trazem, ainda, argumentos referentes ao âmbito concorrencial, no sentido que a restrição da propriedade cruzada, no caso dos serviços OTT, importaria em asfixia da concorrência, ao invés da sua necessária promoção. Também afirmam que a exigência de promoção do conteúdo nacional prevista na Lei do SeAC não se justificaria no ambiente do OTT, pois haveria maior acessibilidade a diferentes conteúdos, inclusive nacionais e independentes, o que contemplaria o poder de escolha dos usuários em ampla medida.

Rejeitam a competência da Anatel para regular OTTs, por considerarem que a matéria deveria ser disciplinada por Lei, apontando, ainda, para a necessidade de se ter em vista as consequências da classificação dos serviços em análise como SeAC.

Por fim, suscitam o conceito de “neutralidade tecnológica” para afirmar que a sua abrangência seria restrita às tecnologias de prestação do serviço de televisão por assinatura vigentes anteriormente à Lei do SeAC, a exemplo de MMDS, TVA, TVC e DTH¹⁸.

Na mesma linha de raciocínio, foram também apresentadas as razões da TAP Brasil e a MPA-AL, que, em conjunto, acrescentaram alguns argumentos à controvérsia.

Afastam a competência da Anatel para fiscalizar e regular qualquer distribuição de material audiovisual que não seja aquela definida como distribuição na Lei do SeAC, sendo que os aplicativos de conteúdo, sejam em forma linear, ao vivo ou sob demanda, não estariam inseridos nessa atividade, já que o usuário da Internet é que acessaria os serviços disponibilizados. Assim, a agência reguladora estaria regulando atividade alheia à sua área de competência e, ademais, estaria legislando, ao equiparar a disponibilização de conteúdos na internet à distribuição do SeAC.

Acrescentam que o compartilhamento de rede não poderia se confundir com o uso que um SVA faz sobre a rede e arrematam que a neutralidade tecnológica mencionada na

¹⁸ Siglas que significam respectivamente: Multipoint Multichannel Distribution System ou em sua tradução, Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal; Serviço especial de Televisão por Assinatura; TV a cabo e Direct to Home. Estas são modalidades de oferta de conteúdo audiovisual por assinatura existentes à época da criação da lei do SeAC, regulamentadas principalmente pela lei 8.977/1995 que foi parcialmente revogada pela lei do SeAC, bem como pela resolução 581/2012 da Anatel.

As definições, segundo a Associação Brasileira de Televisão por Assinatura, são:

“MMDS - É uma das modalidades de serviços especiais que se utiliza de faixa de microondas para transmitir sinais a serem recebidos em pontos determinados dentro da área de prestação do serviço.”

“TVA - É o serviço de telecomunicações destinado a distribuir sons e imagens a assinantes, por sinais codificados, mediante a utilização de canais do espectro radioelétrico; sendo permitida, a critério do poder concedente, a utilização parcial sem codificação.”

“TV a cabo - é o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio a assinantes, mediante transporte por meios físicos.”

“DTH - É uma das modalidades de serviços especiais que tem como objetivo a distribuição de sinais de televisão ou de áudio, bem como de ambos, através de satélites, a assinantes localizados na área de prestação de serviço.”

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA. Glossário. Disponível em: <<http://www.abta.org.br/glossario.asp#t>> . Acesso em 12 de nov. de 2021.

Lei do SeAC estaria associada apenas aos meios de prestação de serviços de telecomunicações, o que não seria o caso das OTTs.

Ainda entre os terceiros interessados, a Abbott's sustentou que o SeAC se caracterizaria pela entrega, ligação e conexão final do conteúdo contratado, sendo que a entrega e transmissão do sinal seriam uma atribuição da prestadora de serviço de telecomunicações, por meio de uma rede dedicada para tal finalidade.

Nesse sentido, afirmou que as funcionalidades de transmissão de conteúdo audiovisual linear sobre a *internet* seriam apenas as plataformas encarregadas da exibição do conteúdo, cabendo ao usuário final acessar a Internet por meio de uma estrutura dedicada de telecomunicações. Ademais, considerando que a plataforma *online* não teria ingerência sobre a infraestrutura de Internet, não poderia se responsabilizar pela transmissão e recepção ao consumidor final.

Quanto ao ponto, argumenta que a aplicação na *Internet* estaria restrita ao armazenamento, ao tratamento e à disponibilização de conteúdo, pelo que não estaria inserida no escopo do serviço de acesso condicionado.

Aduzem que a natureza jurídica das aplicações de internet que disponibilizam conteúdo audiovisual linear seria de SVA, tendo em vista a sua dependência das infraestruturas de suporte compartilhadas.

Por fim, menciona que as aplicações via Internet não teriam sido suscitadas pelo legislador na justificativa do projeto que deu origem à Lei do SeAC e que a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, Lei de Liberdade Econômica, permitiria a livre comercialização de novas modalidades de produtos e serviços quando fosse constatada a desatualização da legislação infralegal em decorrência do desenvolvimento tecnológico estrangeiro.

Essa questão foi inicialmente analisada em 13/06/2019 no processo nº 53500.022573/2019-38 pela área técnica da Anatel em sede de cautelar, atendendo ao

pedido da autora. A decisão determinava que a Fox passasse a condicionar os seus canais lineares disponibilizados pela internet a autenticação de SeAC até que fosse definitivamente decidido o mérito da questão. Entre as justificativas da cautelar foram elencados o intuito de resguardar o interesse público e evitar danos irreparáveis, visando o não esvaziamento das políticas públicas estabelecidas pela lei 12.485/2011, como os estímulos à produção nacional, tanto do ponto de vista do conteúdo como das obrigações tributárias por ela impostas.

Por fim, a questão foi decidida no processo de número 53500.022476/2019-45¹⁹, no dia 9 de setembro de 2020 pelo colegiado de conselheiros da Anatel. A decisão final foi por enquadrar os Streamings lineares como SVA e não como serviço de telecomunicação, não sendo, portanto, aplicáveis as regulações da lei 12.485/2011 para esse tipo de serviço.

É importante ressaltar que a decisão foi unânime no sentido do enquadramento desse tipo de serviço como SVA, restando as divergências apenas com relação a que medidas seriam necessárias com relação à inclusão desse tema junto ao Ministério das Comunicações ou da agenda regulatória bienal da própria agência, entre outras; e levando em consideração ainda a assimetria regulatória existente, a partir deste entendimento, entre Seac e streamings lineares OTTs e a sua importância para se resguardar o interesse público. O voto vencido²⁰ foi o que sugeriu a tomada desse tipo de ação, enquanto o voto vencedor²¹ foi no sentido de uma maior simplificação regulatória, deixando de propor a adoção de qualquer medida de análise para consulta de eventual alteração regulatória.

Essa atuação por parte da Anatel nos leva a refletir se o regime jurídico da regulação das telecomunicações brasileiro consegue dar conta da dinâmica das atividades

¹⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.022476/2019-45. Acórdão nº 472. Brasília, DF, 2020.

²⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Análise nº 163/2020/VA. Voto do Conselheiro Vicente Bandeira de Aquino Neto. Brasília, DF, 2020.

²¹ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.022476/2019-45. Voto nº 22/2020/EC. Voto do Conselheiro Emmanoel Campelo de Souza Pereira. Brasília, DF, 2020.

econômicas desse tipo de mercado, do ponto de vista não só dos agentes provedores desses serviços e dos consumidores, mas também das políticas públicas desenhadas para o setor, considerando haver toda uma política de estímulo à produção nacional, como o objetivo de promover efeitos culturais e de geração de empregos, previstas na lei do SeAC, com previsão de arrecadação específica para estes fins, entre outros objetivos.

2.1 – A controvérsia jurídica

No caso em questão, as fundamentações jurídicas que embasaram as argumentações de todos os agentes envolvidos no processo, se deu principalmente através dos pareceres juntados no processo administrativo, por meio dos quais se inauguraram o debate efetivo sobre o tema, em termos teóricos e analíticos, visto que por conta de seu ineditismo, carece de doutrina específica sobre o tema, ainda que não seja novidade não apenas o dilema entre os mecanismos jurídicos de regulação em determinado setor e os novos modelos de negócios e serviços, nem mesmo no campo das telecomunicações, visto que a Anatel já havia se debruçado anteriormente com questão semelhante, no caso dos serviços de ligação via *internet*, os chamados VoIP²². No entanto, a questão da regulamentação dos streamings lineares guarda algumas especificidades que só poderão ser melhor compreendidas se analisados os argumentos suscitados nesses pareceres, bem como o posicionamento da Anatel.

²² FERNANDES, op. cit.

VoIP é um acrônimo para Voice over Internet Protocol. Sua definição, segundo o glossário da Associação Brasileira de Telecomunicações é: "VoIP: Voz sobre IP ou Voice Over IP. A tecnologia "Voice-over-IP" (VoIP) permite a transmissão em tempo real de sinais de voz colocados em pacotes de dados sobre redes IP que empregam Transmission Control Protocol (TCP), Real-Time Transport Protocol (RTP), User Datagram Protocol (UDP) e Internet Protocol (IP). Nos sistemas de VoIP, os sinais analógicos de voz são digitalizados e transmitidos como um stream de pacotes sobre uma rede de dados. As redes IP permitem que cada pacote possa encontrar o caminho mais eficiente para chegar a um determinado destino num dado instante, utilizando desta maneira os recursos de uma determinada rede de uma forma eficaz. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES. Glossário. Disponível em: < https://telebrasil.org.br/component/docman/doc_download/790-glossario-de-siglas?Itemid=> . Acesso em 12 de nov de 2021.

Das teses em defesa do enquadramento dos Streamings lineares como SeAC, inicialmente temos o parecer do professor titular da Fundação Getúlio Vargas – FGV, Carlos Ari Sunfeld²³. No momento de sua contribuição, a área técnica da Anatel havia se posicionado no sentido do enquadramento desse tipo de serviço como SeAC, com o quê de pronto o professor concorda, e inicialmente aponta que apesar de semelhantes a outros debates similares na atualidade, como os já citados serviços de VoIP, ou os serviços de transporte individual de passageiros (Uber²⁴ e outros), existem especificidades que diferenciam de forma marcante a análise deste caso. Em todos esses casos geralmente a regulação do serviço em questão é suscitada para confrontar e impedir a prestação do serviço que possa desestabilizá-la ou até eliminá-la. O professor aponta ainda que a tendência jurídica no Brasil tem sido no sentido de proteger a inovação e a liberdade de iniciativa.

No entanto aponta que a questão posta neste caso não coloca em risco esta proteção, e, assim, afasta o debate da livre iniciativa e inovação como uma questão de peso sobre o tema, indicando não haver contrariedade a tais valores, qualquer que seja a sua interpretação. Seu ponto é justamente a identificação da natureza jurídica da nova atividade perante o segmento de telecomunicações, a partir do que rege a lei do SeAC, e o primeiro ponto de seu argumento é o de que, ao contrário da maioria das situações onde o dilema entre regulação e inovação aparece, a legislação sobre o serviço regulado é anterior e alheia à inovação em questão, e por esse fato, os agentes dos serviços regulados tendem a se utilizar do anacronismo legislativo para tentar impedir atividades inovadoras. No entanto, este não é o caso da lei do SeAC segundo o professor. Ela não é omissa quanto ao problema em questão e já foi criada num ambiente de convergência tecnológica, e, portanto, adaptada a lidar não apenas com o estado de coisas do momento em que foi criada, como com as possibilidades futuras dentro do setor.

Antes da Lei do SeAC, as normas aplicáveis aos serviços de TV pagas eram a Lei da TV a Cabo (Lei 8.977/1995) e a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), que

²³ SUNDFELD, Carlos Ari. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 3606767. Brasília, DF, 2018.

²⁴ Quanto ao Uber, vide o RE 1.054.110 e a ADPF 449 do STF- Supremo Tribunal Federal.

se aplicava também aos serviços de TV por assinatura que não necessitavam de cabos em sua distribuição. A lei do SeAC surgiu então com o intuito de uniformizar o tratamento dos serviços de conteúdos audiovisuais ofertados mediante remuneração, e os denominou de “serviços de acesso condicionado”, optando claramente por um conceito desatrelado à infraestrutura de distribuição, como era anteriormente. O objetivo opção por abrangência é claro, segundo o professor, tanto quando apresenta o conceito de distribuição, quanto na própria definição do serviço constante da lei em seu artigo 2º, inciso X e XXIII²⁵.

O parecer enfrenta ainda, a possível argumentação do enquadramento dos *streamings* lineares como SVA, por conta de o serviço não ser distribuído pela empresa contratada, e sim por algum tipo de serviço de internet, assim como ocorre com os serviços de voz sobre IP (Voip), ou seja, aqueles serviços de voz por aplicativos como *WhatsApp*, *Facetime*, *Telegram*, *Skype*, entre outros, que são considerados SVA pela própria Anatel, com base no artigo 61 da LGT. Aqui se argumenta que a mesma análise não pode ser feita no caso em questão, pois a Lei do SeAC (2011) é posterior à LGT (1997) e específica quanto ao tema, e que expressamente afasta a diferenciação entre os serviços que empregam meios de telecomunicação e os próprios serviços de telecomunicação sempre que houver caracterizado a oferta de conteúdo audiovisual nas condições por ela previstas, serão “serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado em regime privado”, e, dessa forma, sujeitas às regulações previstas na Lei do SeAC. Nesse sentido, não seria adequado sujeitar o *streaming* de canais lineares à LGT

²⁵ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

X – Distribuição: 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;

(...)

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.

para extrair a interpretação de que seria SVA, pois a lei criou um tipo de serviço de telecomunicação específico, o serviço de acesso condicionado.

Quanto ao impedimento do surgimento de novas tecnologias, Carlos Ari Sunfeld aponta que a lei do SeAC não impede o surgimento das mesmas, justamente por ser uma legislação flexível à evolução tecnológica. Ela não impõe nenhum tipo de restrição à quantidade, preços ou inserção de conteúdo, que poderiam ser interpretadas como algum tipo de atentado à liberdade de iniciativa. O que ela faz é tão somente condicionar o serviço aos princípios estabelecidos na Constituição Federal referentes à comunicação social, que foram trazidos pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002, e torná-los exequíveis. As determinações constitucionais trazidas desde então, dizem respeito à comunicação social, que também expressa a sua abrangência a qualquer tipo de meio empregado para alcançá-los, e garantir de forma mais ampla o sentido previsto no artigo 221²⁶.

Ainda com referência a suposta barreira à entrada de novos agentes e do surgimento de tecnologia, o professor aponta que o próprio STF já se manifestou quanto ao caráter aberto da Lei do SeAC, na ADI 4.923-DF, de forma unânime, ao tratar da necessidade de processo licitatório para a outorga de SeAC, afastando esta possibilidade justamente por se tratar de atividade de natureza abrangente e não limitada ao número de prestadores, por conta da ampla possibilidade de meios para a prestação, que se deu por conta da convergência tecnológica.

²⁶ Constituição Federal

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

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

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

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Art. 222. (...)

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais. (Incluído pela Emenda Constitucional no 36, de 2002)

O parecer seguinte, de Manoel Rangel Neto²⁷, ex-diretor-presidente da ANCINE – Agência Nacional do Cinema, no período de 2006 a 2017, se propôs a responder a partir de uma interpretação sistemática às questões trazidas pela Claro, principalmente se a distribuição de canais lineares por empresas OTTs configurariam Serviço de Acesso Condicionado – SeAC, nos termos da Lei 12.485/2011, mesmo que no caso do serviço de apenas um canal, e se portanto estariam sujeitas às mesmas obrigações dispostas para o SeAC que são operadas por redes dedicadas.

O parecerista apresenta a neutralidade como ponto central da Lei 12.485/2011 assim como referido no parecer anterior, apontando também o contexto de criação da lei, já num cenário de convergência digital, e apontando a abrangência dos meios utilizados para o fornecimento do serviço, o já citado artigo 2º, inciso XXIII da lei, e sim a relevância da atividade exercida pela empresa, contida no artigo 4º, incisos I a IV²⁸. Mas o parecer não aponta apenas estes fundamentos para justificar esta neutralidade, apontando o fato de que ela aparece permeada por toda a lei, e em seu primeiro artigo²⁹, e continua apontando múltiplas vezes em que a neutralidade é tratada, como nos incisos VI, VII, X, XXIII do artigo 2º e no artigo 32, ao tratar dos canais obrigatórios³⁰.

²⁷ RANGEL, Manoel. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 3606768. Brasília, DF, 2018.

²⁸ Art. 4º São atividades da comunicação audiovisual de acesso condicionado:

- I - produção;
- II - programação;
- III - empacotamento;
- IV - distribuição.

²⁹ Art. 1º Esta lei dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado.

³⁰ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

VI - Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado: complexo de atividades que permite a emissão, transmissão e recepção, por meios eletrônicos quaisquer, de imagens, acompanhadas ou não de sons, que resulta na entrega de conteúdo audiovisual exclusivamente a assinantes;

VII - Conteúdo Audiovisual: resultado da atividade de produção que consiste na fixação ou transmissão de imagens, acompanhadas ou não de som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão;

X - Distribuição: 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;

Há ainda o parecer do economista João Rezende³¹, ex-presidente da Anatel no período entre 2011 a 2016, que de forma sucinta, além de reafirmar os argumentos quanto à neutralidade tecnológica como aspecto central da lei do SeAC, apontou os riscos econômicos e concorrenciais do não enquadramento das OTTs de canais lineares às suas condicionantes, como o desequilíbrio concorrencial gerado pela diferença de carga tributária, menor no caso dos serviços SVA por incidir apenas o ISS, que varia entre 2% e 5%, enquanto ao SeAC incide o ICMS, que varia entre 10% e 15%, fora o fato de que o fato no caso das OTTs de canais lineares serem disponibilizadas pelas mesmas empresas que produzem os programas pode ser prejudicial para a economia, na medida em que favorecerá os grandes grupos, e assim expulsando ou criando uma barreira à entrada aos pequenos.

Por fim, entre os defensores dos *streamings* lineares como SeAC, há o parecer do jurista e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto³², que tem como foco a caracterização do serviço de acesso condicionado tendo sua substância jurídica definida a partir do conteúdo, a relevância constitucional deste tipo de serviço por se tratar de comunicação social, e portanto regido por ela, a desnecessidade da atuação na distribuição direta, com infraestrutura própria para o seu alinhamento à carta Magna, e à adequação dos serviços de *streamings* lineares ao Marco Civil da Internet.

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.

Art. 32. A prestadora do serviço de acesso condicionado, em sua área de prestação, independentemente de tecnologia de distribuição empregada, deverá tornar disponíveis, sem quaisquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, em todos os pacotes ofertados, canais de programação de distribuição obrigatória para as seguintes destinações:

³¹ REZENDE, João. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 3700296. Brasília, DF, 2019.

³² BRITTO, Carlos Ayres. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 4311042. Brasília, DF, 2019.

Segundo este parecer, não se deve confundir os serviços de valores adicionados, que adicionam alguma funcionalidade à determinado meio de comunicação, que é próprio da natureza criativa humana, da prestação de um serviço em que há uma legislação específica definidora de seu teor, e que afirma expressamente a sua independência à determinado meio tecnológico. E ainda nessa argumentação, é demonstrado que a própria LGT, no mesmo artigo 61 que dispõe sobre os serviços de valor adicionados, confere à Anatel a competência de regular os “condicionamentos” dos usos das redes de comunicação.

Outro ponto apontado é o de que, a lei do SeAC, é justamente aquela que veio dar substância e normatividade aos mandados constitucionais referentes à “Comunicação Social”, por sua vez pertencente ao título “Da Ordem Social”, principalmente os artigos 221 e o §3º do 222³³.

Sendo assim, desde a redação dada pela Emenda Constitucional 36/2002, ao §3º do artigo 222, que os princípios contidos no artigo 221 recaem sobre todos os meios de comunicação social eletrônica, independente do meio empregado para tal. Nesse sentido, a não configuração de um meio de comunicação social, como os *streamings* lineares ao enquadramento da lei específica que concretiza este mandato constitucional tem o condão de esvaziar e tornar sem sentido não apenas a lei do SeAC em si, mas do próprio mandamento constitucional, num cenário de convergência em aceleração constante.

³³ Constituição Federal

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

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

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

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Art. 222

(...)

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

Por outro lado, os pareceres contrários ao enquadramento dos streamings lineares ao SeAC tiveram seus argumentos levantados inicialmente através do parecer do Doutor Gustavo Binembojm³⁴, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Os principais pontos apresentados neste parecer dizem respeito à de que a Lei do SeAC teria suas definições construídas a partir dos conceitos de serviços de telecomunicações estabelecidos na LGT, e que a transposição das regras do SeAC ao ambiente OTT contraria as regras desta última, pois a partir desta constatação, estes serviços seriam evidentemente SVA.

Como afirmação do primeiro ponto, o primeiro conteúdo normativo analisado, é o já citado inciso XXIII do artigo 2º da Lei do SeAC, mas aqui com o argumento de que o uso de “*serviços de telecomunicações*” nela inserido, só podem ser entendidos a partir do conceito de telecomunicação previsto no também citado artigo 6º da LGT, e não teria criado um novo tipo específico, justificando, portanto, uma coerência sistemática entre ambas as leis. Este é o substrato para se inferir que um serviço só pode ser considerado telecomunicação quando é responsável pelo controle e gestão da infraestrutura comunicacional, ou seja, quando ela é uma rede dedicada a determinado serviço.

O parecer afirma que a coincidência de expressões entre a Lei do SeAC e a LGT - a exemplo das obrigações típicas dos serviços de telecomunicações como “emissão, transmissão e recepção” presentes na conceituação de comunicação social de acesso condicionado (art. 2º, inciso VI) e na “manutenção de equipamentos” no artigo 33, inciso II³⁵, que demonstraria a necessidade do gerenciamento das redes para esta configuração - denotaria que a própria resolução 581/2012 que regulamentou o SeAC, atribui às

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 4014256. Brasília, DF, 2019.

³⁵ O artigo 2º inciso VI está descrito anteriormente.

Art. 33. São direitos do assinante do serviço de acesso condicionado, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e nas demais normas aplicáveis às relações de consumo e aos serviços de telecomunicações:

(...)

II - contratar com a distribuidora do serviço de acesso condicionado os serviços de instalação e manutenção dos equipamentos necessários à recepção dos sinais;

prestadoras a obrigação de gerenciamento de redes e de evitar interrupções³⁶. A conclusão deste ponto portanto é que não é possível haver serviço de acesso condicionado sem a prestação de serviço de telecomunicações, e que isso significa necessariamente a atuação de um mesmo agente responsável pela entrega e gerenciamento desta infraestrutura de rede, ainda que indiretamente.

Sob o ponto de vista concorrencial, o parecer aponta de que os instrumentos criados na lei do SeAC para limitar a verticalização, restringindo aos distribuidores a possibilidade de também atuarem nas atividades de programação e produção tiveram como objetivo reduzir o potencial de dominação do mercado e estimular a concorrência. Por conta disto seria contraditório uma lei criada com este estímulo seja utilizada agora para restringir o número de atores, pois este seria o efeito da consideração dos Streamings lineares como SeAC. Argumenta ainda que os serviços de OTTs trouxeram benefícios aos consumidores não apenas pela oferta de novos produtos, como a preços reduzidos.

O parecer dos Doutores Caio Mario da Silva Pereira Neto e Ronaldo Lemos³⁷ reforça a ideia de que a assinatura de SeAC está relacionada a um provimento de serviço de telecomunicação, que a lei não contém nenhuma definição de “serviço de telecomunicações” devendo ser portanto considerado o conceito previsto na LGT e que como os serviços oferecidos pela *internet* não detém o gerenciamento das redes de distribuição, este não poderia ser considerado como tal, apontando também que que o

³⁶ Art. Resolução 581/2012 da Anatel

³⁷ Art. 3º Para os efeitos deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições, além de outras adotadas pela legislação e pela regulamentação:

(...)

VIII - Centro de Gerência de Rede: setor da Prestadora responsável por supervisionar e gerenciar o planejamento, o provisionamento, a instalação, a operação e a manutenção da rede da Prestadora;

Art. 9º A Prestadora deverá manter em território nacional infraestrutura que propicie, no mínimo:

(...)

III - gerência da prestação do serviço, que incluirá necessariamente a ativação, a suspensão e o cancelamento do serviço, assim como a possibilidade de alteração de planos de serviço, de monitoração da qualidade, tratamento das interrupções e do restabelecimento do serviço no caso de eventual falha;

³⁷ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva e LEMOS, Ronaldo. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 4407366. Brasília, DF, 2019.

distribuidor tem a responsabilidade pelas atividades relacionadas à fruição desta, como a instalação e manutenção dos equipamentos, conforme o inciso X do artigo 2º da lei do SeAC, o que seria impossível no caso dos serviços feitos por streaming, já que estes não são os responsáveis pela distribuição. Aponta que a Anatel, por ser responsável pela regulação das atividades de distribuição, não poderia alargar o conceito de telecomunicações para abarcar uma atividade prestada fora desta camada de infraestrutura, tendo como base o artigo 29 da mesma lei, e se o fizesse, isto seria teratológico e ilegal, pois estaria regulando conteúdo, e não a infraestrutura.

Quanto ao tema da neutralidade tecnológica inferida pela legislação do SeAC, este parecer aponta que ela não pode ser entendida como toda e qualquer tecnologia empregada para a disponibilização do conteúdo audiovisual, pois o que a lei fez na verdade foi unificar em uma só norma os serviços existentes no momento de sua criação, como as modalidades de transmissão através de cabos, satélite, espectro eletromagnético, todas elas ofertadas a partir de redes diretamente gerenciadas.

Um outro ponto abordado neste parecer diz respeito à necessidade de uma análise consequencialista, à luz do reforço dado pelo Decreto nº 9.830/2019 que regulamentou dispositivos da Lei 13.655/2018 e estabeleceu que as motivações das decisões devem levar em conta a contextualização dos fatos e sua congruência com as normas, assim como as consequências práticas das decisões que possam ser apreendidos diante do caso em questão³⁸, esse argumento é utilizado para justificar que não é possível se constatar uma migração automática e acelerada dos serviços OTTs com relação à TV por assinatura tradicional, que continuam sendo agentes relevantes no mercado, e mesmo que assim fosse, esse argumento não justificaria esse enquadramento pelo fato de que estes serviços se diferenciam no ordenamento jurídico brasileiro, e só poderia ter interpretação diversa

³⁸ Decreto nº 9.830/2019, art. 2º, caput e §1º: “Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos. § 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa”.

Decreto nº 9.830/2019, art. 3º *caput*: “Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão”.

a partir de uma nova regra jurídica. Além disto, considerar os serviços de canais lineares OTTs, contrariaria o artigo 170, parágrafo único da Constituição Federal, que preza pela livre iniciativa³⁹, reforçada pela lei 13.874, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, que enfatiza a presunção da liberdade em atividades econômicas, sendo a intervenção estatal subsidiária. Este parecer também levanta a possibilidade de imposição de barreiras à entrantes no mercado, logo diminuindo a competitividade e reforçando o poder dos prestadores de SeAC atuais, afrontando os princípios constitucionais da livre concorrência e distorcendo os métodos de interpretação jurídica.

O voto vencedor e produtor do acórdão final foi muito objetivo e sucinto⁴⁰, basicamente apontando que, segundo o inciso XXIII do artigo 2º da lei 12.485/2011, o serviço de acesso condicionado é um serviço de telecomunicação, e que como os streamings lineares demandam a contratação de um serviço de comunicação para o seu uso, este se enquadra ao artigo 61 da lei 9.472/1997 (LGT) e que portanto é um serviço de valor adicionado, e portanto excluídos da legislação do SeAC, além de apontar essa interpretação em linhas com a lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e com a Resolução 581/2012 da Anatel que regulamenta o SeAC. Por fim aponta que da decisão em questão não necessita de nenhuma alteração legal ou da regulamentação aplicável ao SeAC.

3 – Análise da questão

³⁹ Constituição Federal. Art. 170, caput. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

⁴⁰ O voto em questão está citado na página 14.

Nesta parte, será feita uma análise crítica não apenas dos breves argumentos dados na decisão final do órgão regulador setorial brasileiro, bem como em demais questões apresentadas no decorrer do processo, e que não foram enfrentadas ao menos no acórdão final, e que poderiam embasar decisão diversa, em diferentes tipos de interpretação jurídica, ainda à luz das mesmas legislações analisadas.

A lei do SeAC é uma lei criada num momento histórico de convergência, não sendo, portanto, factível que boa parte dos dilemas ora apresentados não se fizessem vislumbrar no momento de sua criação. O uso dos termos escolhidos demonstra uma clara intenção da busca pela neutralidade tecnológica empregada para abarcar os serviços por ela regulados. O inciso XXIII do artigo 2º de seu texto talvez seja a fonte da maior controvérsia de toda a questão, tanto utilizado para a afirmação de que determinado serviço, para ser SeAC, é um serviço de telecomunicação, e portanto atinente ao artigo 60 da LGT; quanto para a defesa de que qualquer serviço destinado a distribuição de conteúdos audiovisuais previstos, seria SeAC, independente da infraestrutura empregada em sua distribuição. Ao final a primeira expressão obteve mais relevância que a segunda como fundamento decisório, afrontando o princípio elementar da hermenêutica jurídica de que não se pode presumir a inutilidade de determinada palavra na lei.

A interpretação de que o a expressão “serviço de telecomunicações” remete necessariamente ao conceito previsto na LGT, pelo fato de que a Lei do SeAC não contém em si nenhum conceito diverso, não é livre de controvérsia, visto que a intenção da lei do SeAC é justamente a de dispor sobre um tipo específico de telecomunicação, e não apontar normas gerais do setor. Da mesma forma interpretar a partir desta lógica que a expressão “por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer” seria apenas a de unificar as tecnologias existentes até então, seria no mínimo, a tentativa interpretativa de uma alteração legislativa.

Tomando este inciso em sua totalidade, não é desarrazoado interpretar de que este inciso cria em si um novo subtipo de telecomunicação, e que esse seria justamente o conceito aqui apresentado, pois seria a única interpretação possível a não invalidar

nenhuma das expressões controversas. Não seria necessário para isto, que esta lei viesse a oferecer um novo conceito de telecomunicações de forma geral, já que esse não é seu intuito, e sim do de criar um serviço específico, justamente o serviço de acesso condicionado, que é segundo tal, um serviço de telecomunicações que, atendidos os conceitos da lei, são por ela regulamentados, e para isto a vinculação da oferta do serviço e sua distribuição não são necessariamente vinculados. Esse serviço estaria vinculado a um conceito mais abrangente, apresentado no artigo 1º da lei e definido no artigo 2º inciso VI, o de comunicação audiovisual de acesso condicionado, que também contém em si a expressão “por meios eletrônicos quaisquer”.

Por sua vez, a desvinculação entre suas atividades é extremamente clara no parágrafo 4º da norma, que define quais são as atividades de comunicação de acesso condicionado, quando, após apontar que estas são a de produção, programação, empacotamento e distribuição (incisos I, II, III e IV) afirma em seu parágrafo 1º que a “atuação em uma das atividades de que trata este artigo não implica restrição de atuação nas demais, exceto nos casos dispostos nesta Lei”, ou seja, se a norma não restringe que determinada empresa possa atuar concomitantemente em todas estas atividades, ela também não obriga que isso seja feito, sendo impossível inferir que a distribuição seja uma condicionante para sua vinculação ao condicionamento por ela previsto. As restrições possíveis são apenas aquelas apresentadas no texto da própria lei, como se depreende da leitura do dispositivo, e esta não é uma delas. É perfeitamente possível portanto, que uma empresa atue em todas as demais atividades, mas não da de distribuição, e que isso não a impedirá que estar provendo um serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado.

Quanto à atividade de distribuição, se as atividades de streamings lineares fossem consideradas SeAC, não haveria necessariamente uma contradição entre a sua lei e a LGT. Por um lado, o conceito de telecomunicação previsto no artigo 60 §1º não permite necessariamente considerar a impossibilidade de sobreposição entre dois serviços, ou seja, que um serviço de telecomunicação se utilizasse de outro serviço de telecomunicação. Isso é uma inferência a partir do artigo 61, que afirma que os serviços

de valor adicionados são aqueles que utilizam outro serviço de telecomunicação e com o qual não se confundem, mas também não afirma que todo serviço que se utilize de um serviço de telecomunicação será de valor adicionado. As próprias definições contidas nos artigos demonstram uma diferenciação entre as naturezas dos serviços. Enquanto o artigo 60 se refere em seu §1º a “símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”, o artigo 61 remete à “acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”.

Este embate entre o conceito de telecomunicação e SVA não é tão rígido como parece, e tem influências dos diversos interesses presentes no setor como afirma aponta Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira:

Os aspectos técnicos de classificação das telecomunicações não são contudo a palavra final, pois as políticas públicas do setor são formadas por interesses outros. A primeira questão que surge refere-se à possibilidade de dispositivo infraconstitucional diminuir a extensão de competência inscrita na Constituição e dirigida à União (art. 21, XI). (...) O limite de pertinência lógica dos serviços disciplinados por lei regulamentadora do art. 21, XI da CF/88 ombreia com a adequação da qualificação dos serviços como de telecomunicações ou de valor adicionado. Por isso, uma das questões mais espinhosas da regulamentação de telecomunicações no Brasil está centrada na delimitação da fronteira entre os serviços de telecomunicações e os serviços que apenas lhes adicionam valor ou utilizam de suas redes⁴¹.

Nesse sentido, Victor Oliveira Fernandes⁴² aponta, como exemplo, que a própria Anatel já alterou o enquadramento de um SVA para telecomunicação, quando passou a considerar os provedores de acesso à *internet* do mesmo grupo econômico dos provedores de Serviço de Acesso Multimídia, anteriormente considerados SVA, como serviços de

⁴¹ ARANHA, M. I. Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA). 2005. 223 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Instituto de Ciências Sociais, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação Sobre as Américas, Universidade de Brasília, Brasília, 2005, p 111 e 112.

⁴² FERNANDES, op, cit.

telecomunicação para uma melhor adequação ao cenário de convergência tecnológica⁴³, demonstrando que não é inteiramente verdade que a agência reguladora não tenha nenhuma condição de atuar na categorização dos conceitos perante à LGT.

A própria Lei do SeAC afirma por diversas vezes que a atividade poderá utilizar redes próprias ou de terceiros, sem deixar de se enquadrar em seu regulamento. Adotar entendimento diverso seria afirmar que a lei contradiria a si mesma, ao invés de buscar sua finalidade. Quanto às obrigações relativas à distribuição, não faz sentido a afirmação de que a consideração dos serviços de streamings lineares pela internet como SeAC seria uma extrapolação das atribuições da agência, e que estaria regulando conteúdo e não distribuição, já que a própria lei se refere em seu artigo 29 de que caberá à Anatel as atividades de regulação e fiscalização de distribuição, numa clara demonstração do vislumbre legislativo da possibilidade de uma atividade de SeAC com distribuição separada das demais atividades referentes ao conteúdo, que caberiam por sua vez à ANCINE. Ainda nesse sentido, com relação ao artigo 2º inciso X de igual forma, numa situação de SeAC fornecido pela internet, essas obrigações ficariam a cargo da distribuidora, ou seja, dos serviços de internet.

Quanto à uma interpretação sistemática do dispositivo, esta deve ser feita de fato analisando a unidade e coerência do ordenamento jurídico, mas também a sua completude⁴⁴. Assim, não se deve analisar a lei do SeAC sistematicamente, selecionando apenas a LGT, lei mais geral, e o artigo 170, que trata da livre iniciativa, principalmente em seu parágrafo único, sem se atentar para o conjunto total de regras relativos à norma

⁴³ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processos nº 53500.023851/2009 e no 53500.026406/2009. Análise 304/2013-GCMB. Voto do Conselheiro-Relator Marcelo Bechara. Brasília: [s.l.] 2013.

⁴⁴ Conforme o jurista Norberto Bobbio, "Chama-se "interpretação sistemática" aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o Direito privado, o Direito penal) constituam uma totalidade ordenada (mesmo que depois se deixe um pouco no vazio o que se deva entender com essa expressão), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado "espírito do sistema", mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal." BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 76.

analisada, como por exemplo o título da Constituição Federal relativo à comunicação social. Fazer isto seria uma análise sistemática incompleta e, portanto, atécnica.

Não há dúvidas de que, independentemente do enquadramento jurídico dado aos *streamings* lineares por assinatura, de que estes são um tipo de comunicação social, devendo, portanto, respeitar aos preceitos contidos na Constituição Federal quanto à este tema. Nesse sentido, uma interpretação sistemática deve levar em conta também esses mandamentos. Como vimos, se pode perfeitamente extrair da leitura da norma o enquadramento deste tipo de atividade perante a legislação ora em vigor e que não há necessariamente uma contradição entre isto e sua lei mais Geral. Do ponto de vista de sua análise perante o parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal, este mesmo artigo afirma em seu final “salvo nos casos previstos em lei”, o que não contradiz em nada a análise ora feita, e ainda, se vincularmos este artigo aos artigos 221 e 222 da mesma carta, veremos que o sentido geral desta atividade ganha mais substância, ainda que já fosse possível enquadrá-la apenas através de uma interpretação infraconstitucional. Considerar uma atividade potencialmente regulada a uma interpretação restritiva da lei do SeAC, e tomando de forma absoluta o princípio da livre iniciativa contido na Constituição, seria considerar a existência de uma atividade de comunicação social que estivesse fora do que a própria Constituição Federal determina quanto ao tema. Isso seria considerar uma hierarquia entre duas normas constitucionais, o que seria isto sim, teratológico. O contrário não se verifica, visto que o enquadramento destas atividades enquanto SeAC, respeitaria todos os mandamentos constitucionais, e não anularia o princípio constitucional da livre iniciativa, já que estas atividades poderiam ser plenamente exercidas, desde que condicionadas às determinações da lei que as regula.

Do ponto de vista concorrencial, por fim, não parece correto considerar que o enquadramento dos serviços de streaming lineares configuraria uma barreira a novos entrantes, e que isso fortaleceria os atuais prestadores de SeAC. Em primeiro lugar, como já demonstrado, por não ser uma atividade em que haja escassez, ou seja, não tem como limite o controle a uma determinada estrutura específica, nem impede o surgimento de novas formas de serviços disruptivos, dado a sua neutralidade tecnológica. O que ela faz

é tão somente impor a adequação ao condicionamento do SeAC. Em segundo lugar, o não enquadramento ao SeAC, este sim pode gerar uma vantagem indevida às OTTs, principalmente com relação a questões tributárias e de contribuição a fundos setoriais, tendo o potencial efeito de desestimular a concorrência, lembrando que de toda forma, estes serviços já possuem por si só, através de suas inovações, vantagens competitivas, já que não têm que arcar com custos de manutenção de redes. Como demonstra Victor Oliveira Fernandes, se referindo às distorções regulatórias, em seu caso quanto aos serviços OTT de voz:

Caso se parta do diagnóstico de que serviços OTT de voz são concorrentes diretos dos serviços de telecomunicações, a desproporcionalidade regulatória se fará de fato bastante evidente, tendo em vista as assimetrias no regime jurídico-regulatório setorial, conforme será analisado no presente capítulo. Daí porque, a classificação bipolarizada entre “teles” e SVA tem ensejado diversas críticas já há alguns anos. Além disso, o fato de a LGT tratar os provedores OTT como simples “usuários” dos serviços de telecomunicações inevitavelmente gera distorções na política setorial, seja em função da elevada demanda de dados dos OTT que claramente os diferenciam do perfil clássico de usuários finais, seja em função da sua própria relevância para as políticas de comunicação no contexto pós-convergência.

Essa proteção a desregulamentação por fim, não visa necessariamente a proteção de novos e pequenos serviços no mercado de audiovisual frente à gigantes do setor no país, visto que entre os agentes que estão entrando neste mercado estão entre as maiores empresas não apenas de seu setor, como entre as maiores do país e até do mundo, como *Globo* e *Amazon* só para citar duas. O próprio relator em sua análise⁴⁵, demonstra comparativamente à regulação deste tipo de serviço na União Europeia, que as regulações referentes ao acesso condicionado se aplicam também aos serviços prestados através da internet, e apesar de não ser o intuito do presente trabalho, é difícil imaginar que não haja interesse dos prestadores desse tipo de serviço em entrar nesse mercado.

⁴⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo no 53500.022476/2019-45. Análise 84/2020/VA. Voto do Conselheiro-Relator Vicente Bandeira de Aquino Neto.

As consequências socioeconômicas que podem se desdobrar a partir das decisões proferidas são difíceis de serem previstas, mas a experiência da convergência do uso de serviços com características semelhantes, como as chamadas de voz pela internet já podem ser verificadas por exemplo no Relatório de Acompanhamento do Setor de Telecomunicações – Telefonia Móvel referente a 2020 da Anatel⁴⁶, que apresenta uma queda no tráfego de voz e um aumento no tráfego de dados da telefonia móvel. A Associação Brasileira de Televisão por Assinatura apresenta uma queda no número de assinantes de SeAC nos últimos anos⁴⁷. Disto não se pode concluir de imediato qual o grau de interferência dos serviços de *streamings* lineares por OTTs ou das condições econômicas neste período.

No entanto, para além destas questões, a existência desses serviços fora do enquadramento da lei do SeAC já tem algum efeito com relação às políticas de fomento, já que por não necessitarem se condicionar à suas determinações, não tem a obrigatoriedade de ofertar os canais obrigatórios por exemplo. Além disto, no momento estes serviços por transmitirem exatamente o mesmo conteúdo que seus equivalentes SeAC, não estão descumprindo as determinações quanto ao mínimo de produção nacional nos canais que ofertam, mas nada impede que o façam no futuro.

Ainda como um dado capaz de trazer alguma inferência quanto a esse mercado, é interessante perceber que parte das empresas que ofertavam *streamings on demand*, passaram a ofertar concomitantemente, conteúdos ao vivo, demonstrando uma expectativa com o crescimento do setor. Exemplos disto são os serviços *Amazon Prime*, *HBO Max* e *Star Plus*, pertencentes respectivamente ao Grupo *Amazon.com, Inc.*; à *WarnerMedia*, subsidiária da AT&T, empresa de telecomunicações dos Estados Unidos

⁴⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Relatório de Acompanhamento do Setor de Telecomunicações – Telefonia Móvel referente a 2020. Disponível em: < https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eE_P-wgk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4NT86aq4DZSJMWWh9gBoilhtRgvXnEhjT6dqYh_PLeIC2xMriZOLrD6LEYnf1psEzILJAq9-LHel_G9fbuXRrs7UR> Acesso em 12 de nov. de 2021, p 72.

⁴⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA. Dados do Setor. Disponível em: < http://www.abta.org.br/dados_do_setor.asp> Acesso em 12 de nov. de 2021.

da América; e da *Wall Disney Company*, gigante do setor de entretenimento e atual dona do Grupo Fox⁴⁸.

Por fim, cabe mencionar que para além do entendimento atual da Anatel em sua competência regulatória, a própria agência publicou em 9 de novembro de 2020, juntamente com a portaria número 1.277⁴⁹ - que instituiu o Grupo de Trabalho para realizar estudos e elaborar proposta de atualização do marco jurídico referente aos Serviços de Acesso Condicionado (GT – SeAC) - a minuta de relatório para discussão com a sociedade⁵⁰, onde foram realizadas audiências públicas entre os meses de agosto e novembro de 2021, e no qual o tema dos *streamings* lineares por OTTs aparece entre os destacados. Além disso, tramita no STF, a ADI número 6.334, requerida pela ASSOCIACAO BRASILEIRA DE PRODUTORES INDEPENDENTES DE TELEVISAO - ABPI-TV, e de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, que também discute o tema.

CONCLUSÃO

Considerando o caso em questão enfrentados neste trabalho, é possível tirar a conclusão de que a legislação brasileira referente ao setor de comunicação audiovisual por assinatura, o SeAC tem uma característica bastante aberta e de modelo receptivo à convergência tecnológica. Juntamente com isso, a LGT ao adotar o conceito de SVA não restringe a atuação da Anatel à simples categorização de serviços, como o do caso em questão em relação aos serviços de internet. Ela por ter também uma definição aberta, confere uma discricionariedade relevante para a agência com relação às definições conceituais dos serviços de telecomunicação, verificada através das diversas

⁴⁸ Como se pode verificar em:
<<https://www.primevideo.com/>>
<<https://www.warnermedia.com/us/brands>>
<<https://thewaltdisneycompany.com/about/#our-businesses>>

⁴⁹ < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.277/sei-mcom-de-9-de-novembro-de-2020-287496500>>

⁵⁰ < https://www.gov.br/mcom/pt-br/media/acesso-a-informacao/docs-de-aco-es-e-programas/gt_seac/minuta-de-relatorio-consulta-versaopublicada.pdf>

interpretações e conclusões possíveis aqui demonstradas, e mesmo com adoção de uma interpretação mais rígida entre os conceitos de telecomunicações e SVA, a agência ainda possui importante papel na regulação das relações entre ambos os serviços.

O debate do tema parece se centrar mais sob o ponto de vista técnico-normativo do próprio setor juntamente com o concorrencial e econômico, e sem desconsiderar a importância desses campos, deve-se considerar de forma igualmente relevante, as políticas públicas desenvolvidas desenhadas e os preceitos constitucionais com relação ao tema. A ampliação da reflexão desse debate é de extrema importância num contexto em que esses mercados estão em plena convergência. No caso da comunicação audiovisual, a aplicação dos condicionamentos previstos na Lei do SeAC aos serviços de *streamings* lineares podem ser plenamente aplicados a partir do ordenamento jurídico atual, mas ainda que não o fosse, seria justificado pela concretização de objetivos não apenas nela postos, mas que também concretizam princípios constitucionais como 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 ao estímulo ao desenvolvimento social e econômico do País, entre outros.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). ANATEL esclarece uso de VoIP para oferta de serviço de voz. ANATEL Imprensa, 11 nov. 2005. Disponível em: <goo.gl/kCFL6Z>

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo no 53500.022476/2019-45. Análise 84/2020/VA. Voto do Conselheiro-Relator Vicente Bandeira de Aquino Neto.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Análise nº 163/2020/VA. Voto do Conselheiro Vicente Bandeira de Aquino Neto. Brasília, DF, 2020, p. 2.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.022476/2019-45. Voto nº 22/2020/EC. Voto do Conselheiro Emmanoel Campelo de Souza Pereira. Brasília, DF, 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.022476/2019-45. Acórdão nº 472. Brasília, DF, 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). **Relatório de Acompanhamento do Setor de Telecomunicações – Telefonia Móvel referente a 2020.** Disponível em: <

https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4NT86aq4DZSJMWh9gBoilhtRgvXnEhjT6dqYhPLeIC2xMriZOLrD6LEYnf1psEzILJAq9-LHel_G9fbuXR7UR>

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução nº 581 de 26 de março de 2012. Aprova o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) bem como a prestação do Serviço de TV a Cabo (TVC), do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e do Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA). Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/139-resolucao-581>>.

ARANHA, M. I. **Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA)**. 2005. 223 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Instituto de Ciências Sociais, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação Sobre as Américas, Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES. Glossário. Disponível em: < https://telebrasil.org.br/component/docman/doc_download/790-glossario-de-siglas?Itemid=> .

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA. Dados do Setor. Disponível em: < http://www.abta.org.br/dados_do_setor.asp> Acesso em 12 de nov. de 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA. Glossário. Disponível em: < <http://www.abta.org.br/glossario.asp#t>>.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 273, p. 123-163, 2016.

BAR, F.; SANDVIG, C. Política de comunicações dos Estados Unidos pós-convergência. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 109, n. 2009, pp. 77-109, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 4014256. Brasília, DF, 2019.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora UnB, 1999.

BRITTO, Carlos Ayres. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 4311042. Brasília, DF, 2019.

FERNANDES, Vitctor Oliveira. **Regulação de serviços over-the-top (OTT) e pós-convergência tecnológica: uma análise do regime jurídico setorial de serviços OTT de voz nos EUA e no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF. 2018.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva e LEMOS, Ronaldo. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 4407366. Brasília, DF, 2019.

RANGEL, Manoel. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL).
Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 3606768. Brasília, DF, 2018.

REZENDE, João. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL).
Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 3700296. Brasília, DF, 2019.

Roman, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica** / Flavio José
Roman. – São Paulo : Saraiva, 2013., páginas 136 a 138

SUNDFELD, Carlos Ari. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES
(ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 3606767. Brasília, DF,
2018.