

VOTO Nº 86/2020/PR

Processo nº 53500.022476/2019-45

Interessado: Prestadoras de Serviços de Telecomunicações

CONSELHEIRO

LEONARDO EULER DE MORAIS

1. ASSUNTO

1.1. Enquadramento regulatório das Ofertas de Conteúdo Audiovisual Programado via Internet por meio de Subscrição (sVOD).

2. EMENTA

OFERTAS DE CONTEÚDO AUDIOVISUAL PROGRAMADO VIA INTERNET POR MEIO DE SUBSCRIÇÃO (SVOD). SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO (SEAC). NÃO ENQUADRAMENTO.

2.1. Trata-se da avaliação do arcabouço jurídico-regulatório aplicável aos serviços que oferecem, via Internet, acesso a canais de conteúdo audiovisual de programação linear, isto é, canais cuja programação está organizada em grade temporal pré-determinada.

2.2. A ampliação do escopo da instrução processual com a realização da Tomada de Subsídios, a abertura para a participação de outros órgãos e entidades públicas e privadas e o ingresso de terceiros interessados contribuirão para enriquecer o debate com diferentes interesses e perspectivas.

2.3. As plataformas de conteúdo audiovisual na Internet não dispõem dos meios indispensáveis à sua “distribuição”, conforme os termos definidos na Lei do SeAC, o que é realizado por prestadoras de serviços telecomunicações mediante o uso de infraestruturas de banda larga fixa e móvel.

2.4. Por reconhecer que a Oferta de Conteúdo Audiovisual Programado via Internet por meio de Subscrição (sVOD) não se enquadra como Serviço de Acesso Condicionado (SeAC).

3. REFERÊNCIA

3.1. [Lei nº 9.472, de 16/07/1997](#), Lei Geral de Telecomunicações (LGT);

3.2. [Lei nº 12.485, de 12/09/2011](#), Lei do Serviço de Acesso Condicionado (Lei do SeAC);

3.3. [Resolução nº 612, de 29/04/2013](#), que aprovou Regimento Interno da Anatel (RIA);

3.4. Informe nº 201/2019/PRRE/SPR (SEI nº 5040338);

3.5. Parecer nº 73/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 5325383);

3.6. MACD nº 261/2020 (SEI nº 5338210);

3.7. Análise nº 84/2020/VA (SEI nº 5386010);

3.8. Voto nº 22/2020/EC (SEI nº 5950122).

4. RELATÓRIO

DOS FATOS

4.1. Faz-se inicialmente referência aos seguintes processos:

- 53500.056473/2018-24 – Procedimento instaurado para a avaliação das Ofertas de Conteúdo Audiovisual Programado via Internet por meio de Subscrição (sVOD), da FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA.

- 53500.057279/2018-66 – Procedimento instaurado para a avaliação das Ofertas de Conteúdo Audiovisual Programado via Internet por meio de Subscrição (sVOD), da TOPSPORTS VENTURES LTDA.
- 53500.022476/2019-45 – Tomada de Subsídios instaurado para a avaliação das Ofertas de Conteúdo Audiovisual Programado via Internet por meio de Subscrição (sVOD)
- 53500.022573/2019-38 – Procedimento instaurado para adoção de medida cautelar envolvendo a oferta de canais programados, por meio da Internet.

4.2. Em 06/08/2020, por ocasião da 888ª Reunião do Conselho Diretor, as matérias consubstanciadas nos processos acima relacionados foram trazidas à apreciação do Colegiado por seu relator designado, o Conselheiro Vicente Bandeira de Aquino Neto.

4.3. Naquela oportunidade, o Conselheiro Emmanoel Campelo de Souza Pereira solicitou vistas de todo o conjunto de processos inter-relacionados.

4.4. Na Reunião subsequente, realizada em 27/08/2020, o Conselheiro vistante teve o prazo de vistas prorrogado, por 120 (cento e vinte) dias.

4.5. É o breve relato.

DAS CONSIDERAÇÕES POR PARTE DESTE CONSELHEIRO

4.6. Em apertada síntese, tratam os autos desses processos, em conjunto, da avaliação do arcabouço jurídico-regulatório aplicável aos serviços que oferecem, via Internet, acesso a canais de conteúdo audiovisual de programação linear, tal qual aqueles canais tradicionalmente distribuídos mediante o Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) e os canais do Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens (TV) e de Retransmissão de Televisão (RTV).

4.7. Dito de outra forma, questionou-se se a oferta, nas plataformas digitais de acesso sob demanda, de canais de conteúdo audiovisual linear (i. e., canais cuja programação está organizada em grade temporal pré-determinada) caracterizaria tais serviços digitais como prestação do SeAC, o que atrairia a incidência do regime regulatório próprio desse serviço para o referido modelo de negócio.

4.8. Após o trabalho de investigação e análise promovidos nos autos, essa questão por fim se encontra devida e conclusivamente elucidada e esclarecida, sem quaisquer necessidades de ajustes e provimentos adicionais ou acessórios.

4.9. Nesse particular, merece apreço o grande esforço promovido pela área técnica da Anatel para esquadrihar e avaliar o tema, sob as mais variadas perspectivas e interesses, oportunizando manifestações e contribuições dos diversos agentes diretamente envolvidos, de interessados partícipes dos demais elos da cadeia de valor do audiovisual e da sociedade em geral. Senão vejamos.

4.10. As demandas que deram origem à discussão, apresentadas sob a forma de denúncia nos Processos nº 53500.056473/2018-24 e nº 53500.057279/2018-66, enfatizaram as semelhanças entre o produto oferecido nas mencionadas plataformas com aquele distribuído pelos prestadores de SeAC.

4.11. Argumenta-se nas denúncias que haveria grande assimetria concorrencial entre os dois modelos de negócio, em especial quando consideradas as obrigações regulatórias e tributárias incidentes sobre cada um deles. A continuidade dessa prática, no entender da peticionante, poderia prejudicar de modo irreparável as prestadoras de telecomunicações que atuam no segmento de distribuição do conteúdo.

4.12. Ademais, ressaltou-se ali que a Lei do SeAC ([Lei nº 12.485, de 12/09/2011](#)) expressamente impôs restrições à verticalização da cadeia de valor do conteúdo audiovisual, de modo que quem participa das etapas de produção e programação não atue na sua distribuição.

4.13. Tais limitações teriam sido criadas, há quase uma década, com o intuito de preservar o equilíbrio desse complexo mercado, de modo que, independentemente do meio de exploração do SeAC (Princípio da Neutralidade Tecnológica), restariam mitigadas as possibilidades de concentração excessiva e de abuso de poder econômico.

4.14. Em vista do exposto e do requerido nessas denúncias, entendeu a área técnica da Anatel naquele momento que deveria atuar paralelamente em duas frentes. Primeiramente, ela optou pela expedição de medida acauteladora, por ter vislumbrado a necessidade maior de preservar o arranjo econômico-concorrencial insculpido em lei, do qual, aliás, também depende a política de fomento da produção audiovisual nacional.

4.15. Como é sabido, o conteúdo audiovisual brasileiro contribui sobremaneira para a promover a cultura nacional e regional e as manifestações de pensamento, bem como para disseminar informação, conhecimento e entretenimento. Outrossim, esse criativo setor, reconhecido por sua qualidade e dinamicidade, inclusive internacionalmente, é responsável por grandes projetos e investimentos, além de dezenas de milhares de empregos diretos e indiretos.

4.16. Nessa linha de raciocínio, caso tal prática fosse adotada indiscriminadamente no elo de distribuição, e como mero subterfúgio para se elidir de obrigações legais, regulatórias e tributárias, para além dos impactos setoriais e consumeristas, também poderiam restar prejudicados os demais elos da cadeia do audiovisual que dependem da política pública de fomento.

4.17. Ademais, em ato contínuo à expedição da cautelar, a área técnica deu início a um amplo processo de Tomada de Subsídios para complementar e enriquecer a instrução dos autos.

4.18. Registra-se que há várias justificativas para tal providência. Por um lado, o tema em comento é vasto, transversal e intersetorial, além de envolver e potencialmente impactar uma grande gama de atores e até algumas políticas setoriais.

4.19. Por outro, de início já era evidente que a eventual decisão, qualquer que fosse o seu rumo final, certamente repercutiria e transbordaria para além dos casos específicos em análise. Assim, nada mais natural do que a realização de uma análise ampla, aberta e transparente, como forma de privilegiar a previsibilidade e estabilidade da atuação regulatória.

4.20. A previsibilidade e estabilidade que se extraem do amplo debate e da transparência pública, todavia, igualmente requer celeridade e segurança jurídica para sua plena e efetiva concretização.

4.21. Por esse motivo, quando da análise dos pedidos de concessão de efeito suspensivo aos recursos, isso em julho de 2019, muito embora estivesse presente já naquele momento uma inclinação desta Presidência pela não caracterização do SeAC nessas ofertas, optou-se por privilegiar a independência da atuação do corpo técnico.

4.22. Isso porque se depreendeu, durante a análise do efeito suspensivo, que sob sua ótica de buscar tutelar as disposições legais vigentes e possibilitar uma avaliação não açodada dos eventuais impactos da decisão, a área técnica apresentou razões e fundamentos suficientes para justificar a medida acauteladora por ela construída para ser minimamente invasiva. Qual seja, uma cautelar pontual e especificamente direcionada aos canais lineares disponibilizados na plataforma – que poderiam inclusive continuar a ser oferecidos, contanto que houvesse autenticação – e sem qualquer repercussão sobre o restante do conteúdo audiovisual não-linear comercializado.

4.23. Nesse sentido, a independência do corpo técnico é um imperativo. No seu quadro de servidores e colaboradores a Anatel tem a satisfação e o orgulho de possuir profissionais altamente capacitados, qualificados e comprometidos. Permitir que possam desenvolver suas atribuições com independência e inventividade crítica e construtiva por certo contribui substancialmente para a excelência da atuação regulatória e para o êxito na consecução da nossa missão institucional. Além disso, preservá-la corresponde a atender à estrutura e ao rito previstos pelo nosso vigente Regimento Interno, contribuindo para a estabilidade de longo prazo do processo decisório da Anatel.

4.24. Por óbvio, o reconhecimento desta Presidência de tal autonomia não se confunde, de modo algum, com qualquer alinhamento preliminar ou comprometimento quanto ao mérito da proposta, muito menos concessão de plena autonomia sobre o tempo de tomada da decisão.

4.25. Justamente por compreender a importância de se alcançar rapidamente uma deliberação para a integral concretização e efetividade da estabilidade e segurança jurídica para o setor,

determinou-se naquela mesma ocasião que fossem tomadas imediatas providências para que a conclusão da instrução e, conseqüentemente, a submissão da matéria ao Colegiado não tardassem.

4.26. Situações de instabilidade jurídica não podem se prolongar indefinidamente no tempo em prejuízo da liberdade econômica. Foi o significativo lapso temporal desde então, aliás, que motivou a revisão da decisão monocrática sobre a concessão de efeito suspensivo aos termos da Cautelar.

4.27. Superadas tais questões, importa destacar neste momento que a ampliação do escopo da instrução processual com a realização da Tomada de Subsídios, a abertura para a participação de outros órgãos e entidades públicas e privadas e o ingresso de terceiros interessados, de fato, contribuíram para uma maior compreensão do contexto no qual esse novo modelo de negócio surgiu e é prestado.

4.28. Como resultado, além de um conjunto mais abrangente e robusto de elementos fáticos e teses para subsidiar a formação de seu entendimento, o Órgão Colegiado hoje tem à sua disposição um instrumental mais legítimo, pois foi oportunizada aos agentes diretamente envolvidos, aos setores de telecomunicações e de conteúdo audiovisual e a sociedade em geral a apresentação de considerações e contribuições, como já mencionado.

4.29. O resultado de todo esse trabalho de avaliação dos modelos praticados na cadeia audiovisual encontra-se consubstanciado no Informe nº 201/2019/PRRE/SPR (SEI nº 5040338). Ele é corroborado pelo opinativo jurídico da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, manifestado no Parecer nº 73/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 5325383), que verificou os aspectos jurídico-regulatórios pertinentes ao tema.

4.30. No que concerne ao mérito, ambos opinam no sentido de que a oferta de conteúdos audiovisuais programados pela Internet não se caracteriza como SeAC, mesma linha adotada pelo Conselheiro Relator Vicente Aquino, na primeira alínea da conclusão da Análise nº 84/2020/VA (SEI nº 5386010), bem como pelo Conselheiro Emmanoel Campelo, em seu Voto nº 22/2020/EC (SEI nº 5950122).

4.31. Em meu opinativo, não existe razão para despendar extensas linhas ou larguear a discussão tão somente para repisar o entendimento que outros já deixaram bem sedimentado. Resta claro que as mencionadas plataformas de conteúdo audiovisual não dispõem dos meios indispensáveis à sua “distribuição”, conforme os termos definidos na Lei do SeAC, o que é realizado por prestadoras de serviços telecomunicações mediante o uso de infraestruturas de banda larga fixa e móvel. Dessa feita, a atividade amolda-se perfeitamente a outra definição legal, a de SVA, constante do [art. 61](#) da Lei Geral de Telecomunicações.

4.32. Ademais, a programação linear dos canais, intrínseca ao modelo de negócio e às limitações técnicas do SeAC, quando levada à Internet torna-se mera conveniência para o subscritor da plataforma de conteúdo, que retém a faculdade de consumi-lo sob demanda e, muitas vezes, até mesmo visitar blocos específicos da programação anteriormente exibida, tais como telejornais e periódicos televisivos.

4.33. Quanto às determinações e providências adicionais propostas pelo Relator, todavia, alinhom ao entendimento do Vistante no sentido de não serem necessárias.

4.34. Conforme ventilado alhures, tem-se que os presentes autos alcançam e exaurem sua finalidade com a fixação do entendimento de que tal modelo de negócio se enquadra como Serviço de Valor Adicionado (SVA).

4.35. Além das oportunas e pertinentes considerações que o Vistante traz em seu Voto nº 22/2020/EC (SEI nº 5950122), aqui adotadas como razões de decidir, com fundamento no [art. 50, § 1º](#), da Lei de Processo Administrativo, cabem as ponderações que se seguem.

4.36. Em meu Voto nº 12/2020/PR (SEI nº 5207812), no bojo do processo que discutiu os limites legais aplicáveis à operação de aquisição do Grupo WarnerMedia pelo Grupo AT&T, novamente defendi, publicamente, a premente a necessidade de visitar as regras estabelecidas na Lei do SeAC, em particular as limitações ao controle cruzado entre as prestadoras de serviços de telecomunicações e as empresas produtoras e programadoras de conteúdo.

4.37. Além de já ter tido sua utilidade superada, tal vedação hoje cria condições de tratamento não isonômico entre as empresas e obstaculiza o surgimento de novos modelos de negócio e a inovação no setor, em prejuízo aos consumidores dos serviços e à produção nacional de conteúdos.

4.38. O ecossistema dos serviços de comunicação eletrônica via Internet, assim como as redes de acesso de alta capacidade ainda eram incipientes e pouco difundidos quando a Lei foi discutida e aprovada, no começo da última década. Desde então a distribuição de conteúdos digitais, o comércio eletrônico de propriedades intelectuais e os padrões de consumo de serviços de informação e entretenimento têm progressivamente se norteado para a disponibilização sob demanda e o acesso ubíquo e multiplataforma.

4.39. Nesse cenário, a regulação não pode ser excessivamente intrusiva e tampouco inibidora da inovação e da experimentação. Pelo contrário, deve proporcionar um ambiente fértil à competição e ao pleno exercício da liberdade econômica.

4.40. Assim, a copropriedade de diferentes elos da cadeia de produção e distribuição de conteúdo audiovisual deveria ser considerada em concreto, para que eventuais remédios regulatórios, **se necessários**, fossem adotados para impedir práticas potencialmente abusivas e predatórias ao mercado e proteger os direitos dos consumidores dos serviços.

4.41. Por mais que se considere anacrônica e excessiva a estratégia regulatória prevista no arcabouço do SeAC, isto é, a limitação ex-ante ao controle cruzado, todavia, não se pode olvidar que ela está insculpida em lei. Exatamente por isso, com todas as vênias às díspares compreensões, não foi possível escorar-me em interpretação descontextualizada e alijada tanto do propósito quanto da literalidade da legislação.

4.42. A atuação da Agência é pautada pelo princípio da legalidade e não pode, portanto, simplesmente desconsiderar a regra prevista no ordenamento jurídico vigente. Conquanto considere que a decisão é legítima e deva ser respeitada, pontuei que tal limitação, que se impõe, repisa-se, por força de preceito legal, precisa ser superada pelo legislador democrático, no exercício de suas atribuições constitucionais, razão pela qual adotei posicionamento no sentido de impossibilidade jurídica daquela operação.

4.43. A situação ora em apreço é diferente, no entanto. Enquanto que para aquele caso há claro óbice no ordenamento jurídico à materialização do arranjo pretendido no âmbito da realidade brasileira, neste inexistente restrição à integração vertical da cadeia de valor dessas novas plataformas e à injeção de propriedade intelectual audiovisual diretamente no ecossistema digital da internet, seja por meio de modelos de subscrição, seja por acesso patrocinado ou ainda gratuitamente.

4.44. É um novo universo, alheio às restrições da mencionada lei, obsoleta. Um novo universo que apenas tangencia a alçada de atuação desta Agência, a qual regula a infraestrutura de telecomunicações, mas não abarca as relações que ocorrem em outras camadas da cadeia de valor do ecossistema digital, notadamente na superestrutura digital, espaço para a inovação e o livre empreendimento por excelência, contanto que não impliquem riscos à integridade, à segurança das redes e aos princípios regentes da prestação dos serviços de telecomunicações que asseguram a conectividade.

4.45. Registra-se que o referido entendimento não desconhece a legitimidade de preocupações decorrentes de plataformas digitais com **significativo poder de intermediação**. Ora, não se pode ignorar ou desmerecer o direito à igualdade de condições concorrenciais, dentre outros elementos fundamentais a serem resguardados no ambiente digital.

4.46. Sem embargo, a legislação vigente bem delimita o escopo de atuação desta Autarquia e qualquer ampliação do diâmetro desse guarda-chuva jurídico e, por consequência, da disponibilidade de instrumentos de regulação *ex-ante*, não passa por voluntarismo regulatório.

4.47. Do exposto, uma vez sedimentada a compreensão de que óbice legal não se aplica ao presente caso, não há que se falar em manifestação adicional do legislador democrático quanto à pretendida inovação.

4.48. Nesse passo, embora haja a distinção das hipóteses, o entendimento desta Presidência em ambos os casos teve como denominador comum uma interpretação da Lei do SeAC que não a esvaziasse de sentido ou que, por outro lado, lhe atribuísse um alcance inexistente. Ou seja, coincidem na construção de soluções que privilegiem a maior objetividade possível no trato com a norma.

4.49. Por derradeiro, e novamente com a devida vênia, despicienda a alcunha de novo termo e suas complicações regulatórias, tentativa mais voltada à criação de uma particularidade jurídica inexistente e desnecessária.

5. CONCLUSÃO

5.1. Do exposto, acompanho o Voto nº 22/2020/EC (SEI nº 5950122) do Conselheiro Emmanoel Campelo de Souza Pereira.

5.2. É como considero.



Documento assinado eletronicamente por **Leonardo Euler de Moraes, Presidente**, em 10/09/2020, às 09:59, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 23, inciso II, da [Portaria nº 912/2017](#) da Anatel.



A autenticidade deste documento pode ser conferida em <http://www.anatel.gov.br/autenticidade>, informando o código verificador **5952523** e o código CRC **39367DC5**.