

RELATÓRIO PRELIMINAR DE CONSULTA PÚBLICA N.º 8, DE 23 DE OUTUBRO DE 2020

IDENTIFICAÇÃO

Tema: Consulta Pública da Análise de Impacto Regulatório sobre os serviços de vídeo sob demanda – estrutura, evolução, características, relações de competição, enquadramento tributário e situação da regulação – elaborado pela ANCINE como contribuição à modelagem de um marco regulatório e de desenvolvimento para o Brasil.

Período da Consulta Pública: 13 de setembro a 14 de novembro de 2019

INTRODUÇÃO

Entre 13 de setembro e 14 de novembro de 2019, a versão pública do Relatório de Análise de Impacto Regulatório 001/2019/ANCINE/SAM/CAN foi submetida a Consulta Pública (Processo 01416.000158/2018-06). O documento (SEI [1405201](#)) propôs-se a abordar os serviços de vídeo sob demanda, reunindo os dados disponíveis para uma análise ao mesmo tempo sistemática e focalizada em aspectos regulatórios específicos. Nos termos de sua ementa, trata-se de um *estudo preliminar sobre os serviços de vídeo sob demanda – estrutura, evolução, características, relações de competição, enquadramento tributário e situação da regulação – elaborado pela ANCINE como contribuição à modelagem de um marco regulatório e de desenvolvimento para o Brasil*. Dirige-se, portanto, a uma discussão que implica normativas mais amplas do que o tratamento infralegal do tema no âmbito da ANCINE. A iniciativa foi motivada, originalmente, pelos debates realizados no âmbito do Conselho Superior do Cinema e a demanda por subsídios para um marco legal sobre aqueles serviços.

Neste sentido, o problema regulatório enfrentado pela análise tinha sua complexidade definida nos seguintes termos:

“(2) (...) À diferença das situações convencionais, esta AIR trata, de fato, da incorporação dos serviços de vídeo sob demanda no ordenamento jurídico brasileiro em todos os seus aspectos, o que exige não apenas enfrentar cada um dos temas tradicionais do mercado audiovisual – das condições de iniciativa e prestação dos serviços às relações com os conteúdos independentes –, como a própria definição dos serviços incluídos no modelo, sua posição no mercado audiovisual, as diferentes modalidades de oferta e as relações de concorrência. Esse tratamento torna-se especialmente complicado em razão da grande flexibilidade dos modelos negociais e das estruturas empresariais em competição. Ou seja: *o problema pode ser resumido à inexistência de um marco regulatório, em toda a sua amplitude e complexidade, que discipline a oferta de VoD no Brasil e empreste segurança jurídica às iniciativas atuais e futuras*. Mas, nessa tarefa, as condições mencionadas recomendam visualizar e debater um modelo de assimetria regulatória adequado às diferentes modalidades negociais e aos pontos de intersecção visíveis com outros serviços audiovisuais.”

Essa complexidade reflete-se no conjunto das contribuições recebidas e seus autores. Em um primeiro momento, o Sistema de Consulta Pública da ANCINE recebeu apenas dois comentários/sugestões sobre

Sugestão:

Gostaria de sugerir que se tratasse também da produção regional de acordo com o art. 211, III da Constituição Federal, visto que o parágrafo único 249 da AIR não traz nada a respeito.

Justificativa:

A produção regional é tão importante quanto a nacional e a independente e poderia ter espaço para ser exibida dentro do VoD também.

Autor:

Ângela Vieira Frazão Silva

Ocupação:

Estudante

Empresa:

[em branco]

Sugestão:

A União Europeia acaba de publicar um relatório sobre a regulação do serviço de VOD.

Justificativa:

Serve como orientação para a regulação no Brasil.

Autor:

Ney Sant'anna Pereira dos Santos

Ocupação:

Diretor

Empresa:

Regina Filmes Ltda.

No entanto, outras 23 contribuições foram enviadas à Ouvidoria da ANCINE fora do Sistema (Relatório da Ouvidoria: SEI 1521943). São documentos com análises, dados, posicionamento e preocupações de agentes econômicos diversos: entidades representativas e empresas de telecomunicações, tecnologia e operação de satélites, provedores de VoD, empacotadoras de TV por assinatura, cineastas, produtoras independentes, distribuidoras de conteúdos audiovisuais, programadoras de TV, grandes estúdios e distribuidoras internacionais de cinema. A saber::

- Documento SEI [1509376](#): Oi
- Documento SEI [1505365](#): TAP Brasil – Associação dos Programadores de Televisão
- Documento SEI [1522965](#): ABRANET – Associação Brasileira de Internet (primeira contribuição)
- Documento SEI [1522977](#): ABRANET – Associação Brasileira de Internet (segunda contribuição)
- Documento SEI [1522997](#): Synapse Brasil
- Documento SEI [1523007](#): ITI – Information Technology Industry Council
- Documento SEI [1523011](#): ANDAI – Associação Nacional de Distribuidoras Audiovisuais Independentes
- Documento SEI [1523016](#): Associação NEO
- Documento SEI [1523017](#): Netflix
- Documento SEI [1523032](#): Telefonica
- Documento SEI [1523038](#): APACI – Associação Paulista de Cineastas
- Documento SEI [1523340](#): GBSA – Gonçalves e Bruno Sociedade de Advogados
- Documento SEI [1523369](#): ABRACI-RJ – Associação Brasileira de Cineastas
- Documento SEI [1523377](#): Claro

- Documento SEI [1523406](#): Câmara-e.net – Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico
- Documento SEI [1523438](#): ABDTIC – Associação Brasileira de Direto da Tecnologia da Informação e das Comunicações
- Documento SEI [1523480](#): BRAVI – Associação Brasileira de Produtoras Independentes de Televisão
- Documento SEI [1523495](#): APRO – Associação Brasileira da Produção de Obras Audiovisuais; BRAVI - Associação Brasileira de Produtoras Independentes de Televisão; SIAESP – Sindicato da Indústria Audiovisual do Estado de São Paulo; SICAV-RJ – Sindicato Interestadual da Atividade Audiovisual
- Documento SEI [1523499](#): MPA-AL – *Motion Pictures Association* América Latina
- Documento SEI [1523510](#): Algar Telecom
- Documento SEI [1523549](#): TIM
- Documento SEI [1523591](#): Tereza Trautman
- Documento SEI [1523620](#): SES Telecomunicações do Brasil Ltda.

As contribuições recebidas, no seu conjunto e com destaques especiais que merecerão anotação neste relatório, representam esforços de análise e pensamento muito qualificados e plurais. Incluem esta consulta pública entre os mais significativos processos de participação ativa dos agentes regulados já realizado pela ANCINE.

À medida do possível, esta análise seguirá a estrutura de temas proposta no Relatório de AIR, antecedida por questões preliminares relativas ao próprio debate e à AIR. Dessa forma, a primeira parte trata da evolução, segmentação do mercado audiovisual e das características do VoD, e dos modelos regulatórios indicados, em especial as relações entre a regulação do VoD e do SeAC. A segunda parte abrange os temas que compõem o trato regulatório desses serviços; em primeiro plano, a tributação e a situação dos conteúdos brasileiros. Também são pontuadas algumas preocupações e propostas recolhidas sob assuntos diversos.

Por fim, ressaltamos que o presente Relatório foi consolidado a partir da análise realizada pela Coordenação de Análise Econômicas e de Negócios da Superintendência de Análise de Mercado e deve ser entendido como apontamentos da área para contribuir sobre o debate. Vale dizer, no entanto, que o tema se relaciona com diferentes outras ações em andamento na instituição e que, portanto, as manifestações aqui resumidas não devem ser lidas como taxativas, mas sim como parte de um amplo processo institucional que busca balizar a estratégia da Ancine na regulação do setor, estando assim suscetíveis a desdobramentos e novas abordagens, a partir do desenvolvimento natural de qualquer processo que se coloque como plural e participativo.

ANÁLISE ESPECÍFICA – PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES

SOBRE O RELATÓRIO DE AIR

O primeiro conjunto de observações refere-se ao próprio Relatório de AIR e seu formato, à definição do problema regulatório e à abordagem, no Relatório, das alternativas disponíveis e seu impacto. Algumas contribuições anotam, inicialmente, a exigência legal de AIR para decisões de intervenção regulatória das Agências. Sobre isso, vale a pena transcrever a manifestação da Câmara e-net, que bem resume a questão:

CÂMARA E-NET: “Recentemente, a necessidade de realização de Análise de Impacto Regulatório (“AIR”) se tornou uma obrigação positivada em duas leis: na Lei n.º 13.848/19, marco legal das agências reguladoras brasileiras; e na Lei n.º 13.874/2019, a já mencionada Lei da Liberdade

Econômica. Como ponto em comum em ambas, o objetivo da imposição parece ser o de trazer maior padronização e transparência ao processo decisório das agências reguladoras. Na Lei das Agências Reguladoras, a AIR (Art. 6º) é objeto central do capítulo que trata do processo decisório das agências reguladoras (Capítulo 1), sagrando-se como instrumento imprescindível (salvo casos específicos - Art. 6º, § 5º) que precede a alteração de atos normativos. Não obstante, há outras determinações que contribuem para a tecnicidade das agências e eficiência no direcionamento de esforços regulatórios, em especial aquelas contidas nos artigos 4º e 5º da referida lei, que reforçam a necessidade de proporcionalidade e motivação das decisões, *in verbis*: “Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos”. Tais obrigações reforçam aquelas contidas no artigo 2º, *caput*, VI, VII, da Lei de Processo Administrativo Federal¹⁰.

Em consonância com as previsões mencionadas, a Lei n.º 13.874/2019 (“Lei da Liberdade Econômica”) também prevê, em seu art. 5º, que as propostas de edição e de alteração de atos normativos devem ser precedidas da realização de análise de impacto regulatório¹¹. Prevê, ainda, em seu artigo 4º, que a Administração Pública deve “[...] evitar o abuso do poder regulatório”. Dentre os incisos que especificam o artigo estão: II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; e VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas. Tal recomendação tem por objetivo fortalecer o papel da livre iniciativa como um dos princípios da ordem econômica nacional (art. 170, *caput*, CF/88) e da República (art. 1º, IV, CF/88), minorando a “cultura do oficialismo” e a interferência excessiva do Estado no exercício do livre mercado.

Para obedecer à lógica de não impor regulações excessivas ao particular, houve movimentação por parte de diversas entidades internacionais para identificar uma metodologia que garantisse esse propósito nas análises de impacto regulatório. Segundo definição da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), a AIR é um processo de identificação e avaliação sistemática dos efeitos esperados das propostas de regulamentação, pautada em método analítico consistente e na análise de custo/benefício. Trata-se de um processo comparativo que analisa todas as “alternativas viáveis” para **sanar um problema regulatório**, de modo a informar os tomadores de decisão sobre a eficácia e a eficiência de diferentes opções, permitindo que as mais adequadas sejam escolhidas. Para tal, deve ser integrada a um processo de consulta pública, que possui grande potencial para sanar suposições e inferências equivocadas.”

Ressalte-se que, ao menos desde janeiro de 2013 (IN 52), antes mesmo dos comandos legais publicados em 2019, a ANCINE impunha-se tal procedimento prévio para a edição das normas infralegais sob sua competência. Essa orientação foi observada inclusive em temas não diretamente ligados a normas regulatórias em sentido estrito. Por exemplo: sob essa diretriz foram elaboradas e publicadas análises relacionadas com regras de financiamento e com a estrutura, objetivos e alternativas de desenvolvimento dos jogos eletrônicos e da exibição cinematográfica.

Os casos dos serviços de VoD e dessa AIR são particularmente diferentes dos demais, em especial por seus objetivos e premissas legais. Qualquer AIR deve partir de pressupostos, sejam eles consensos sobre conceitos e fatos ou sobre parâmetros legais relacionados ao modelo de ambiente regulatório abraçado pelo país, sob o risco de envolver-se em procedimentos e debates pouco técnicos ou produtivos. No caso do VoD e do debate regulatório nesta quadra das políticas nacionais, esses consensos ou não existem ou precisam ser fixados e esclarecidos por meio de argumentos técnicos e jurídicos.

A rigor, o principal reconhecimento prévio compartilhado por praticamente todos é o de que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, um estatuto especial que trate desses serviços, mesmo que haja preceitos constitucionais e legais, de âmbito geral, cogentes para o tratamento e a disciplina dessas matérias. As consequências desse fato, em especial quanto à segurança jurídica das relações negociais, mas também sobre a disciplina tributária que atinge todo o mercado audiovisual, constituem as razões primeiras do estudo. Neste sentido, as tarefas principais propostas para a AIR foram: identificar os elementos jurídicos já existentes que envolvem o serviço, delimitar as estruturas, conceitos, relações concorrenciais e modelos negociais que o caracterizam, apontar as principais disciplinas para a formulação de um marco regulatório adequado em face desses fatores e da legislação atual e analisar alternativas regulatórias e seu impacto em

cada uma dessas disciplinas. Há de se avaliar, portanto, que possíveis atos regulatórios da ANCINE, se acontecerem, possam ser objeto de análises específicas.

As manifestações da Synapse e da OI vão no mesmo sentido:

SYNAPSE: “E há ainda na Lei [refere-se à Lei 13.874/2019] capítulos específicos sobre Análise de Impacto Regulatório, que é o tema do Relatório posto em consulta pública pela ANCINE. Sobre o tema, diz a Lei que:

‘Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, **serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre as possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.**

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada’.

Acreditamos que o Relatório de Análise de Impacto Regulatório elaborado pela ANCINE não contém informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Por essa razão, o estudo deve servir apenas de material para discussão do tema.”

OI: “A AIR não se presta a analisar um tema (VOD), mas sim a mensurar, estimar os impactos de determinada regra que potencialmente altera direitos ou cria obrigações a terceiros.

Todavia, não foi apresentada proposta de regra regulatória na CP a partir da qual se estimam os impactos. Seria muito prudente, portanto, reestruturar a AIR em consulta levando em consideração as melhores práticas para elaboração de análises de impacto regulatório.”

Destaque-se que os efeitos das alternativas regulatórias foram extensamente analisados pela AIR. O que não foi proposto nesse momento foi a avaliação de custos, benefícios e consequências de uma regra sujeita à edição imediata pela ANCINE, propondo a redação de dispositivos regulatórios.

O principal objetivo das AIRs é dar condições para que a melhor decisão seja tomada. Por isso, é orientação recorrente que a análise seja ampla e busque entender a natureza do problema regulatório em sua real dimensão e complexidade. Frise-se, no caso em questão, que a opção da Diretoria Colegiada da ANCINE pelo formato de AIR não encontra óbice na legislação, nem nas orientações mencionadas. Decorre do conjunto de instrumentos reunidos pelo modelo e do fato de haver uma demanda regulatória, ainda que genérica, a ser respondida. Como foi anotado no Relatório, o estudo foi solicitado pelo Conselho Superior do Cinema. Foi demandado, pensado e organizado como subsídio ao debate de um futuro marco legal para o VoD. Isso é corroborado inclusive pelas próprias conclusões do trabalho, que identifica a necessidade de reforma legal e recomenda o tratamento do assunto por meio de lei especial sobre o tema, embora haja alternativas diferentes, tratadas adiante. Apesar de possível, também não foi o objetivo da AIR produzir um anteprojeto de Lei que formatasse suas conclusões.

É certo que o estudo identifica algumas competências atuais da ANCINE sobre o VoD ainda carentes de regulamentação. Mas não pretende nem tem mandato para iniciar procedimentos que supram essa carência. O trabalho limita-se a pontuá-las e a recomendar regulamentações específicas. Quando cada um desses temas for pautado para produção de atos normativos, caberá análise de impacto das alternativas regulatórias. Sobre isso, cabe destacar e concordar com a observação anotada pela Telefonica:

TELEFONICA: “Qualquer interferência da Administração Pública no setor audiovisual brasileiro deve ser precedida por extenso debate com as partes interessadas, assim como pela análise minuciosa das contribuições apresentadas, de forma a antever possíveis efeitos adversos à inovação e ao desenvolvimento do mercado e, portanto, ao próprio bem-estar do consumidor.”

Em resumo, o que o estudo se propõe é sinalizado na ementa já citada e descrito logo na sua Nota Preliminar, inclusive quanto à necessidade de estudos suplementares para a abordagem de problemas regulatórios específicos:

“(4) Nessas condições, são muito evidentes as exigências quanto à amplitude da análise, com o olhar dedicado às relações, características e tendências gerais do serviço e o foco mais detalhista reservado aos estudos suplementares dirigidos a problemas regulatórios específicos. Assim, a contribuição mais importante a ser buscada neste estudo refere-se às categorias e elementos que permitam entender melhor os negócios e a fruição de vídeo sob demanda nos seus aspectos estruturais. Munido com essas ferramentas, o debate regulatório pode evitar com mais acurácia a facilidade e fragilidade das alternativas casuísticas e imediatas, produzindo soluções mais consistentes com uma arquitetura flexível e aberta à evolução. Esse exercício tende também a gerar alguma proteção ao ambiente econômico contra os movimentos e interesses especulativos e as ondas contra-regulatórias que os acompanham.”

Algumas contribuições apontam também que o Relatório de AIR não segue as recomendações do Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR). A TAP Brasil faz a seguinte contribuição, citando um trecho do Guia:

TAP BRASIL: “O Relatório não atende às determinações do Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) que diz que: 'A AIR não deve ser entendida como uma mera comparação entre alternativas de intervenção. Antes disso, a AIR deve buscar entender a natureza e a magnitude do problema regulatório identificado, definir quais os objetivos pretendidos pela Agência e analisar se algum tipo de intervenção é de fato necessária. Somente após esta reflexão inicial, parte-se para a identificação e análise de possíveis alternativas de ação, de modo a permitir que a melhor escolha possível seja feita. Após o exame de todas as informações e considerações relevantes, a AIR pode inclusive indicar que não regular é a melhor alternativa possível.’”

Entendemos que a citação do Guia Orientativo feita pela TAP Brasil apenas corrobora a estrutura de análise apresentada no Relatório. A análise apresentada esmera-se na investigação das características e modalidades do serviço, do seu lugar no mercado audiovisual, das relações de concorrência, complementaridade e substituíbilidade para com outros serviços audiovisuais, do enquadramento do VoD na legislação atual, e trata inclusive dos riscos regulatórios e da inadequação de algumas normas atuais sobre o desenvolvimento desse serviço e de todo o mercado audiovisual brasileiro. Só após isso, propõe-se a segmentar o problema regulatório. Faz isso com objetivos expressos em temas como a inserção do conteúdo brasileiro nos catálogos e no tratamento tributário. E começa a analisar cada assunto específico pelo exame dos efeitos do absentismo regulatório.

Nesse sentido, vale também mencionar a contribuição da TAP Brasil, que diz:

TAP BRASIL: “O Relatório não trabalha com a hipótese recomendada e necessária de não intervenção, como primeira possibilidade. Deste modo o Relatório tem como premissa posta a opção de intervir, sem avaliar os efeitos de não intervir e muito menos de intervir. A análise e a comparação das alternativas, incluindo a alternativa de não ação, deve ser realizada para um período de referência predefinido, que permita considerar seus impactos de curto, médio e longo prazo.”

Como já mencionado, a AIR foi realizada a partir de uma abordagem ampla que toma as relações do mercado audiovisual e sua evolução, procurando fixar os elementos estruturais, sua situação quanto à competição e ao tratamento regulatório atual. Só então, ante a avaliação da necessidade de novos comandos legais para um marco regulatório adequado, propõe-se a detalhar os elementos normativos cabíveis a esse debate, em quatro capítulos temáticos. Repita-se que a primeira hipótese investigada foi a da não intervenção.

Em relação ainda a abordagem do absentismo, algumas contribuições oferecidas trazem argumentos de uma avaliação da SEAE/MF publicada há três anos, que centra seu posicionamento na intempestividade da ação regulatória da ANCINE por considerar o mercado de VoD ainda imaturo. A questão, neste caso, começa pelo fato de que não há uma avaliação mais atual daquele órgão sobre a sofisticação e maturidade da estrutura dos serviços de VoD no país e no mundo. Embora sem dados precisos, hoje é aceito, por exemplo, que os serviços de SVoD dispõem de uma base de assinantes ao menos igual, senão superior, à

da televisão. Também é sabido que os investimentos em publicidade na internet, em especial as peças audiovisuais, há algum tempo concorrem em dimensão financeira com as mídias tradicionais. Em termos de ação regulatória, são conhecidos os amplos debates legislativos e regulatórios promovidos pela União Europeia e pelos Estados Unidos em face das mudanças trazidas por esta nova configuração do mercado audiovisual e das comunicações. Desta forma, não parece razoável antepor características de incipiência e imaturidade do mercado brasileiro de VoD, estabelecendo-as como barreiras para a modelagem de um marco regulatório dos serviços.

Finalmente, outras contribuições sugerem que o estudo não seja considerado uma AIR. Sobre isso, o posicionamento da MPA-AL afirma:

MPA-AL: “O Estudo em consulta pública **não pode ser considerado uma AIR**, entre outros motivos, porque:

- (i) não busca identificar adequadamente os possíveis impactos das alternativas consideradas por ele para regulação do VoD, nem traz informações sobre os possíveis efeitos do ato normativo ou sobre a (não) razoabilidade de seu impacto econômico;
- (ii) é silente sobre quais seriam todas as possíveis estratégias de implementação das ações regulatórias aventadas por ele; e
- (iii) não trata de como os efeitos da eventual implementação de uma ou mais medidas regulatórias aventadas poderiam ser monitorados.

A própria ementa do Estudo é indício de que esse último distancia-se do que deveria ser uma AIR e não faz referência a qualquer dos requisitos especificados nos itens do parágrafo anterior, sejam os exigidos por força de lei no Brasil, sejam os decorrentes das recomendações da OCDE ou do Governo Federal.

O Estudo, ao revés, dedica-se a levantar dados que descrevam o mercado de VoD no Brasil e o ordenamento jurídico brasileiro aplicável a ele; a fazer *conjecturas* a respeito desses dados e; a listar ações regulatórias implementadas em outros países ao longo dos últimos anos e simplesmente tomá-las como as possíveis opções de medida regulatória que podem ser adotadas no mercado de VoD no Brasil para que os agentes interessados opinem sobre elas, em sede de consulta pública.

Não há menção nele ao **impacto** nem aos possíveis custos **envolvidos** em qualquer das medidas “eleitas” para os diversos agentes econômicos afetados.

Não há no Estudo, ademais, **preocupação em aferir se foram ou não** eficazes as ações **regulatórias** implementadas em outros países para os diversos agentes envolvidos e para as respectivas sociedades, mesmo que o Estudo considere que “a análise de alternativas para um marco regulatório do VoD deve pautar-se também por referências externas” (parágrafo 153).”

Neste sentido, considere-se inicialmente que as técnicas de AIR (análise custo-benefício, análise custo-efetividade, análise risco-risco, análise de limiar, entre muitas outras ferramentas criadas para o debate regulatório), embora tenham sido utilizadas nesse estudo, trabalham objetivos diferentes e mais limitados do que os da AIR. Por exemplo, a AIR não fez especulações numéricas sobre alíquotas de CONDECINE e seu impacto contábil, para não desviar o debate da questão central, o modelo tributário, esse sim um componente importante do modelo regulatório, e porque essa dimensão contábil é reflexo direto das necessidades financeiras do projeto de desenvolvimento que se pretenda. Essa lacuna, deliberada, será suprida em outro momento, haja vista a decisão nesse sentido da Diretoria da ANCINE, mas isso não afetará os elementos de análise e o impacto relatado.

SOBRE A EVOLUÇÃO DO MERCADO AUDIOVISUAL E A RELAÇÃO ENTRE OS SEGMENTOS

A CARACTERIZAÇÃO DO VOD, EM FACE DA EVOLUÇÃO E SEGMENTAÇÃO DO MERCADO AUDIOVISUAL

Muitas contribuições apresentadas trazem acréscimos e destaques importantes em sua abordagem da evolução do mercado audiovisual e caracterização do VoD. Em geral, as manifestações tratam de características ou do enquadramento do VoD no campo das atividades audiovisuais. Nesta seção, alguns recortes das observações recebidas são reproduzidos sem a pretensão de esgotar o pensamento expresso pelos seus autores. A partir disso, alguns pontos merecem debate mais atento por sua repercussão sobre os temas regulatórios tratados mais adiante.

O primeiro destaque envolve a contribuição da Netflix, com a abordagem de dois aspectos que merecem referência: a capacidade de oferta de conteúdos virtualmente ilimitada no VoD e a escala global dos serviços.

NETFLIX: “Os serviços de vídeo por demanda têm natureza dinâmica. Ao contrário de outras plataformas de conteúdo tradicional (como a televisão aberta e a televisão por assinatura — serviço de acesso condicionado), os provedores de VoD não possuem restrições a sua capacidade de oferta de múltiplos conteúdos, pois virtualmente não há limites para o número de obras para disponibilização aos seus clientes na sua plataforma.

Os serviços de VoD são prestados em escala global, através da internet. Sua disponibilização, portanto, não é restrita ou delimitada territorialmente, uma vez que a natureza da própria internet transcende as fronteiras dos países, o que lhe possibilita colocar seus usuários no “controle” do conteúdo a ser consumido e permite a eles a construção da sua própria experiência.”

Sobre a primeira característica, a mesma ideia é expressa pela Synapse. A empresa acrescenta a possibilidade de estratégias de cauda longa derivadas desse aspecto, matéria que será analisada mais adiante.

SYNAPSE: “A disponibilização de conteúdo sob demanda se descola também da disponibilização linear no sentido de não haver o limite das 24 (vinte e quatro) horas de um dia para programação dos conteúdos. Cria-se, portanto, a lógica da “prateleira infinita”, o que permite o desenvolvimento de uma cauda longa de conteúdos menos relevantes comercialmente que não ficam sujeitos ao limite — um verdadeiro “toque de recolher” — das 24 (vinte e quatro) horas diárias impostas pela programação linear. Além da facilidade e da comodidade do acesso ao consumo de conteúdos, a segunda principal virtude da disponibilização de conteúdos por demanda é dar vida e sobrevida a uma gigantesca quantidade de obras audiovisuais que não seriam disponibilizadas se dependessem de um programador “linear”. ”

É inquestionável que o VoD amplia significativamente a possibilidade de acesso a conteúdos audiovisuais pelo espectador. A possibilidade de oferta de títulos em cada catálogo e desses em seu conjunto praticamente não sofre as restrições tecnológicas comuns à programação linear da TV, nem depende de um sistema de distribuição física como o vídeo doméstico. Porém, é importante acrescentar que, de fato, a disponibilidade de conteúdos pelo VoD apresenta outros limitadores que transcendem os aspectos tecnológicos da distribuição. O principal deles refere-se ao necessário licenciamento dos conteúdos e os limites financeiros, temporais e territoriais decorrentes, em especial nos negócios de SVoD. Dessa forma, à margem dessa observação da Netflix, é preciso salientar que a composição dos catálogos continua a apresentar restrições; de fato, as mais importantes quando se trata de licenciamento de conteúdos.

A escala global, segunda característica ressaltada pela Netflix, certamente é uma possibilidade para os provedores e uma realidade para o modelo de negócios dessa empresa. Na prática da organização econômica e financeira, porém, a situação da Netflix sobre a escala de seus projetos só pode ser compartilhada por um grupo reduzido de agentes econômicos. A despeito de eventual audiência no exterior, a quase totalidade dos serviços de VoD com base local focalizam o ambiente nacional em sua busca por transações, assinaturas e publicidade. No SVoD, isso repercute diretamente sobre o volume de investimentos e a dimensão das produções nacionais. Observe-se que, assim como em outros segmentos, a organização dos serviços de VoD não é composta por um modelo único de empresa e de negócio, em termos de escala. Empresas com porte e escala de negócios diferentes devem poder conviver no mesmo ambiente concorrencial.

Outras contribuições importantes foram trazidas pela Abranet. Primeiramente:

ABRANET: “A análise apresentada parte da premissa que “*a expansão do vídeo sob demanda tem repercutido intensamente sobre a estrutura, as relações de oferta e consumo e as condições de competição nos serviços de comunicação audiovisual.*”

A Abranet discorda da premissa, pois não encontra a base legal que sustente a definição de que o vídeo sob demanda como um serviço de comunicação social. O vídeo sob demanda é uma evolução da atividade de locação de obras audiovisuais, das antigas “locadoras de vídeo”, que nunca foi tratada como “serviço de comunicação social”.

Da mesma forma que os cinemas e a veiculação a bordo de aeronaves a locação de vídeos é mais uma das formas para que as produções possam fazer uso de janelas de disponibilização das obras audiovisuais, ampliando a vida útil da obra e as formas de acesso para a população em geral.

Portanto, nenhuma das formas citadas, incluindo o vídeo sob demanda, podem ter qualquer repercussão sobre as estruturas, as relações de oferta e consumo e as condições de competição com a TV aberta ou a TV por assinatura.”

A Abranet defende o não enquadramento do VoD entre os serviços de comunicação social eletrônica, particularmente o serviço de acesso condicionado, conforme dispostos na Lei. O Relatório de AIR compartilha da ideia de que os serviços de VoD não podem ser enquadrados na legislação do SeAC, uma vez que o próprio motivo da AIR deriva do fato de que não existe hoje marco legal que seja aderente aos serviços de VoD em sua especificidade, afora alguns preceitos gerais e normas pontuais em vigor. Isso não quer dizer que as relações de competição do VoD, especialmente com a TV, devam ser desconsideradas..

A taxonomia utilizada na AIR deriva da legislação e da caracterização do mercado audiovisual e suas condições atuais. Considera-se como *Comunicação audiovisual* toda atividade organizada que se utiliza de conteúdos audiovisuais para a comunicação entre pessoas, qualquer que sejam os meios empregados. Comunicação *social* audiovisual restringe o conceito, excluindo a comunicação de interesse exclusivamente privado, aquela que não permita acesso geral do público, como a transmissão de mensagens audiovisuais entre pessoas ou sessões audiovisuais para treinamento de funcionários de uma empresa, por exemplo. Dessa forma, cinema é tratado como comunicação social audiovisual, assim como televisão, VoD, vídeo doméstico etc. Trata-se de um conceito muito básico e mais amplo do que mercado audiovisual, este tratado na AIR como o conjunto de atividades econômicas que envolvem a circulação de direitos sobre conteúdos audiovisuais.

A contribuição da Abranet faz paralelo do VoD como a evolução da locação de vídeos, que constitui um segmento do mercado audiovisual, conforme a legislação tributária e a própria definição de segmento do mercado audiovisual constante da MP 2.228-1 (art. 1º, VI). O VoD transacional certamente compete e guarda similaridades com essas relações de compra e locação de vídeo doméstico, o que é apontado no Relatório. São diferentes, porém, toda a estrutura de distribuição, os agentes responsáveis, a amplitude virtual da escala dos serviços, o ambiente tecnológico, o licenciamento feito pelo detentor original dos direitos e até mesmo alguns formatos de obras audiovisuais. As diferenças com a locação de vídeo doméstico são ainda maiores se considerados os modelos negociais dos serviços de VoD por assinatura e o compartilhamento de vídeos na internet, pago mediante publicidade. Ainda nesse sentido, a contribuição da Abranet afirma:

ABRANET: “Comparar o VOD com qualquer serviço de comunicação social é um enorme equívoco. Para destacar alguns pontos que divergem das premissas indicadas vale lembrar que desde sempre houve a intenção dos produtores de entregarem suas obras diretamente aos consumidores interessados. Por outro lado, o consumidor de obras audiovisuais sempre buscou um canal direto para ter acesso às obras do seu interesse.

No passado o VOD era representado pela locadora de obras audiovisuais. O incomodo da retirada e devolução e das dificuldades de obter obras recentes “blockbusters” ocorriam pelo modelo utilizado. Valendo destacar os altos custos e as famosas datas de lançamento por região do planeta. A pirataria era um enorme inimigo.

Para a locadora o meio no qual a obra audiovisual era apresentada representava outro desafio, riscos e quebras, entre outras, destruíam cópias muito antes da recuperação do investimento realizado.

Armazenar as obras audiovisuais em um data center permitem disponibilidade imediata a qualquer consumidor interessado, por meio de streaming de vídeo. Não há meios físicos, não há necessidade de deslocamento do consumidor a uma loja, o que permite decisões em qualquer momento.

As lojas “locadoras” não tinham cotas porque sempre foram consumidores que decidiram as obras audiovisuais de seu interesse.”

Nesse sentido, vale dizer que o vídeo doméstico está legalmente enquadrado como segmento do mercado audiovisual.

Outros elementos da Contribuição da Abranet merecem consideração. Por exemplo:

ABRANET: “Por fim, outra premissa considerada é de que *“o resultado dessa dinâmica é um conjunto complexo de serviços com organização flexível e sofisticada e forte presença internacional, que desafia os modelos regulatórios estruturados e convoca agentes públicos e privados ao debate das alternativas mais adequadas e equilibradas para o seu desenvolvimento”*.”

A Abranet discorda também desta premissa que assume ser necessário regular o *“conjunto complexo de serviços com organização flexível e sofisticada e forte presença internacional, que desafia os modelos regulatórios estruturados”*.

A presença internacional é uma característica do segmento de audiovisual, essa indústria funciona há dezena de anos e nunca desafiaram modelos regulatórios, porque estes nunca foram necessários. A proteção do direito autoral é a base legal que tem possibilitado o funcionamento deste segmento com segurança para os produtores. A organização da disponibilização de obras audiovisuais sempre foi flexível para possibilitar que ao mercado acompanhar a evolução dos processos de disponibilização das obras audiovisuais.”

Nesse sentido, vale dizer que, no Brasil, cinema, televisão e vídeo doméstico sempre foram serviços regulados. Há décadas contam inclusive com autoridades regulatórias especiais e funções regulatórias distribuídas por vários órgãos públicos: o Ministério da Justiça, que trata da classificação etária das obras; a ANATEL, que exerce o acompanhamento e controle das redes de comunicação eletrônica; os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que avaliam os atos de concentração e as condutas anticompetitivas; a ANCINE, com atribuições regulatórias e de promoção do desenvolvimento no mercado de conteúdos audiovisuais; entre muitas outras instituições nos três níveis do Estado. O funcionamento da televisão é particularmente impensável sem regulação.

Além disso, a regulação democrática dos mercados não é antípoda da flexibilidade dos negócios, ao contrário. A regulação concentra-se na eficiência dos mercados, que pode ser aviltada por fatores como a concentração, falta de investimentos, gargalos nas cadeias produtivas, situações que muitas vezes são ampliadas ou não podem ser corrigidas pelo movimento simples dos agentes econômicos. Isso acontece em especial no mercado de conteúdos audiovisuais em que há uma desigualdade de poder econômico gigantesca entre os países e entre as empresas e em que a produção de conteúdos múltipla, diversa e plural é uma exigência da dinâmica econômica. A proteção ao direito autoral, mencionada pela Abranet, é exemplo de tema em que a regulação imperativa dos Estados não consegue encontrar substituto adequado na mera articulação e resposta comercial dos agentes econômicos.

A Abranet acrescenta outras observações sobre o exame de VoD e TV por assinatura fixado na AIR.

ABRANET: “O texto infere ainda que o poder de escolha oferecido pelo vídeo sob demanda não é muito bem recebido pelos usuários e sugerem que programações prontas evitam o conflito da escolha, posição que a Abranet refuta como absurda, já que o texto não apresenta nenhum dado estatístico objetivo que sustente a afirmação.

Com relação ao uso de meios eletrônicos para dar acesso ao vídeo sob demanda o texto sugere que a TV por assinatura e a Internet por meio de acessos de banda larga fixa (SCM) seriam as principais ferramentas, mas não alcançam em larga escala a população e que o uso do SMP é ainda sujeito a muitas restrições. A partir dessas inferências o texto parte para concluir que as limitações são entraves ao desenvolvimento do VOD e é ainda responsável por desigualdades regionais.

O texto conclui ainda que o VOD não seria capaz de implantar a própria infraestrutura o que implicaria em uma barreira para seu crescimento. Ao mesmo tempo que afirma que as OTT são responsáveis pela perda de controle das redes de infraestrutura sobre a agregação e oferta dos

conteúdos veiculados na rede. *“Essa expressão — over-the-top — designa os serviços audiovisuais (ou a entrega de outros conteúdos) contratados diretamente ao provedor, sem intermediação de um operador de infraestrutura. É o modo de relacionamento comercial tradicional na internet, de empresas como Google/YouTube, Amazon, Netflix, Facebook, Apple, entre muitas outras.”*

A Abranet discorda de todas as inferências mencionadas e ressalta que a Internet **sempre faz uso de serviços de telecomunicações, tanto na interligação de suas redes como no acesso de seus usuários.**

A rede utilizada é responsável pelo transporte dos dados, independentemente, do conteúdo representado pelos dados transmitidos.

Portanto, todo o racional apresentado não encontra sentido quer na legislação e regulamentação vigentes, ou nas discussões sobre a evolução tecnológica, como as relacionadas com tecnologia 5G e redes de dados de alta velocidade.”

Entendemos que, em relação à recepção do VoD pelo público, a AIR indica o contrário do que a leitura da Abranet sugere. O VoD representa um momento disruptivo dos negócios com audiovisual, que surge por uma crescente e explosiva demanda por conteúdos, permitida/criada pela revolução nas comunicações. Cinema, TV e outros serviços já não dão conta de prover sozinhos os conteúdos exigidos e necessários para o funcionamento da sociedade atual. Ou seja: não se trata nem mesmo de gosto ou preferência; a sociedade precisa de audiovisual e do VoD como serviço de provimento. Porém, isso não significa que o VoD transformou-se na única e insuperável forma de fruição de conteúdos. A TV por assinatura tem características, também valorizadas pelo usuário, que o VoD não consegue prover. Um canal linear entrega um serviço editorial importante, cuja função social tem pelo menos três atributos inalcançáveis de forma plena pelo VoD: organiza a programação do usuário, aliviando-o da tarefa de escolher; conecta os espectadores, sabedores de que outros assistem aquele programa naquele horário; e ajuda a organizar a agenda das pessoas ao propor programas diários organizados por faixas horárias. Isso não significa superioridade da TV por assinatura ante o VoD. Apenas diz que os gostos, escolhas e necessidades de consumo audiovisual são muito diversos, inclusive em relação a um mesmo usuário a depender do momento. Por isso, todos os serviços audiovisuais têm seu lugar no mercado.

Sobre a infraestrutura, as deficiências da banda larga fixa e as desigualdades regionais são conhecidas e seus dados estão fixados e, inclusive, desenhados na AIR. Isso é uma barreira evidente para o crescimento do VoD, havendo a dependência em relação a outros agentes para superação dessa barreira. Os serviços OTT expressam essa relação entre as duas atividades. Como é descrito na AIR, OTT rompe com o modelo de relacionamento anterior da TV por assinatura, porque elimina a intermediação do administrador da infraestrutura na relação com o usuário. Ou seja: o usuário contrata os pacotes de TV do distribuidor/empacotador, que licencia/contrata os canais ofertados em seus pacotes; no VoD/OTT, a relação se inverte, o usuário contrata diretamente os serviços de conteúdo do provedor sem intermediação, e este contrata o transporte e entrega dos conteúdos ao distribuidor.

Finalmente, cabe comentar a contribuição da Abranet sobre o licenciamento dos direitos sobre conteúdos, em face do sistema de janelas de exploração.

ABRANET: “O material apresentado neste título [A segmentação do mercado audiovisual] é contraditório ao afirmar o mercado de audiovisual é fundamentado no direito de propriedade intelectual das obras audiovisuais e não em processo de circulação de mercadorias e serviços.

Inicialmente o texto deixa claro que o mercado de obras audiovisuais utiliza um mecanismo de janelas que são alteradas em função da questão econômico-financeira do processo de disseminação da obra. Processo controlado pela cessão de direitos do produtor e não sujeito a qualquer espécie de regulação ou controle, por se tratar simplesmente de uma atividade econômica baseada no direito e propriedade intelectual das obras.

Entretanto, na sequência infere que a estrutura de contratos decorrentes das relações nesse mercado podem identificar uma estrutura padrão para esse mercado.

A Abranet discorda da segunda inferência porque como o próprio texto explica as relações nesse mercado são complexas e diversificadas, e realizadas no contexto internacional que esse segmento

possui. Portanto, não há como um país criar regramentos que certamente não terão efeito no contexto internacional.”

O que os primeiros parágrafos da AIR buscam dizer é que o mercado audiovisual trabalha com um tipo específico de bem móvel, os direitos e licenças sobre conteúdos audiovisuais, seus agregados e componentes. Esse mercado organiza-se em segmentos, com estrutura de exploração em regra sequencial, para otimizar a resposta econômica a essa exploração. Dessa forma, um longa-metragem tradicionalmente é exibido no cinema antes do VoD ou da TV aberta, por conta dos impactos negativos que a inversão dessa sequência traria sobre a primeira janela e os rendimentos dos investidores e produtores. Por isso, os contratos de licenciamento, internacionalmente, tendem a observar uma estrutura que respeita essas condições e essa racionalidade. Há, inclusive, exemplos de política regulatória, seguido por países como a Alemanha e a França, que intervém diretamente sobre a cronologia de exploração das obras, procurando preservar e maximizar os ganhos de cada segmento. Embora discuta o assunto, a AIR não chega a propor uma normatização centralizada da cronologia das mídias de exploração no Brasil. Mas é de se observar a importância do debate sobre o tema

Assim como a Abranet, a contribuição da Synapse discorda da caracterização do VoD como segmento autônomo do mercado audiovisual e o define apenas como *uma nova forma de entrega e fruição de conteúdo audiovisual*. Porém, ao contrário da Abranet, a Synapse não localiza essa nova forma de entrega entre os serviços e segmentos atuais do mercado do mercado audiovisual.

SYNAPSE: “A evolução tecnológica recente permitiu que conteúdos, antes apenas disponibilizados com horário pré-determinado (cinema) e/ou de forma linear seguindo uma programação também pré-determinada (televisão linear), passassem a ser entregues imediatamente a partir da demanda de um indivíduo.

Portanto, é importante ressaltar que a expressão Video-on-Demand (VOD) se refere unicamente a **uma nova forma de entrega e fruição de conteúdo audiovisual e não a um segmento de mercado autônomo**.

"Sob demanda" significa simplesmente que o momento de entrega e/ou exibição não é pré-determinado, mas fica a critério do consumidor.

A oferta de conteúdos sob demanda (“video-on-demand”), tanto no mundo quanto no Brasil é recente e, atualmente, encontra-se em plena fase de desenvolvimento e expansão, sobretudo através da tecnologia de *streaming*.

O avanço tecnológico não altera a lógica econômica de financiar e remunerar uma obra audiovisual, mas altera e amplia as possibilidades de acesso do consumidor ao conteúdo de seu interesse. Portanto, “Streaming” é o uso da tecnologia aplicada ao mercado de distribuição de conteúdo. **Assistir ao conteúdo disponibilizado sob demanda é apenas uma forma de consumir e não um segmento de mercado.**”

As razões e características que diferenciam o VoD como segmento de mercado já foram anotadas em parágrafos anteriores e, mais longamente, na parte inicial da AIR, onde entendemos que não se limitam a uma mera forma de entrega ou à fruição não pré-determinada. A descrição das modalidades de VoD pela Synapse são coincidentes com o exposto no Relatório de AIR. Mas, em relação à sua classificação, a empresa faz um adendo, relacionando o FVoD (*free video on demand*) como modalidade não remunerada pelo usuário, ao lado do AVoD (ou AdVoD, *advertising video on demand*).

SYNAPSE: “b) FVOD é o serviço de comunicação audiovisual por demanda geralmente oferecido por operadores de televisão por assinatura (prestadoras de serviço de acesso condicionado): o FVOD oferece o acesso ilimitado à seleção de conteúdos oferecidos durante um período de tempo. Exemplo: o serviço NETNow, quando não pago individualmente pelo usuário, tendo seu acesso associado a assinatura pelo usuário de serviço de acesso condicionado (SeAC). Vale ressaltar que os serviços de FVOD também incluem a oferta de conteúdos via catch-up, que pode ser considerada uma extensão do serviço de TV por assinatura, e que serão abordados com mais profundidade adiante.”

Essa classificação tem sentido, porque, em ambos os casos, entre o provedor e o usuário, há um terceiro interessado que participa do serviço de maneira importante, seja pelo financiamento (os anunciantes, no

AVoD), seja pela eliminação de custos de licenciamento de conteúdos (as TVs, no FVoD). Apesar de ser uma forma razoável de classificação, o Relatório de AIR evitou reunir as duas modalidades em um mesmo grupo, porque o FVoD em geral sobrevive com autonomia reduzida em relação a outros negócios e empresas, ao contrário do AVoD. No FVoD, os conteúdos são oferecidos gratuitamente ao usuário, mas isso só é possível pela integração societária ou comercial do provedor (ou do serviço de VoD) com o detentor daqueles conteúdos, em geral programadoras de TV aberta ou por assinatura, que não cobram (ou o fazem em valores inexpressivos) para fornecer seu catálogo ao provedor. Dessa forma, a oferta desses títulos torna-se um ativo importante para a captação de publicidade ou outros valores, sem que haja uma contrapartida contábil correspondente.

A Synapse, por fim, toca em um tema importante para todo o mercado audiovisual, a pirataria, para destacar o potencial desestímulo a essa prática oriundo da alta oferta e grande facilidade de acesso aos conteúdos dos catálogos.

SYNAPSE: “A terceira principal virtude da disponibilização de conteúdos por demanda é desestimular a pirataria: conteúdos altamente demandados ficam amplamente disponíveis e conteúdos menos relevantes comercialmente — por não estarem sujeitos ao “toque de recolher” descrito acima, passam a ser legalmente disponibilizados de forma remunerada.”

A superdisponibilidade de meios para fruição de conteúdos audiovisuais é uma das características do audiovisual neste momento. O VoD e as diversas plataformas de acesso à internet multiplicaram as possibilidades de consumo de audiovisual, e a oferta de títulos nos catálogos, embora tenha os limitadores já mencionados, também se ampliou. Mas é preciso considerar que a facilidade de meios e o aumento exponencial do consumo de audiovisual não significam necessariamente consumo legal. Também os meios para o consumo não legal foram facilitados.

Outros fatores significativos condicionam o exercício da pirataria, além da disponibilidade da oferta legal. A assinatura de *um* serviço obviamente não permite acesso a um catálogo universal. O usuário precisa escolher a qual serviço vai aderir e pagar. A hipótese de assinaturas múltiplas esbarra na capacidade limitada do orçamento familiar e na fragmentação bastante expressiva dos catálogos, além de envolver a concorrência com outros serviços por assinatura centrados em programas ao vivo (como *streaming* de espetáculos esportivos ou artísticos). Afora os custos de acesso à internet, o usuário precisa decidir entre um grupo grande de ofertas. Nas condições brasileiras, nunca a *assinatura* de serviços audiovisuais, incluída a TV, superou um terço dos domicílios. Não é provável que, no caso do VoD, isso venha a acontecer de forma expressiva, em momento de queda da renda da maior parte das famílias. E essas pessoas precisam de audiovisual. Dessa forma, o Relatório de AIR alerta para a hipótese mais provável de aumento significativo da pirataria nos próximos anos. Dados mais recentes, de 2018, já apontam neste sentido. (Ver “Multiplicação de VODs colabora para aumento da pirataria.” Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2019/02/07/multiplicacao-de-vods-colabora-para-aumento-da-pirataria.html> Acesso em 24 de setembro de 2020)

Ao contrário de Abranet e Synapse, a MPA-AL compreende o VoD como segmento do mercado audiovisual, embora não concorde com a avaliação da AIR sobre o atual estágio de maturação dos serviços no Brasil.

MPA-AL: “O mercado de vídeo por demanda no Brasil é um segmento econômico em processo de formação ou maturação. Tal afirmativa é notória entre os agentes envolvidos nesse mercado e na sociedade como um todo e espera-se que um mercado esteja maduro e seja estável para que, se necessário for, possa ser regulado com eficiência, eficácia e razoabilidade.”

A argumentação da MPA-AL sobre a maturidade e sofisticação do mercado de VoD anotada no Relatório de AIR é desenvolvida da maneira transcrita abaixo. O assunto prossegue com a menção ao posicionamento da SEAE, conforme já abordado anteriormente. Nesta seção, interessa mais o modo como a instituição vê a organização dos serviços no Brasil, em face das repercussões desse tema sobre o planejamento da regulação.

MPA-AL: “A afirmativa do Estudo [refere-se ao Relatório de AIR] de que tal mercado pode ser considerado maduro e sofisticado contrapõe-se à sua idade: é que o mesmo Estudo afirma que a “implantação” do serviço de VoD no Brasil “realmente começou” em **2011** (conforme parágrafo 11 do Estudo), ou seja, há apenas oito anos.

Somando-se sua idade à manifesta **instabilidade** desse **mercado no Brasil**, comprovada pelo fato de que os agentes econômicos existentes passam por reestruturações constantes de seus modelos de negócio e estratégias de posicionamento, incluindo agentes brasileiros de capital nacional; e de que novos agentes anunciam estratégias de entrada nesse mercado que terão efeitos concorrenciais notórios sobre os agentes existentes, qualificá-lo de estável ou maduro não está correto.

Tamanhas são a **imaturidade** e a **instabilidade** do mercado de VoD no Brasil que o próprio **Estudo** reconhece:

- “a inovação trazida pelo serviço, que ainda não completou seu ciclo de implantação e crescimento, sugere cuidado na avaliação de custos e benefícios das obrigações das empresas” (parágrafo 156 do Estudo). O parágrafo 12, por sua vez, afirma que certos fatores de mercado, “potencializados pela ruptura **de paradigma** trazido pelos serviços *over-the-top*, **ainda não completaram** seus efeitos...”; e
- “hoje, a Netflix domina amplamente o SVoD, em padrões monopolistas. **Porém**, seu share **não pode** ser **considerado** estável em face da perspectiva de entrada de Apple, Disney e **WarnerMedia**” (parágrafo 357 do Estudo).

O mercado de VoD no Brasil conta oito anos de idade. Suas curvas de oferta e demanda permanecem imprevisíveis, o mercado segue em ascensão com aceleração irregular e seu futuro e eventual ponto de equilíbrio sequer é antevisto pelos diversos agentes envolvidos. Não se trata, pois, de um mercado maduro.”

(...)

“A MPA-AL, em suma, discorda veementemente da suposta “maturidade e sofisticação” mencionada no Estudo, por ter comprovado aqui que os serviços de VoD no Brasil tratam-se de um segmento de mercado novo, em etapa de desenvolvimento ou maturação (embora já seja expressivo e esteja em crescimento), com características de instabilidade e com perspectivas de prováveis mudanças estruturais no futuro próximo.”

O grau de maturidade e sofisticação de uma atividade econômica não necessariamente está diretamente relacionado à expectativa de entrada de outros empreendimentos no negócio, em concorrência ao serviço hegemônico. Essa característica pode indicar tão somente que ainda se percebe, a despeito da atual posição quase monopolista de alguns serviços (Netflix, por exemplo), um *share* não consolidado dessas companhias e um mercado aberto à concorrência especialmente para os conglomerados internacionais do setor.

De outra parte, a MPA-AL alerta para a instabilidade do mercado brasileiro de VoD “comprovada pelo fato de que os agentes econômicos existentes passam por reestruturações constantes de seus modelos de negócio e estratégias de posicionamento”. Não é possível saber exatamente a que agentes a contribuição da MPA faz referência, mas precisa-se reconhecer que o Grupo Globo, por exemplo, passa por um processo de reestruturação interna e que há movimentos de integração entre empresas internacionais do setor como os casos Disney/Fox e AT&T/WarnerMedia. Observe-se que isso envolve suas posições em todos os segmentos do mercado audiovisual, em especial cinema e TV. Também é sabido, conforme anotado na AIR e citado pela associação, que outros serviços internacionais de VoD devem ingressar no Brasil com “efeitos concorrenciais notórios sobre os agentes existentes”.

Como já foi afirmado, manter condições concorrenciais em nível adequado e eliminar barreiras à entrada de competidores devem estar entre os principais objetivos da política regulatória. A observação mais importante a fazer é que o possível reposicionamento dessas empresas, inclusive com a revisão ou modulação de seus negócios, não necessariamente implica novos movimentos disruptivos como o observado quando da formação dos serviços de VoD. Em alguns casos, esses movimentos qualificam-se em um primeiro momento como uma adequação desses grupos ao novo ambiente.

A MPA-AL conclui este assunto, expondo a situação da infraestrutura entre as “reais ameaças ao crescimento do mercado de VoD”, em concordância com a AIR, e defendendo a regulação e incremento da infraestrutura como prioritárias em relação aos serviços de VoD.

MPA-AL: “De acordo com o Estudo, “de todo exposto, fica evidente que o crescimento do segmento de VoD depende fortemente do acesso à infraestrutura de internet de banda larga, bem como da qualidade das conexões disponíveis. Essa infraestrutura ainda se encontra num estágio intermediário de desenvolvimento no Brasil e requer vultosos investimentos para a sua expansão, de forma a atender a totalidade da população. Assim, pode-se considerar que superar as deficiências de infraestrutura existentes constitui um importante desafio a ser **superado** para o crescimento do mercado de segmento de VoD (parágrafo 82 do Anexo E do Estudo p. 237).

Ao contrário das possíveis ações regulatórias aventadas no Estudo, a melhoria das condições de infraestrutura parece ser uma necessidade unânime, premente e que antecede o próprio desenvolvimento e maturação dos serviços de VoD no Brasil. “

(...)

“A MPA-AL, diante do exposto, entende que as questões do incremento e da regulação da infraestrutura necessária ao crescimento da prestação de serviços de VoD são prioritárias, sem as quais fica prejudicado avarer regular os serviços de VoD.”

É discutível se o grau de maturação do VoD está ligado à infraestrutura, ou se tal elemento repercute mais sobre a amplitude e qualidade da distribuição, o que afeta sobretudo a escala dos serviços brasileiros.

Nas suas observações introdutórias, a Associação Neo ressalta os efeitos que o VoD trouxe sobre os agentes econômicos tradicionais do mercado audiovisual, destacadamente a indústria cinematográfica e televisiva.

NEOTV: “Com efeito, as informações reunidas através da análise realizada pela NEO e fornecidas aqui sugerem que tão significativa quanto as mudanças estruturais e econômicas mencionadas frente ao surgimento das novas mídias, tem sido a necessária adaptação destes agentes econômicos do mercado, em razão do surgimento das novas possibilidades de distribuição de conteúdo.

O espaço antes dominado pela indústria cinematográfica e televisiva, hoje, é disputado por novas empresas, especializadas na distribuição de conteúdo pago via internet, tais como os distribuidores “over-the-top” (OTTs), em um novo espaço e contexto, criando a necessidade de uma regulamentação isonômica que vise o equilíbrio entre os novos serviços e os mercados tradicionais.

A partir desta exposição, o que se pretende é examinar estas novas práticas advindas do serviço sob demanda, buscando identificar as dificuldades e propor perspectivas para o tratamento isonômico entre os demais agentes desta cadeia de valor.”

O tratamento isonômico e o equilíbrio entre os serviços, demandados pela NeoTV, estão entre os vetores mais importantes da análise publicada pela ANCINE. É preciso deixar claro que a situação do Brasil é diversa da suportada por países europeus e asiáticos e Estados Unidos. Por exemplo, o país não possui uma forte programadora pública de televisão, segundo o modelo histórico das principais economias europeias, mas preferiu estruturar sua televisão sobre grupos de mídia privados organizados em redes complexas bancadas por publicidade, sob controle nacional por definição constitucional. Em paralelo a essas programadoras nacionais, o controle das redes de telecomunicações (telefonia, televisão e internet) é exercido hoje, após a privatização, por companhias de origem internacional. Nas últimas décadas, essa composição tem sido tensionada em direção a uma crescente internacionalização.

Todos esses aspectos e possibilidades sobre o desenvolvimento futuro do audiovisual podem ser percebidos nas contribuições recebidas nessa Consulta Pública. Por isso, é compreensível a contribuição da NeoTV que salienta a necessidade de soluções que harmonizem as condições de competição entre os segmentos, a partir da isonomia de tratamento regulatório e tributário dos diversos serviços e agentes. Construir um modelo de assimetria regulatória eficiente e equilibrado entre VoD e SeAC é a pedra angular da consecução desse objetivo.

As entidades representativas de cineastas e produtoras independentes – APACI/APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV – compartilham de posição semelhante à da NeoTV sobre a

necessidade de um ambiente regulatório que garanta a convivência dos segmentos. Depois de descrever o crescimento e a importância econômica atual da TV por assinatura, as associações manifestam a sua posição comum sobre a regulação do VoD, sugerindo uma reforma da Lei nº 12.485 como procedimento. Essa sugestão será avaliada mais adiante, junto com outros caminhos propostos na Consulta.

APACI e APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV: “Cabe lembrar também que o histórico da indústria audiovisual no mundo é de convivência de modelos e não substituição. O cinema, criado no século XIX, segue sendo um segmento cultural e economicamente muito expressivo, apesar do advento da televisão e da internet.

A realidade do vídeo sob demanda — VoD, neste sentido, não significa a eliminação da TV por assinatura. Ao contrário, acordos recentes nos Estados Unidos e no Brasil, entre provedoras de VoD, como o Netflix e operadoras de TV por assinatura, demonstram que o cenário que se desenha é complexo e a convivência saudável entre os diferentes modelos é o mais provável.

É com base nesse contexto — de convivência e convergência de modelos — que se deve a regulação dos novos segmentos de distribuição de conteúdo audiovisual, como o VoD, significando, s.m.j. na alteração e revisão da Lei 12.485/2011.”

A CADEIA DE VALOR DO VOD

Em face da centralidade assumida nas análises enviadas, as relações do VoD com o SeAC serão abordadas em seção própria. Antes, porém, cabe analisar as ideias expostas pelos participantes da Consulta Pública sobre a cadeia de valor do VoD e as características que devem compor uma definição do segmento. A Câmara e-net resume assim o tratamento dado à cadeia de valor do VoD pelo Relatório de AIR:

CÂMARA E-NET: “Ainda tratando de questões de ordem conceitual, a Ancine apresenta sua proposta sobre a composição da cadeia de valor das VoDs. De acordo com o relatório, o setor contaria com cinco atividades essenciais ao ciclo de valorização do produto (desde o fornecimento do insumo à entrega final): (i) produção de conteúdo; (ii) agregação (etapa na qual é feita a intermediação de direitos sobre os conteúdos, maximizando a exploração da obra, e na qual são criados os mecanismos e estratégias de *marketing*, distribuição e formação de audiência para as marcas e conteúdo); (iii) organização do catálogo (planejamento, modelação e gestão da dinâmica do agregado de títulos a ser ofertado); (iv) provimento (congregação das funções que se entrelaçam na geração de valor: a oferta do serviço e do catálogo em si e a transação comercial com todas as funcionalidades propiciadas por televisores, computadores e internet); e (v) atividade de distribuição, que englobaria todos os serviços de infraestrutura que garantem a conexão dos usuários às redes de comunicação eletrônica. Quanto à cadeia de valor, cumpre chamar atenção para a inclusão da **distribuição**. Tal atividade corresponderia à entrega dos conteúdos adquiridos (*streaming* ou *download*) aos usuários e, segundo a visão da Ancine, deveria ser incluída como uma atividade de valor da cadeia pois ‘a qualidade dessa entrega interfere na valorização do produto’.”

Sobre a cadeia exposta na AIR, a única discordância recolhida, oriunda da própria Câmara e-net, refere-se à última atividade do processo de valorização do produto, a distribuição. A empresa apresenta sua visão sobre o assunto nas citações transcritas nos parágrafos seguintes, a começar por uma avaliação de caráter geral.

CÂMARA E-NET: “Da análise empreendida pela Ancine em seu relatório, portanto, é possível notar que a agência adota duas premissas centrais: (i) a existência de uma cadeia de valor das OTTs semelhante à da TV por Assinatura (em particular, por conta da etapa “distribuição”); e (ii) a existência de substituíbilidade entre os dois serviços, acompanhada de uma assimetria regulatória que demandaria resposta normativa. A contraposição a essas premissas - que, no ver desta CÂMARA E-NET, estão equivocadas - está no cerne de todas as análises feitas no decorrer desta manifestação.

3.1. Diferenças Técnicas entre VoD e TV por Assinatura (SeAC)

O primeiro erro de premissa que pode ser apontado no relatório da Ancine é uma tentativa de apontar similaridade entre a cadeia de valor das OTT VoD e a cadeia de valor da TV por Assinatura, daí

tentando extrair uma suposta necessidade de regulação do VoD. Na verdade, pelo que se descreverá a partir dos próximos itens, ficará claro que (i) a estrutura de prestação dos serviços de OTT são completamente distintos dos serviços regulados via SeAC; (ii) a própria lógica de linearidade não é um conceito que afeta a definição dos serviços VoD, sendo irrelevante que agentes econômicos que operam VoD ofereçam conteúdo pré-programado; e (iii) os dois tipos de serviços não são substitutos, na verdade apresentando uma relação de complementariedade.”

As relações de substituíbilidade entre TV por assinatura e VoD serão tratadas na próxima seção. Por enquanto, sobre as diferenças entre os serviços, cabe ressaltar que todos os quatro capítulos iniciais da AIR dedicam-se a distinguir o VoD como segmento do mercado audiovisual. Ou seja: o Relatório preocupa-se em dizer em que termos e por que motivos, VoD não é TV por assinatura (ou qualquer outro serviço audiovisual tradicional). No entanto, é certo que a cadeia de valor do VoD guarda alguma semelhança com a da TV por assinatura. Não só com ela, mas também com cinema, TV aberta e vídeo doméstico. Isso ocorre porque VoD faz parte do mercado audiovisual e tem relações óbvias com outros segmentos. Longas-metragens, o produto dos cinemas, são bens de trato comum pelos provedores de VoD. Em suas contribuições, a Câmara e-net discute ainda participação da atividade de distribuição na cadeia de valor do VoD.

CÂMARA E-NET: “Como se sabe, a cadeia de produção da TV por Assinatura é constituída por: (i) produção; (ii) programação; (iii) empacotamento; e (iv) distribuição. Na TV por Assinatura, a distribuição é viabilizada por meio de diferentes tecnologias que partem da mesma lógica de controle sobre a última milha, como: cabo (ADSL ou VDSL), fibra ótica, satélite e Multichannel Multipoint Distribution (MMDS — ou cabo wireless). Em todos os casos, o operador de TV por Assinatura possui controle ou ingerência sobre a rede e o ambiente está orientado pela oferta de conteúdo e não por sua demanda. Dessa forma, a caracterização de um serviço como SeAC nos termos legais está atrelada à identificação de um conjunto de atividades específicas, que inclui, para a sua caracterização, a recepção do conteúdo por assinantes e a distribuição, esta última, descrita na Lei do SeAC da seguinte maneira:

“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” (Art. 2º, inciso X).

Já a estrutura de prestação de serviço das OTT VoD não obedece a mesma lógica. Os serviços audiovisuais over-the-top (OTT) possuem essa nomenclatura justamente por passarem “por cima” das redes de operadoras. Isso significa, na prática, que esses serviços não controlam infraestrutura de distribuição, possuindo, na verdade, dinâmica completamente diversa à das operadoras de TV por Assinatura, uma vez que o acesso do conteúdo pelos usuários ocorre por meio de serviços de telecomunicações por eles diretamente contratados, como internet móvel, via cabo ou via satélite. Não é necessário o uso de redes gerenciais próprias dos provedores de VoD e tais empresas não gerenciam qualquer dispositivo para seus clientes.

Outra importante diferenciação entre os dois serviços está na forma pela qual o consumidor recebe o sinal: enquanto as empresas reguladas pelo SeAC operam em uma lógica multiponto, com a entrega de um mesmo conteúdo a diversos usuários, as conexões de internet funcionam em um modelo ponto a ponto, no qual o consumidor é protagonista na escolha do conteúdo acessado. Os serviços oferecidos pelas OTT VoD são um dentre milhares de outros disponibilizados por meio da internet; ou seja, aplicações que se adaptam ao usuário e suas demandas.

Existem, portanto, dois modelos distintos: (i) aquele operado pelas TVs por Assinatura, no qual o conteúdo é transmitido diretamente da prestadora para a residência do consumidor (provendo, inclusive, o equipamento físico que viabiliza a transmissão, como, por exemplo, o decodificador); e (ii) aquele operado pelas OTT VoD, nos quais a ligação entre o cliente e o conteúdo disponibilizado ocorre por meio de comunicação bidirecional. Ou seja, o cliente utiliza a internet para acessar o conteúdo e, por sua vez, as OTT utilizam a internet para disponibilizar o conteúdo.”

Toda essa descrição das diferenças da distribuição entre VoD e TV por assinatura está correta e deve ser considerada no debate em curso, mas não necessariamente se relacionam com o debate sobre as cadeias de valor. Embora possam ser confundidas, as expressões *cadeia de produção* e *cadeia de*

valor normalmente são utilizadas, no debate administrativo, sob conceitos diferentes. Em geral, cadeia produtiva designa o conjunto de etapas e atores que participam de produção de um bem e interagem até a entrega ao consumidor. O conceito de cadeia de valor procura distinguir aquelas atividades do ciclo de produção que agregam valor efetivo ao produto, sem se preocupar com os atores ou etapas do processo. Neste sentido, conforme destacado na AIR, “a atividade de provimento para a caracterização da cadeia de valor é distinta das atividades do provedor como empresa ou agente. Estas últimas podem envolver desde a participação na produção e da organização de catálogo até aspectos da infraestrutura de distribuição.”

O papel da infraestrutura de distribuição na cadeia de valor merece ser tratado de forma ampla e cuidadosa. É notório que a qualidade da conexão do usuário à internet interfere na sua percepção do serviço e na sua decisão sobre a compra de conteúdos ou assinatura de serviços de VoD. Por outro lado, adequada ou não, a mesma conexão não se reflete em condições de tráfego idênticas para todos os conteúdos. A formatação e os algoritmos de distribuição dos arquivos pelo mundo, a estrutura de servidores locais e a administração da fila de transmissão são aspectos que também interferem na qualidade de entrega. A Netflix é uma empresa que, desde o início, percebeu esse problema e investiu em sua própria infraestrutura de fornecimento de conteúdos (Netflix Open Connect), para entregar arquivos de melhor resolução, mais rapidamente e sem travamentos. Do ponto de vista regulatório, também é bastante simples perceber as variáveis da distribuição como atividade de valor do VoD. Por exemplo, se a regra de neutralidade da rede fosse abolida, um serviço de VoD poderia pagar por um lugar prioritário na fila de distribuição, valorizando seu serviço em detrimento dos outros. Outro exemplo: por política das empresas de telecomunicações acordada com WhatsApp e Facebook, a utilização desses aplicativos tem franquia especial, isenta de pagamentos, que não concorre com as franquias normais de conexão à internet para dispositivos móveis. Independentemente da análise legal dessas práticas, se um provedor de VoD dispuser desse benefício sem extensão aos demais, fica evidente o valor acrescido aos seus serviços pela distribuição.

Na contribuição enviada, o Information Technology Industry Council (ITI) também menciona as diferenças entre os serviços OTT e a TV por assinatura e TV aberta, à semelhança dos aspectos destacados pela Câmara e-net. Suas observações, porém, não focalizam a cadeia de valor, mas as relações de substituíbilidade entre os serviços, de modo que serão examinadas mais adiante. Cabe destacar aqui uma das suas observações sobre a distribuição.

ITI: “O VoD online estimula a demanda por conectividade de banda larga que muitos operadores tradicionais ofertam. Em 2017, os vídeos foram responsáveis por cerca de 75% do tráfego global de internet e espera-se que esse número chegue a 82% em 2022, quando o tráfego mundial de vídeo deve quadruplicar. Em vez de competir com operadores tradicionais, o VoD online sustenta operadoras e estimula demanda por seus serviços.” (original em inglês)

Seja nos debates regulatórios ou no planejamento das empresas, é importante sempre considerar o lugar único que o audiovisual ocupa hoje na sociedade. A linguagem audiovisual nunca foi tão onipresente e cotidiana. Sua dimensão tende a colocá-la na posição mais destacada na comunicação, situação que, numericamente, é expressa pelos dados de tráfego citados pelo ITI. Porém, é preciso também considerar que estes números não são exclusivamente dos serviços comerciais de VoD. Grande parte dos vídeos que circulam na rede não participa dos negócios comerciais enfiados pelo mercado de vídeo sob demanda.

A Abranet também se manifestou sobre a cadeia de valor proposta na AIR:

ABRANET: “Assim, a Abranet registra que não concorda com a cadeia de valor apresentada no documento, em especial, porque cria responsabilidades para aquele que disponibiliza um conjunto de obras audiovisuais a semelhança de atividades definidas na cadeia de valor da TV por assinatura. A estruturação do conjunto de obras audiovisuais é aleatória e uma decisão privada por conta das condições de mercado, ou seja, se disponibiliza o que for possível para um bom resultado do negócio. Portanto, a decisão é tomada frente a oportunidades e possibilidades econômicas para manter o negócio com o resultado que a empresa deseja.”

A descrição de uma cadeia de valor não cria nenhuma obrigação por si. É apenas uma organização racional da realidade, a partir das atividades que adicionam valor em uma cadeia produtiva. Se fixada na legislação, ela pode servir, por exemplo, para *delimitar* o alcance das obrigações dos agentes responsáveis por uma ou outra atividade. Como está expresso na AIR, é verdade que, “haja vista a heterogeneidade dos negócios no VoD, alguns serviços podem não distinguir todas essas atividades de valor ou apresentá-las de forma entrelaçada ou atrofiada.” Por exemplo: a venda avulsa de conteúdos é viável e as atividades envolvidas na organização do catálogo podem estar interligadas com o que se descreveu para a atividade de agregação. Mas já não é possível descartar a produção, a distribuição e o provimento, embora essa última atividade possa envolver mais do que um agente.

A DEFINIÇÃO DE VOD

A definição do VoD pode então ser discutida, a partir das características recolhidas nas análises sobre a evolução do VoD, sua autonomia em relação a outros serviços e segmentos do mercado audiovisual e sua cadeia de valor. A contribuição da Telefonica é a que mais diretamente enfrenta este tema, baseando-se na formulação esboçada pelo Relatório de AIR, transcrita a seguir:

“(29) (...) Vídeo sob demanda é (a) um serviço de comunicação audiovisual, (b) prestado por provedores, diretamente ou com a mediação de plataformas de internet ou empacotadoras de televisão, (c) baseado na oferta e transmissão não linear (d) de conteúdos audiovisuais avulsos ou agregados em catálogo, (e) para fruição do público em geral, (f) por meio de redes de comunicação eletrônica, dedicadas ou não; serviço que (g) possui finalidade comercial, remunerado pelo usuário, por meio de compras avulsas ou assinaturas, e/ou por anúncios publicitários; e que (h) implica algum nível de responsabilidade editorial do provedor pela seleção, licenciamento, organização e exposição dos conteúdos.” (Subseção C.6 do Capítulo I do Relatório de AIR).

A abordagem da Telefonica foi expressa nos seguintes termos:

TELEFONICA: “O primeiro ponto refere-se à definição de VoD e à necessidade de seu distanciamento do conceito de serviços de telecomunicações. São apresentados ajustes ao texto originalmente proposto no sentido de flexibilizar a definição de VoD com o intuito de abarcar os mais diversos modelos de negócio e de evitar que tal serviço seja confundido com o Serviço de Acesso Condicionado (“SeAC”). Evita-se, assim, atrair para a exploração do VoD um conjunto muito oneroso e ultrapassado de obrigações regulatórias atinentes ao serviço regulado.”

(...)

“Definir VoD é certamente um desafio, vez que se trata de mercado em pleno desenvolvimento e em constante modificação, cujos limites ainda estão em consolidação.

Dessa forma, esforços devem ser feitos principalmente no sentido de não conceituar VoD de forma a confundi-lo com serviços de naturezas distintas, evitando assim, atrair para o VoD um pacote pré-concebido de obrigações que seja inadequado às suas especificidades e desenvolvimento.

Nesse sentido, a TELEFONICA entende que os conceitos constantes dos itens (a), (b) e (f) da definição proposta pela ANCINE precisam ser revisitados.”

Há preocupação especial em relação ao item (a) da definição: VoD é um serviço de comunicação audiovisual. A empresa sugere outra formulação (serviço de disponibilização de conteúdo audiovisual), que a seu ver “mitiga eventual confusão entre os serviços VoD e SeAC, gerando segurança jurídica para o mercado como um todo.” A argumentação sobre o texto é a seguinte:

TELEFONICA: “(a) *“serviço de disponibilização de conteúdo audiovisual”*

“Serviço de comunicação audiovisual”, como conta da redação originalmente proposta, perfaz-se em conceito intrinsecamente ligado ao SeAC, classificado como serviço de telecomunicações de forma inequívoca. Transpor esse conceito para o VoD traz consigo o potencial de disputas regulatórias e tributárias, vez que será fatal ao estabelecimento de correlação entre o VoD que se pretende regular e o SeAC.

Na visão da TELEFONICA, é importante distanciar a definição de VoD, classificado como SVA, de conceitos relativos a serviços de telecomunicações, o que se traduz na proposta de definição como “serviço de disponibilização de conteúdo audiovisual”. Em verdade, o provedor de VoD torna disponível seu catálogo de obras audiovisuais, que será fruído pelo consumidor por meio de acesso à Internet contratado diretamente por ele de prestadora devidamente licenciada (tanto para Serviço de Comunicação Multimídia — “SCM” quanto para o Serviço Móvel Pessoal — “SMP”).

Nesse sentido, importante transcrever o entendimento da ANATEL manifestado por ocasião da Tomada de Subsídios no âmbito das denúncias do Grupo Claro em face da Fox Latin America Channels do Brasil Ltda. (Processo nº 53500.056473/2018-24) e da TopSports Ventures Ltda. (Processo nº 53500.057279/2018-66):

*O presente processo não abarca avaliações sobre a oferta de Vídeo Sob Demanda (VoD — Video On Demand) fornecidas por meio da Internet pública. **Essa oferta é entendida como Serviço de Valor Adicionado.** (destacamos)*

Salienta-se que essa não foi a primeira vez que a ANATEL se manifestou de modo a afastar a relação entre serviços de telecomunicações e serviços de VoD. Na Tomada de Subsídios realizada em 2015, que versava sobre a regulamentação da neutralidade de rede, a Agência propôs um modelo de caracterização dos diversos agentes da cadeia de valor de serviços de telecomunicações e do provimento de aplicações e conteúdo sobre a rede no qual classificou os dois serviços em discussão em grupos distintos e excludentes:

Como forma de entender melhor o conjunto de atores e relações que compõem a Internet, é preciso conhecer a cadeia de valor da prestação de serviços de telecomunicações e do provimento de aplicações e conteúdo sobre a rede. Um modelo possível para a caracterização dos diversos agentes dessa cadeia de valor admite as três categorias abaixo:

Prestador de serviços de telecomunicações, que possibilita o acesso dos usuários às redes de telecomunicações, suas ou de terceiros. São as empresas que hoje oferecem aos usuários serviços como telefonia e banda larga, fixa ou móvel, por exemplo.

Provedor de aplicações e conteúdo aos consumidores, utilizando como suporte para isto um serviço de telecomunicações. Exemplos destes provedores são as redes sociais, serviços de buscas, de comércio eletrônico, bancários, de utilidade pública, de armazenagem, **aplicações de vídeo sob demanda (video on demand - VoD)**, dentre muitos outros. (2)

Usuários, consumidores de serviços de telecomunicações, de aplicações e de **conteúdos**.

[...]

[2] **As aplicações e conteúdos são considerados Serviços de Valor Adicionado**, nos moldes do artigo 61 da Lei Geral de Telecomunicações — LGT, Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. (destacamos)

Como se vê, o posicionamento sedimentado da ANATEL afasta qualquer possibilidade de enquadramento do VoD como serviço de telecomunicações.

A TELEFONICA entende que a ANCINE deve apontar seus esforços na mesma direção, evitando-se, assim, confusões quanto à natureza jurídica do VoD e afastando obrigações que possam indevidamente remeter à prestação do SeAC.”

O conceito de comunicação audiovisual já foi tratado em parágrafos anteriores, com esclarecimentos em relação à sua especificidade, autonomia e distinção dos conceitos de comunicação eletrônica ou telecomunicação. A expressão é subsidiária da ideia de *comunicação social* inscrita na Constituição. Em resumo, entende-se por comunicação audiovisual toda atividade organizada que se utiliza de *conteúdos audiovisuais* para a comunicação, *independentemente dos meios empregados*.^[1]

A AIR tende a considerar que os serviços de VoD não são serviços de telecomunicações, como também não se confundem com SeAC. Trata-se de serviços autônomos que demandam um estatuto próprio no ordenamento jurídico, com categorias e soluções regulatórias específicas de acordo com cada modelo de negócios adotado. Os serviços de telecomunicação são retratados pela legislação como as atividades que possibilitam “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” (Lei nº 9.472, de 1997, art. 60, caput e §1º).

Como se vê, essa legislação de telecomunicações não trata do mercado audiovisual, ou seja, do comércio de licenças sobre conteúdos audiovisuais que se utilizam da rede.. Infraestrutura e conteúdo são hoje atividades ao mesmo tempo interdependentes e autônomas, com grandeza, poder econômico e relevância na estrutura social muito mais próximos, que exigem um tratamento legal que leve em consideração tanto as disposições constitucionais sobre cultura e comunicação quanto as relações de competição com outros mercados audiovisuais. É de se observar que tanto a AIR, quanto o seu debate na Consulta Pública, focalizam principalmente as mudanças necessárias na legislação para adequá-la ao VoD.

Os dois outros questionamentos da Telefonica à definição de VoD proposta na AIR são bastante pertinentes. Referem-se aos itens (b) e (f) da definição, relacionado o primeiro aos prestadores do serviço, e o último, aos meios de transmissão e sua relação com o usuário.

TELEFONICA: “(b) “prestado por provedores diretamente ou indiretamente”

Diante dos contornos fluídos da definição de VoD e das múltiplas possibilidades que vêm se mostrando possíveis nesse setor, a TELEFONICA sugere que prestação do VoD não seja limitada a “provedores, diretamente ou com a mediação de plataformas de internet ou empacotadoras de televisão”. Ao invés disso, propõe-se que a redação seja alterada para abarcar qualquer tipo de prestação direta ou indireta, privilegiando a liberdade no modelo de contratação.

(...)

(f) por meio de redes de comunicação eletrônica, contratadas diretamente pelo usuário de prestadora devidamente qualificada”

Na visão da TELEFONICA, a definição de VoD deve deixar claro que é responsabilidade do usuário contratar o serviço de telecomunicações que dará suporte ao provimento do VoD e que essa contratação ocorre em âmbito totalmente separado do provimento de conteúdo em si. Isso evitaria confusão com o conceito de SeAC, no qual a rede de telecomunicações e o conteúdo são parte intrínseca e indissociável da oferta do próprio serviço.”

A primeira sugestão da Telefonica é mais aberta e flexível do que a redação anterior da AIR. Não especifica os mediadores entre provedor e usuário, mas estes ficam envolvidos pela definição, assim como qualquer outro agente que, hoje ou no futuro, desempenhe essa mesma função. No segundo caso, há um acréscimo importante que distingue a contratação do acesso à infraestrutura do contrato de licenciamento de conteúdos propriamente dito. É um acréscimo importante que separa dois mercados e ajuda a focalizar o VoD por sua natureza ligada ao mercado de conteúdos. Porém, há um detalhe, decorrente dessa separação dos contratos, que merece atenção. Em princípio, um serviço de VoD pode ser contratado legalmente mesmo que o acesso à rede pelo usuário seja ilegal. O serviço prestado pelo provedor deve ser caracterizado como VoD, independentemente da regularidade do acesso à infraestrutura. Essa situação irregular não transfere responsabilidade ao provedor pelo malfeito do usuário, porque os dois contratos não se comunicam. Neste sentido, é recomendável evitar a expressão *prestadora devidamente qualificada*.

Outra alteração recomendável na redação envolve o item (h), que trata da responsabilidade editorial do provedor. Como as atividades sob responsabilidade do provedor já constam da definição (“seleção, licenciamento, organização e exposição dos conteúdos”), a menção a “algum nível de responsabilidade” apenas fragiliza a disposição, sem acrescentar qualquer referência que qualifique a obrigação do provedor. Ressalte-se que o princípio geral nessa matéria diz que um agente só pode ser responsável pelos atos que pratica.

A contribuição da Abranet discute outros aspectos da definição esboçada, a começar pela ideia de serviço:

ABRANET: “Neste capítulo há uma inferência tentando definir o vídeo sob demanda como uma prestação de serviço, portanto uma relação de consumo regulada pelo CDC.

A Abranet considera abordagem equivocada com já mencionado anteriormente a atividade de “locação de vídeos” em qualquer tecnologia, continua caracterizada, inclusive do ponto de vista de atividade econômica, como uma locação, que também se sujeita a um contrato, mas em nada se confunde com uma relação de consumo. Essa situação já era assim tratada quando as locações eram realizadas por “Locadoras de vídeo”.

O texto erroneamente infere que por se tratar de dados transferidos por meio de redes de dados caracterizam um serviço de comunicação, certamente a afirmação não merece prosperar, ainda mais porque evolui em sua inferência para sugerir que as plataformas de Internet — YouTube, Vimeo, DailyMotion, Facebook Watch — seriam abarcadas pelo conceito de serviço de comunicação.

(...)

Por todo exposto, a Abranet não concorda com a definição apresentada uma vez que foi construída sobre inferências e premissas equivocadas e em sua maior parte sem a demonstração de dados fáticos que possam sustentar as conclusões apresentadas.

A definição além de engessar de foram casuística o VOD, procura criar responsabilidades e deveres que inexistem, uma vez que as relações em tela são protegidas por lei sobre direitos autorais, permanecendo todas as demais atividades livres e opção do mercado em função das condições econômico financeiras que regem a iniciativa privada.

A Abranet entende o VOD como uma atividade de locação de obras audiovisuais que em nada se relaciona com a prestação de serviços de telecomunicações ou de serviços de comunicação social.”

A relação do VoD com o vídeo doméstico e a regulação desse segmento já foram suficientemente examinadas. Sobre o tema em análise neste excerto (a ideia de serviço), cabe consideração quanto à relação entre serviço e a incidência da legislação de proteção ao consumidor. A caracterização do VoD como serviço (em contraposição ao fornecimento de produtos) não é o que faz o Código de Defesa do Consumidor (CDC) ser aplicável aos seus negócios. Relações de consumo abrangem tanto serviços como produtos. Vendas em supermercados ou outras lojas são casos padrão de relações consumeristas reguladas pelo CDC. Portanto, sob o aspecto da defesa do consumidor é irrelevante se o VoD é serviço ou fornecimento de bens.

A NeoTV concorda com a caracterização do VoD como serviço e acrescenta um argumento importante em seu favor (lembrado também pela Algar), relatando a abordagem recente do STF sobre o tratamento dessas atividades em face da legislação tributária:

NEOTV: “A esse respeito [refere-se à necessidade de tratamento isonômico entre os distribuidores de conteúdo], inclusive, não se pode ignorar que recentemente no julgamento do RE 651.703, realizado sob a sistemática da repercussão geral, o STF firmou entendimento no sentido de que o conceito de “serviço” tributável pelo ISS está relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, obtida pelo exercício de atividades materiais ou imateriais realizadas com habitualidade e intuito de lucro, que pode estar atrelada ou não à entrega de bens. Logo, de acordo com o conceito recentemente fixado pela suprema corte, a existência de uma obrigação de fazer é irrelevante para incidência do ISS, inexistindo, portanto, óbices à incidência do tributo municipal sobre a atividade de streaming.

Isso porque quando se analisam as características do serviço previsto no subitem 1.09 [da Lista de serviços tributáveis pelo ISS], constata-se que não há uma transferência do conteúdo para o tomador do serviço, daí porque a disponibilização ocorrer sem a cessão definitiva, afinal, o que se busca ao contratá-lo é ter acesso ao conteúdo disponibilizado. E para que seja possível a disponibilização, há um empenho, através de diversas atividades desenvolvidas por parte do prestador, para que o serviço seja efetivamente prestado.”

Essa atualização da jurisprudência do STF reflete mais adequadamente as relações comerciais atuais em várias atividades econômicas. Os negócios padrão de VoD reproduzem, na sua totalidade, o tipo de relação desenhada pelo STF. A distribuição e entrega/disponibilidade dos conteúdos estão atreladas aos serviços enfiados pelo provedor, que podem envolver desde a produção, o comissionamento, seleção e licenciamento das obras até a segurança dos arquivos, sua organização editorial e a exposição/sugestão das obras ofertados ao usuário. No entanto, vale a consideração de que o transporte e entrega dos arquivos podem ser consideradas atividades indispensáveis, mas vinculadas aos motivos principais do contrato, o conjunto de atividades que culmina com o licenciamento do uso privado da obra para o usuário

Considere-se também que, para a caracterização e tributação dos serviços, a distinção de cessão definitiva ou temporária não é assunto simples. Normalmente, as duas situações distinguem-se pela forma de transmissão (*download* ou *streaming*), mas, rigorosamente, o *download* de um arquivo não configura ao

usuário, necessariamente, a posse definitiva do bem negociado. O ponto mais importante da transação é o licenciamento para uso privado de um filme e não a disponibilidade dos seus arquivos (temporária ou permanente). Dessa forma, uma licença perpétua e sem restrições pode ocorrer e ser efetiva sem *download*, com o acesso remoto aos arquivos alojados em qualquer lugar, por *streaming*, a cada visualização. Em sentido contrário, algoritmos de filmes baixados podem conter restrições de uso, geográficas ou temporais. Finalmente, a Câmara e-net discute o item (c) da definição proposta na AIR, que destaca a não linearidade na transmissão dos conteúdos como característica necessária para os serviços de VoD.

CÂMARA E-NET: “Além disso, ao contrário do descrito no relatório de impacto regulatório (i.e. no sentido de que o VoD é caracterizado por programação não linear), oferecendo ou não uma programação linear, as OTT de VoD permanecem sendo aplicações voltadas à disponibilização de conteúdo audiovisual por meio de conexões à internet contratadas pelo consumidor junto a um prestador de serviços de telecomunicações. A presença de programação com início de disponibilização em horário pré-determinado no ambiente da internet não altera esse quadro: a modalidade VoD permanece como atividade que acrescenta novas opções (de acesso a informações) a um serviço de telecomunicações, com ele não se confundindo.”

É certo que as empresas de mídia podem mesclar negócios lineares e não lineares em sua carta de serviços. É comum às programadoras de TV por assinatura a tentativa de ampliar suas receitas por meio de vendas, em TVoD, de programas de sua grade. A transmissão de eventos ao vivo por provedores alojados em plataformas de compartilhamento (Youtube, Facebook Watch etc.) também já é atividade normal da rede. Neste segundo caso, tem havido, inclusive, concorrência direta com a TV aberta pelo licenciamento de eventos esportivos (Champions League, Libertadores, entre outros) e pela captação de investimentos publicitários vinculados à exploração desses direitos. Assim como, no primeiro caso, os serviços de TVoD não se transformam em TV por assinatura apenas por serem oferecidos por programadoras de TV, no segundo, transmissões ao vivo não necessariamente devem ser definidas e reguladas como vídeo sob demanda. Não apenas a relação com o usuário é diferente, as licenças necessárias e a remuneração do provedor, sejam nas transações com o usuário ou na venda de publicidade, também tendem a sê-lo. Assim, o assunto exige debate e ponderação, que é exatamente o processo previsto pela Ancine com a elaboração desta AIR.

Dessa forma, uma nova definição de vídeo sob demanda pode ser tentada, considerando as observações da Consulta Pública:

“Vídeo sob demanda é (a) um serviço de comunicação audiovisual, (b) prestado por provedores, direta ou indiretamente, (c) baseado na oferta e transmissão não linear (d) de conteúdos audiovisuais avulsos ou agregados em catálogo, (e) para fruição do público em geral, (f) por meio de redes de comunicação eletrônica, contratadas pelo usuário; serviço que (g) possui finalidade comercial, remunerado pelo usuário, por meio de compras avulsas ou assinaturas, e/ou por anúncios publicitários; e que (h) implica responsabilidade editorial do provedor pela seleção, licenciamento, organização e exposição dos conteúdos.”

Agregado a isso, sugere-se que um futuro marco legal do VoD defina mais precisamente comunicação audiovisual ou serviço de comunicação audiovisual, relacionando os serviços específicos que compõem seu campo de atividade, que não se confundem entre si e são regulados por legislação própria. Com isso, o receio manifestado por vários agentes econômicos, referente à relação entre os institutos do SeAC e do VoD, deve ser afastado. Outro tema que afeta lateralmente o VoD e que merece novo tratamento legal é a relação destes serviços com a classificação de serviços de valor adicionado, matéria pensada à legislação das telecomunicações.

AS RELAÇÕES DE SUBSTITUIBILIDADE ENTRE TELEVISÃO E VOD

As relações de substituíbilidade entre os serviços de VoD e de TV por assinatura são assunto enfrentado por algumas contribuições. Trata-se de disciplina afeta à defesa da concorrência, que se relaciona com a definição de mercados relevantes. As duas são categorias importantes na análise de atos de concentração, especialmente, mas também são utilizadas por políticas regulatórias pela necessidade de harmonia e coerência do seu planejamento para mercados correlatos. Muitas contribuições recebidas negam a possibilidade de substituição entre os dois serviços. A contribuição do ITI menciona:

ITI: “A consulta busca entender como os serviços de VoD e os serviços de TV tradicionais podem ser substitutos. Embora a criação e a manutenção de um ambiente de competição nivelado tenham um apelo intuitivo, abordagens como esta se baseiam em premissas falsas. A premissa é que as aplicações OTT são substitutos diretos e perfeitos dos serviços tradicionais, e que, portanto, podem ser regulados de forma similar. Não é esse o caso. Ao contrário, os serviços de VoD e provedores de serviços tradicionais são complementares e dependentes entre si.” (original em inglês)

De início, ressalte-se que a AIR não diz haver substituíbilidade perfeita entre os dois serviços. Ao contrário, a análise afirma distinguir entre eles “substituíbilidade importante, mas parcial”. Ainda mais diretamente, ao considerar as relações concorrenciais entre TV por assinatura e SVoD e entre vídeo doméstico e TVoD, o Relatório conclui que “não se pode falar de substituíbilidade perfeita, nem mesmo como projeção em prazos mais longos.” O grau dessa substituíbilidade é matéria a pautar este debate e que deve merecer estudos sob as métricas conhecidas.

A Câmara e-net segue no mesmo caminho do ITI de negar qualquer relação de substituição, agregando a condição do VoD como fator de desenvolvimento da infraestrutura.

CÂMARA E-NET: Existem elementos, inclusive, que reforçam o papel complementar e contributivo que os serviços de VoDs possuem no aumento de fluxos de receita para todas tecnologias que compõem o modelo SeAC, não apenas por estimular o consumo geral de conteúdo audiovisual, ao invés de necessariamente provocar um desvio de demanda de um modelo (TV por Assinatura) para outro (VoD), mas também por aumentar a demanda por conectividade e, conseqüentemente, a utilização de infraestrutura de banda larga, serviço disponibilizado por tecnologias SeAC. Nesse sentido, estudo elaborado pela consultoria econômica NERA confirmou que o efeito primário dos serviços de VoDs é o de gerar demanda, incrementando o consumo total de conteúdo audiovisual, ao comprovar, no cenário internacional (dados computados para o mundo inteiro), um aumento significativo do número de assinaturas para tecnologias que, no Brasil, seriam reguladas pela Lei do SeAC, passando de 100 milhões em 2013 para 447 milhões em 2017, aumento esse evidenciado também pelo fato de as próprias operadoras já estarem oferecendo VOD em diversos formatos (T-VOD e S-VOD) alavancando o conteúdo de sua programação, além de ofertarem conteúdo de terceiros (Netflix, por exemplo, pode ser contratado por meio das operadoras).”

(...)

“(ii) Inexiste relação de substituíbilidade entre VoD e TV por Assinatura, mas sim de complementariedade entre os dois serviços, sendo certo que as OTT de VoD, na verdade, têm como efeito primário o aumento de demanda por conectividade, o que acaba beneficiando as empresas de TV por Assinatura, provedoras de banda larga.”

De fato, a demanda por mais conectividade e melhores condições de infraestrutura é crescente em vários setores da sociedade e diversas atividades econômicas. O comércio eletrônico, a comunicação interpessoal, os serviços jornalísticos, o sistema educacional, as estruturas de Estado, o sistema de saúde, entre muitas outras atividades sociais e econômicas, têm exigido cada vez mais da internet para o tráfego de dados, texto, voz e, principalmente, conteúdos audiovisuais. O VoD faz parte disso, mas não é razoável que pretenda posição de liderança desse movimento. Da mesma forma, sobre o aumento da base de assinantes de TV, vale dizer que, no Brasil, por exemplo, houve um grande crescimento das assinaturas de TV a partir da Lei nº 12.485, de 2011 até 2014,^[2] processo que havia se iniciado antes mesmo da Lei e do início efetivo do VoD no país. A explicação mais razoável para esse crescimento está na forte aceleração da demanda causada pelas vigorosas mudanças tecnológicas e comunicacionais do período imediatamente anterior, atrelados a um período prévio de crescimento econômico e expansão da renda. Naquele momento, essa demanda não encontrou resposta do lado da oferta além da TV por assinatura, situação modificada

pela consolidação do VoD e sua entrada na competição por programas exclusivos. É de se referir ainda que a redução ou estagnação da TV, posteriores àquele crescimento, causadas tanto pela migração de assinaturas para serviços baseados na internet como pela reversão da situação econômica do país, produziram perda de receitas de *brokering* para as operadoras de infraestrutura,^[3] dificilmente compensadas apenas pelo tráfego de dados do VoD.

Falar em substituíbilidade TV-VoD é matéria que merece algum cuidado também em face do suporte oferecido a ambos os serviços pela rede de telecomunicações. Como é sabido e aceito, por conta da convergência tecnológica a substituíbilidade entre os vários serviços de telecomunicação ou agregados tem sido cada vez mais elevada, ao menos sob a ótica da demanda. Por exemplo, para o consumidor, telefonia fixa, móvel e aplicativos como WhatsApp, Telegram ou Signal são disponibilidades com quase a mesma função prática atualmente. Não é o mesmo caso da TV e do VoD e nem a relação com a rede é igual. Mas a eliminação de barreiras tecnológicas tende a deixar o usuário mais livre para escolhas entre os serviços que atuam na mesma faixa de consumo e disputam seu dinheiro.

A contribuição da Telefonica expõe a preocupação de que a regulação das mídias tradicionais seja estendida ao VoD:

TELEFONICA: “Alguns dos motivos que explicam a inadequação de se regular serviços de OTT, tais como VoD, inspirando-se em regulações pré-existentes do setor de telecomunicações foram muito bem expostos em um segundo estudo publicado pela já citada organização *Access Now*, destinado a explicar as diferenças entre serviços de OTT e serviços de telecomunicações:

Devido a todas as diferenças acima mencionadas entre os serviços de Internet OTT e os serviços de telecomunicações, os reguladores não devem considerar os dois como “substitutos” concorrenciais, adaptando assim as regras e obrigações pré-existentes aos novos serviços de Internet. O estabelecimento de obrigações herdadas em matéria de telecomunicações, como o registro obrigatório pelo governo, poderia inibir a liberdade de expressão, impondo duras obrigações à mídia independente, às startups, aos blogs e a qualquer serviço de intermediação. As regras que regem a mídia tradicional não devem ser transferidas diretamente para a internet, mas sim projetadas especificamente para ela, como já sugerido por relatores de liberdade de expressão nas Nações Unidas e por outros organismos internacionais. (tradução livre, destaques acrescidos)

Como se denota do acima exposto, qualquer tentativa de transpor para o mercado de VoD as disposições da Lei do SeAC é, além de flagrante ilegalidade, retrocesso considerável na evolução do mercado de VoD no Brasil.”

A recomendação final da *Access Now*, destacada pela Telefonica, é bastante razoável: a regulação do VoD deve ser planejada com olhos na especificidade dos seus serviços. É o que postula a AIR ao destacar o VoD como segmento autônomo e advertir que a mesma medida regulatória tende a apresentar efeitos diferentes para cada uma de suas modalidades e situações. Destaque-se que a *Access Now* parece defender a regulação do VoD, embora recomende cuidado para que possíveis obrigações burocráticas não se tornem obstáculos à liberdade de expressão, indicação importante para o debate sobre registro, tratado mais adiante. Em relação à substituíbilidade, a Telefonica e o texto citado vinculam diretamente sua visão às diferenças realmente existentes entre o modelo OTT e o da TV por assinatura em sua relação com a infraestrutura.

Em um primeiro momento, essa visão das diferenças entre TV e VoD não é totalmente compartilhada pela AIR. Repita-se: de um lado, a TV por assinatura, ao compor uma grade linear, oferece um serviço editorial indisponível no VoD. As consequências desse fato são muito fortes na forma de consumo, na conexão entre as pessoas e inclusive na organização do seu tempo, o que significa um campo de permanência para a televisão nas próximas décadas. De outro lado, o VoD permite a organização, pelo usuário, da sua grade particular de conteúdos a partir de um catálogo que pode ser muito amplo. Essas diferenças, apenas em relação à experiência do usuário; outras são listadas fartamente pela AIR. Porém, são igualmente inegáveis as identidades e relações em comum presentes nos dois serviços.. Assim, no geral, há de partir do entendimento mínimo de que os dois serviços entregam conteúdos semelhantes, quando não os mesmos,

no mesmo ambiente doméstico e às vezes no mesmo equipamento, sob condições financeiras que competem entre si.

Ressalte-se: relações de substituíbilidade raramente são booleanas, branco ou preto. Complementaridade e competição entre os serviços são duas faces presentes na relação do VoD com outros serviços audiovisuais. Isso ocorre também do ponto de vista da oferta. Por exemplo, há alguns anos, a HBO mudou sua política de preços, tendo de reduzi-los substancialmente, em reação à concorrência da Netflix. São conhecidos os movimentos do Grupo Globo e de outros conglomerados de televisão no sentido de reorganizar sua estrutura de TV e oferecer serviços de VoD para recompor custos e receitas e reposicionar as companhias no novo ambiente. A própria líder de SVoD no país, a Netflix, afirma repetidamente que seus serviços mudaram a forma de consumo de conteúdos, antes marcados pela fruição linear.

A MPA-AL participa desse debate vinculando dois temas distintos, embora interligados: a substituíbilidade e a existência de assimetrias regulatórias entre TV por assinatura e SVoD (os dois temas serão aqui tratados em separado). Com base em dados da própria AIR, a associação preocupa-se em relacionar a coexistência de TV e VoD com ausência de competição e substituíbilidade.

MPA-AL: “Essa premissa do Estudo [refere-se à assimetria regulatória entre VoD e TV por assinatura] é desenvolvida em seu Anexo F, intitulado “Substituíbilidade entre VoD e TV por Assinatura”, no qual o serviços de VoD “são apontados como possíveis substitutos da TV por assinatura” (parágrafo 3 desse anexo).

Sem prejuízo do fato de a **MPA-AL** discordar veementemente da premissa de que a existência de regulação em um segmento de mercado torna automaticamente devida a regulação de outro que pode substituir aquele, eis que o próprio Estudo menciona pesquisas de acordo com as quais VoD e TV por assinatura tendem a **coexistir**: “um estudo recente sobre as tendências do mercado de SVoD na Europa mostrou que o crescimento desse mercado não se traduziu num declínio do mercado de TV paga. O autor destaca que não foi encontrada nenhuma evidência da ocorrência do fenômeno de *cord-cutting*” (parágrafo 28 desse anexo); e “um estudo prospectivo da Deloitte divulgado em 2014 já apontava na direção da coexistência entre a TV tradicional e os serviços de SVoD. A consultoria se baseou no comportamento observado nos mercados dos EUA e da Europa, naquele momento, e na preferência típica dos seres humanos pela acumulação em vez da escolha entre alternativas.” (parágrafo 31 desse anexo).

Considerando que o próprio Estudo menciona pesquisas que tornam questionável a premissa de que TV por assinatura e VoD são substituíveis; e que a existência de regulação de um setor não é condição suficiente para que outro, ainda que lhe venha a substituir, seja regulado, cai por terra a premissa de que a regulação no Brasil da TV por assinatura tornaria necessário regular o mercado de VoD.”

Em primeiro lugar, é preciso dar o devido esclarecimento quanto ao fenômeno do *cord cutting*.^[4] A AIR não teve a pretensão de negar sua existência, mas sim de expor que seu nível de influência sobre a organização de serviços audiovisuais em cada país é que pode ser discutido; isso inclusive ajuda a pôr luzes sobre as políticas regulatórias. A expressão em inglês surgiu há alguns anos, por conta do forte movimento dos usuários norte-americanos em direção ao VoD. No Brasil, os dados de redução da base de assinantes de TV demonstram o *cord cutting*, embora ele não deva ser tomado como causa única dessa queda.^[5] A política de preços pela oferta combinada de TV e internet também interfere nesse movimento dos usuários; de um lado, desestimulando o corte da assinatura de TV; de outro, fragilizando a posição do DTH. Na Europa, destaca o Anexo da AIR, não se percebeu o fenômeno até aqui. As diferenças na estrutura dos serviços e as políticas adotadas, que protegem a organização local da TV por assinatura, são parte da explicação desse comportamento dos europeus. Alguns exemplos: no Reino Unido, há décadas os cidadãos sustentam suas estruturas de TV por meio de uma taxa cobrada de cada unidade doméstica. Na França e na Alemanha, a legislação protege fortemente tanto a TV pública, quanto os conteúdos locais na programação, barreiras não triviais para os novos serviços de origem internacional.^[6]

A AIR afirma, reiteradamente, a coexistência de todos os segmentos de mercado como a hipótese mais provável para qualquer cenário futuro do audiovisual. Neste sentido, rejeita as ideias que pretendem definir os serviços tradicionais como formas ultrapassadas de consumo. Mas, ao menos em relação aos serviços

legais de VoD e TV, parece pouco razoável estruturar empresas, projetos ou políticas audiovisuais sob a previsão de um cenário em que a maior parte das famílias brasileiras consiga contratar um ou vários serviços de VoD, e ainda pacotes de TV. Em algum momento, há de se supor um novo equilíbrio entre estas relações de consumo.

Independentemente das projeções e das características da sociedade brasileira, a ideia de coexistência não se choca, nem contradiz a hipótese de substituição e competição entre os serviços. A possibilidade do usuário assinar ambos os serviços (TV + VoD) é equivalente à hipótese dele assinar vários serviços de VoD concorrentes. O que define essas escolhas sempre será a capacidade financeira do usuário e seu interesse por conteúdos audiovisuais, vis-à-vis os custos e a atratividade das ofertas.

Ao apresentar sua posição sobre substituíbilidade, a Câmara e-net relata a avaliação do CADE ao julgar o ato de concentração entre os grupos AT&T e Time Warner (atualmente WarnerMedia).

CÂMARA E-NET: “Por último, a própria premissa que sustenta o movimento regulatório defendido pela Ancine também não encontra respaldo técnico-concorrencial. Isso porque os serviços de VoD, em quaisquer das suas modalidades, não podem ser vistos como um substituto das TVs por Assinatura, o que se comprova não apenas a partir de movimentos recentes que identificam agentes do setor (como, por exemplo, a Netflix) começando a ser distribuídos por meio de redes SeAC, como também a partir do entendimento consolidado no âmbito do Ato de Concentração entre AT&T Inc. e Time Warner Inc., em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) houve por bem constatar a ausência de substituíbilidade entre TV por Assinatura e VoDs:

“Em relação especificamente à substituíbilidade entre canais de TV por Assinatura e VoDs, considera-se que essas duas formas de distribuição não fazem parte do mesmo mercado relevante atualmente. Como visto na seção V, os modelos de negócio de cada um são bastante distintos. Enquanto a programadora realiza um trabalho editorial para selecionar o conteúdo que será exibido em cada horário e em que sequência, plataformas VoD oferecem um catálogo que o próprio consumidor decide o que e quando assistir. Por esse motivo, admite-se que podem fazer parte de um mesmo mercado relevante todos os canais destinados a TV por Assinatura, mas exclui-se dessa definição outros tipos de conteúdo e plataformas assim como VoDs.”

Percebe-se que a caracterização do CADE sobre as diferenças entre VoD e TV compartilha coincidências com a adotada na AIR. De fato, há muitas outras diferenças, além da linearidade da grade de TV e da organização dos catálogos no VoD. Fosse apenas isso, a fruição sequencial dos conteúdos, sugerida pelos algoritmos de alguns provedores, acabaria por tornar muito próximos os dois serviços. Da mesma forma, os impactos de tais diferenças são muito reduzidos se forem considerados os serviços auxiliares de *catch up TV*, padrão da TV por assinatura. Não é nesses elementos que a AIR visualiza as relações entre SVoD. Ambos disputam o tempo e o dinheiro do usuário pelo consumo do mesmo produto, às vezes no mesmo equipamento, no mesmo ambiente doméstico e sob o mesmo modelo de contrato por assinatura mensal. E, do lado da oferta, também disputam o licenciamento das principais marcas audiovisuais disponíveis.

Sobre o caso AT&T/WarnerMedia, citado pela Câmara e-net, é de se destacar, primeiro, que as questões principais não envolviam os empreendimentos de VoD das companhias fusionadas, mas os efeitos do ato de concentração sobre os mercados de distribuição e programação de TV. O voto do Conselheiro-relator apontou riscos de exclusão de concorrentes ou de bloqueio à entrada de competidores potenciais nos dois mercados, além da possibilidade de exercício de poder coordenado e alinhamento das decisões comerciais. Mas, a despeito disso, a indicação de aprovação deveu-se expressamente à existência, nesses mercados, de autoridades regulatórias específicas (ANATEL e ANCINE), destacadas no Relatório por sua complementaridade com o CADE. Ou seja: naquele julgado, a estrutura regulatória existente foi entendida como garante das relações concorrenciais, situação difícil de visualizar hoje no VoD pela ausência de um marco legal.

Ressalte-se, por fim, um aspecto do tema substituíbilidade não tratado nas diversas contribuições ou na AIR. Foi visualizado o contraste entre os segmentos de mercado e entre estes e as modalidades de VoD. Porém, um estudo mais aprofundado deve focalizar o assunto também sob unidades menores. A programação de TV por assinatura e os conteúdos de VoD competem em maior ou menor nível a depender

do seu gênero. Isso é importante tanto para a definição de mercados relevantes, como para a modelagem regulatória, específica para cada caso.

SOBRE O MODELO REGULATÓRIO

AS RELAÇÕES E A ASSIMETRIA REGULATÓRIA DO VOD COM A TV POR ASSINATURA

A partir dos elementos reunidos, cabe descrever e comentar as manifestações dos agentes econômicos sobre a assimetria regulatória identificada no Relatório de AIR. A primeira contribuição a destacar, da Netflix, disserta sobre a evolução recente das normas da TV por assinatura que culminaram na Lei nº 12.485, em 2011, e adverte que as diferenças do VoD demandam soluções regulatórias também diversas, em especial para preservar a forma de consumo conquistada pelo usuário com o VoD. Ao lado disso, pede isonomia no tratamento das várias modalidades do VoD.

NETFLIX: “(a) Assimetria regulatória

Por muitos anos, o setor de televisão por assinatura no Brasil foi regido por diversas normas específicas, referentes a cada uma das tecnologias de prestação do serviço (TVA, TVC, MMDS e DTH), que compartilhavam características decisivas em comum: eram classificadas como serviços de telecomunicações, ofereciam quantidade limitada de canais lineares e enfrentavam, em alguns casos, restrições com relação ao capital estrangeiro em sua composição social, o que impedia um maior desenvolvimento do setor.

Neste contexto, a Lei 12.485/2011 veio para uniformizar a disciplina do mercado de televisão por assinatura sob o conceito de Serviço de Acesso Condicionado, uma modalidade de serviço de telecomunicações — e, portanto, dependente de outorga ou autorização para funcionar — que simplificou a regulação setorial ao abarcar todas as tecnologias então existentes de prestação de canais lineares e aumentou a potencialidade econômica do segmento ao relaxar regras de participação de capital estrangeiro, o que motivou o crescimento da atividade nos anos seguintes.

Além disso, diante da limitação espacial para organização e disponibilização de conteúdo nas grades de programação dos canais lineares ofertados pelas prestadoras de SeAC, foram estabelecidas cotas de conteúdo nacional e independente, inclusive em horário nobre, bem como a obrigatoriedade de carregamento de determinados canais brasileiros e de interesse público, de modo a garantir a presença do conteúdo nacional em meio a um escasso espaço de exibição ao mesmo tempo em que se corrigiu as falhas de mercado outrora existentes.

Um outro cenário é o do VoD, que apresenta diferenças significativas com relação aos demais segmentos de mercado de distribuição do conteúdo audiovisual, relacionadas, especialmente, ao acesso do usuário a um catálogo infinito e variado, que lhe dá o poder de escolha sobre o que, quando e onde assistir determinado título, com opção, inclusive, de pausar, avançar e retroceder o vídeo, conforme sua vontade, tratando-se, em síntese, de uma fruição não-linear, que segue a lógica da cauda longa, que permite o reconhecimento e sugestionamento de títulos determinados, segundo os padrões de consumo do usuário, os quais poderiam ser de difícil localização de outro modo.

Tais fatores são essenciais para possibilitar a promoção concomitante de conteúdos de massa e de nicho, este último especialmente favorecido pela coleção de preferências dos usuários e expansão dos horizontes de exibição ao redor do mundo, que acompanham a natureza transnacional do VoD.

Salientamos, por fim, que, apesar das diferenças pontuais na dinâmica comercial de cada modalidade do serviço de VoD, é preciso ter cuidado para tratá-las de maneira isonômica. Caso contrário, corre-se o risco de a regulação optar por modelos de negócios vencedores e perdedores, o que não é desejável.”

A contribuição da Netflix não analisa diretamente a assimetria regulatória existente entre a TV por assinatura e o SVoD, mas os preceitos propostos por ela refletem bastante bem a direção sugerida pela

AIR para a modelagem do ambiente regulatório. A isonomia deve ser o princípio norteador do tratamento das identidades e das diferenças entre os serviços. Como é sabido, isonomia não significa reproduzir cegamente institutos e obrigações regulatórias e aplicá-los às várias situações encontradas sem avaliar seus impactos. TV por assinatura e VoD, as suas modalidades SVoD, TVoD e AVoD e, ainda, as diferentes formas com que estas modalidades se materializam em serviços efetivos, cada um desses negócios audiovisuais deve ter preservadas suas diferenças. Mas, além disso, deve ser garantido um espaço de igualdade de tratamento no que os serviços forem iguais, evitando discrepâncias exageradas e privilégios. É isso que preconiza a AIR quando propõe expressamente em sua nota preliminar: “as condições mencionadas recomendam visualizar e debater um modelo de assimetria regulatória adequado às diferentes modalidades negociais e aos pontos de intersecção visíveis com outros serviços audiovisuais.”.

A visão apresentada pela Claro concorda com a AIR na constatação da grande assimetria regulatória entre VoD e TV por assinatura e defende uma regulação do VoD em harmonia com a legislação do SeAC. Em sua manifestação, a Claro prioriza os temas em que essa assimetria se expressa. As sugestões da empresa sobre como reduzi-la serão abordadas nas seções apropriadas.

CLARO: “É importante, ainda, destacar a concordância da CLARO com o proposto pela ANCINE, no item “E” do capítulo III, denominado, “problemas de isonomia regulatória”, na presente AIR. A existência de diferentes serviços audiovisuais, que disputam a audiência e a renda dos consumidores, merece atenção dos reguladores e legisladores. Na percepção da CLARO, se vier a ser definido um marco regulatório para o VoD, este deve ser harmônico com o que dispõe a Legislação em vigor destinada ao SeAC, tanto com relação aos seus dispositivos regulatórios, quanto tributários, de modo a preservar os direitos dos usuários e a sustentabilidade dos segmentos de mercados.

(...)

É de interesse do país que o SeAC, que atende mais de 16 milhões de assinantes e corresponde a mais de 50% da economia gerada pelo segmento do audiovisual brasileiro, seja preservado e fortalecido. Hoje há um conjunto de obrigações definidas para os agentes econômicos que prestam o SeAC, e praticamente nenhuma para os agentes econômicos que prestam o serviço de VoD. Seria saudável que um eventual marco regulatório para o VoD considerasse as obrigações relacionadas ao SeAC, bem como as contribuições que tais obrigações trouxeram para a Sociedade. Não obstante tenha a ANCINE, em referida AIR, abordado, além dos temas supracitados, outros aspectos do VOD, como tratamento de direitos autorais; princípio da neutralidade da rede na internet; defesa da concorrência; acessibilidade; direitos dos consumidores; classificação indicativa; proteção de dados, etc, considerando-se que, na visão da CLARO, estes temas já estão, devidamente endereçados e tratados por leis e regulamentos em vigor, observando a competência legislativa e regulatória, e que esses aspectos se aplicam integralmente ao VOD, a CLARO terá como foco, em suas contribuições e comentários, os seguintes temas: a) tratamento tributário do VOD; b) imposição de cotas de conteúdo brasileiro ao VOD; c) imposição de regras de proeminência de conteúdo brasileiro no VOD e d) recomendação de inclusão do serviço de catch up na agenda regulatória da ANCINE.”

A contribuição do ITI sustenta que as diferenças regulatórias entre TV aberta, TV por assinatura e VoD decorrem das características tecnológicas dos serviços. A entidade dá a entender que a evolução do espaço técnico para a oferta de conteúdos, limitado na TV aberta, ampliado na TV por assinatura e ilimitado no VoD, reduz a necessidade de regulação.

ITI: “Para efeitos de comparação, os provedores de serviços audiovisuais tradicionais precisam ser divididos em dois grupos 1) TV aberta 2) TV paga (cabos, satélite), já que as regulações são diferentes para cada categoria.

TV aberta: Muitas das regulamentações para essa categoria se baseiam em duas premissas básicas: 1) o número de canais é limitado e local; 2) a TV aberta usa um recurso público escasso (espectro). Se utilizarmos essas premissas como base da regulação, nenhuma dessas limitações se aplica aos provedores de serviço de VoD. Não há necessidade de regulação pelo interesse público porque eles são ilimitados, e não um quase-monopólio, e não possuem instalações físicas que usem o espectro ou qualquer outro recurso escasso.

TV paga: Provedores de TV por cabo, fibra e satélite estão sujeitos à regulação, mas em geral menos onerosa do que os provedores de TV aberta. Os provedores de TV paga oferecem ao consumidor pacotes de canais limitados, por uma variedade de preços. Tanto os provedores de TV aberta quanto

os de TV paga possuem e operam a infraestrutura de transmissão por meio da qual eles ofertam programação. De modo similar aos provedores de TV aberta, a TV paga utiliza recursos escassos. Ao contrário, os serviços de VoD são serviços de vídeo online, o que significa aplicações e serviços que distribuem conteúdo de vídeo pela internet. O VoD não possui limitações com relação à quantidade de conteúdo oferecido pelo provedor, e proporciona ao consumidor maior acesso a um grande catálogo de conteúdo audiovisual.

Além disso, existem outras diferenças inerentes entre o VoD e a TV tradicional/TV paga. É importante reconhecer as diferenças técnicas e funcionais entre serviços OTTs e serviços de TV tradicional/TV paga: (i) o VOD online circula “over the top” na rede do operador, o que significa que ele não possui ou controla essa infraestrutura. Isso contrasta com o que ocorre com os provedores de TV aberta e TV paga que detêm e operam a infraestrutura de transmissão pela qual eles ofertam programação e (ii) Licenciamento e outras obrigações regulatórias aplicáveis aos players tradicionais com o intuito de proteger e garantir o uso eficiente dos recursos escassos como o direito de uso dos espectros e o acesso aos direitos de implantação de redes. Os raciocínios para o licenciamento, a regulação de conteúdo e as restrições de publicidade que limitam a TV aberta tradicional e a TV paga não se aplicam às plataformas de VOD, dado que elas não utilizam recursos escassos ou direitos de acesso. Muitos usuários, entretanto, enxergam ambos os tipos de serviço audiovisual como complementos e não como substitutos e assinam tanto a TV paga quanto provedores de VOD.” (original em inglês)

Não há maiores controvérsias sobre o fato de que as obrigações dos operadores da infraestrutura de telecomunicações, relativas especificamente às atividades de distribuição, foram simplificadas ao longo dos setenta anos da televisão no Brasil. Mas, destaque-se, novamente: ao se tratar de regulação do mercado de conteúdos (comunicação social audiovisual) não cabe à infraestrutura o papel central. Por suas próprias características o VoD está dissociado das obrigações da infraestrutura. Em sentido contrário, a atenção regulatória sobre a programação de TV tem sido maior, conforme evolui a oferta de conteúdos. Além disso, deve ser contextualizada a afirmação de que “o VoD não possui limitações com relação à quantidade de conteúdo oferecido pelo provedor”, já que os catálogos dos serviços mais importantes são limitados pelos também escassos recursos dedicados ao licenciamento e às produções próprias.

A Telefonica enfrenta a questão, reafirmando diferenças técnicas e de tratamento regulatório entre os serviços, mas chegando a conclusões diferentes das da AIR. Entre elas, está o enquadramento do VoD como SVA, assunto já comentado em seção anterior.

TELEFONICA: “A ANCINE indica em diversas passagens da AIR que eventual modelo regulatório de VoD deveria conter pontos de intersecção com a regulação do SeAC, notadamente a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011 (“Lei do SeAC”). Lançar mão de elementos presentes na regulação do SeAC para regular o VoD não poderia, sob qualquer ponto de vista, resultar em um arcabouço regulatório adequado ao VoD.

Isso porque SeAC e VoD possuem naturezas regulatórias completamente distintas. Enquanto o SeAC é classificado como serviço de telecomunicações, sujeito, portanto, a todas as regras e obrigações atinentes ao serviço regulado, devendo seu prestador deter autorização expedida pela ANATEL, o VoD nada mais é do que uma forma de organização, disponibilização e fruição de conteúdo audiovisual por meio da Internet.

A definição legal do SeAC contempla os seguintes elementos: (i) serviço de telecomunicações de interesse coletivo, (ii) cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e (iii) destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes de canais. Portanto, para que haja caracterização do SeAC, é mandatória a presença de todos os elementos acima elencados, sendo que a ausência de um ou mais elementos impede, por conseguinte, a caracterização do serviço tal como definido na Lei do SeAC.

A definição de serviços de telecomunicações estabelecida pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações — “LGT”) compreende a oferta de sons e imagens ao consumidor a partir de infraestrutura de telecomunicações dedicada à prestação do serviço. Dessa forma, a prestadora deve deter uma rede de telecomunicações para a distribuição de conteúdo audiovisual, seja própria ou contratada de terceiros — por meio de exploração industrial, por exemplo.

A disponibilização de conteúdo audiovisual na Internet, sem qualquer serviço de telecomunicações atrelado à sua oferta, classifica-se como prestação de Serviço de Valor Adicionado (“SVA”), já que se trata de mera funcionalidade acrescida ao serviço de telecomunicações (Internet) que lhe dá

suporte. Para fruição do VoD, a conexão à Internet é obtida diretamente pelo usuário, por meio da contratação de prestadora de serviços de telecomunicações de sua escolha, devidamente habilitada junto à ANATEL.

Imprópria, portanto, a interpretação de que a disponibilização de conteúdo audiovisual em plataformas VoD poderia se equiparar ao provimento do SeAC.”

Efetivamente, como afirma a Telefonica, a situação regulatória da TV por assinatura é completamente distinta da do VoD. A relação entre infraestrutura e agregação de conteúdos é assunto que marca a evolução do provimento de serviços audiovisuais e, no Brasil, também da sua regulação. Pode ser percebido um processo gradativo de autonomização da camada de conteúdos em relação à infraestrutura. Na TV aberta, a rede serve de suporte apenas à programação do canal de TV que a sustenta, de tal modo que os dois serviços se confundem pelo vínculo à mesma empresa. Na TV por assinatura, já não se admite esse vínculo devido à demanda por programação múltipla. Embora o provimento ao usuário continue a ser feito pela detentora da rede, a programação de TV por assinatura passa a ser apenas licenciada aos distribuidores. No VoD, o grau de autonomia da programação amplia-se ainda mais. O provedor desvincula-se formalmente da rede e, na maior parte dos casos, organiza ele próprio a programação ofertada. A disponibilidade de serviços explode em um sem número de alternativas para o usuário.

Com a convergência tecnológica e os padrões digitais, as redes de infraestrutura também perderam sua ligação com produtos standardizados. Hoje, os cabos e redes que levam televisão à casa das pessoas são os mesmo que permitem acessar a internet com todo seu universo de conteúdos, inclusive os serviços de VoD. Dessa forma, o modelo regulatório alicerçado exclusivamente sobre a regulação da infraestrutura passa a ter dificuldade de enquadrar a multiplicidade dos serviços prestados com base na mesma rede.

Dessa maneira, é interessante refletir que a natureza jurídica do SeAC como serviço de telecomunicação diferente do VoD, aponta para a necessidade de uma regulação mais acurada e autônoma do mercado de conteúdo. Se por um lado faz pouco sentido tratar o VoD como serviço de telecomunicação, inclusive porque o provimento em geral não é feito pelos operadores da rede, é razoável considerar as relações concorrenciais entre as programadoras e os provedores de conteúdo, avaliar se as assimetrias atuais são adequadas e proporcionais e sugerir um papel para o VoD no desenvolvimento da produção e circulação de conteúdos nacionais. São estes elementos, e os objetivos nacionais que os pautam, que definem a modelagem regulatória e tributária recomendada pela AIR.

A Telefonica prossegue, mencionando movimentos legislativos relacionados com os temas de comunicação. Neste ponto, há alguns aspectos relacionados ao tema desta seção, que merecem atenção.

TELEFONICA: “Ademais, a Lei do SeAC, embora ainda muito recente, já se demonstrou ineficiente e onerosa em diversos aspectos e, por este motivo, vem sendo objeto de debates que discutem sua urgente e necessária revisão. Cite-se, a título exemplificativo, o Projeto de Lei nº 3.832, de 2019, que visa eliminar as restrições à propriedade cruzada entre prestadoras de serviços de telecomunicações e radiodifusores e produtoras e programadoras SeAC, assim como o Projeto de Lei nº 4.389, também de 2019, que visa criar o “canal de programação ofertado por meio da Internet”, que deverá ser qualificado como SVA e não como SeAC.”

Embora não citados pela Telefonica, há vários outros Projetos de Lei em tramitação tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal, que propõem inovações legislativas em sentido oposto ao preconizado pela empresa. Alguns deles se preocupam com a construção de um marco legal específico para o VoD e estão pautados por vários dos temas e institutos sugeridos nessa AIR. A mera existência e a tramitação de todos esses projetos não devem ser tratadas como argumento a favor ou contra qualquer tese. Mas indicam a importância do debate pautado pela AIR e a responsabilidade de todos os que serão ouvidos nesse processo legislativo.

Outra situação que evoca assimetria regulatória é o da programação e oferecimento de conteúdo linear via internet, citado na contribuição da Telefonica. O tratamento legal desse assunto não é pacífico e vem sendo objeto de discussão tanto na Anatel quanto em âmbito judicial. Por conta da importância do tema, recentemente a ANCINE promoveu Consulta Pública sobre Notícia Regulatória sobre o *Serviço de Oferta*

de Conteúdo Audiovisual em Programação Linear via Internet. A ANATEL também tem analisado esse assunto.

As associações representativas dos cineastas paulistas (APACI) e dos produtores de cinema e televisão (APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV) enviaram duas contribuições que, sem tratar diretamente do tema, compartilham a mesma visão sobre um princípio essencial para a Lei nº 12.485, que toca nos problemas de assimetria regulatória baseada em critérios tecnológicos:

APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV e APACI: “No Brasil, a Lei 12.485/2011, embora não trate especificamente da regulamentação do VoD, foi estabelecida, já naquele momento, tendo como princípio a neutralidade tecnológica, afastando do arranjo regulatório do setor qualquer diferenciação de cunho tecnológico.

Tal preocupação do legislador partiu da observação direta dos efeitos nocivos da regulamentação assimétrica, apoiada em definições tecnológicas, que acometia o setor de TV por Assinatura à época. Este entendimento foi fundamental para estabelecer um ambiente regulatório isonômico e de livre concorrência no setor, com claros estímulos a eficiência e a inovação, os quais por sua vez promoveram uma expansão inédita do serviço de TV por Assinatura no país, e na indústria audiovisual como um todo.”

As associações avaliam que a melhor forma de evitar a assimetria regulatória baseada em critérios tecnológicos está na definição de um conjunto mínimo de regras coordenadas, válidas para todos os serviços de comunicação audiovisual. Neste sentido, reportam uma recomendação da União Europeia (Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual – 2010).

APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV e APACI: “Cabe observar ainda que a abordagem da regulação dos serviços audiovisuais de uma perspectiva neutra tecnologicamente, longe de ser inédita ou heterodoxa, tem se tornado paradigmática na forma como os estados nacionais têm revisado seus marcos regulatórios, justamente para evitar as armadilhas de modelos regulatórios apoiados em definições tecnológicas. Particularmente, o seu envelhecimento precoce e consequente geração de vácuos regulatórios e insegurança jurídica.

Melhor exemplo de uma abordagem neutra tecnologicamente, a Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual, publicada em 2010, que coordena às disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos 28 países que integram a União Europeia, relativas à oferta de serviços de comunicação social audiovisual, estabelece nos itens 10 e 11 de seu preâmbulo que:

“(10) Os serviços de comunicação social audiovisual tradicionais — como a televisão — e os serviços de comunicação social audiovisual a pedido emergentes oferecem importantes oportunidades de emprego na União, em particular nas pequenas e médias empresas, e estimulam o crescimento económico e o investimento. Tendo em conta a importância das condições de igualdade e de um verdadeiro mercado europeu dos serviços de comunicação social audiovisual, impõe-se respeitar os princípios básicos do mercado interno, como a livre concorrência e a igualdade de tratamento, a fim de assegurar a transparência e a previsibilidade do mercado dos serviços de comunicação social audiovisual e limitar os obstáculos ao acesso ao mercado.

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

Como pode-se depreender dos trechos acima citados, a regulamentação dos serviços audiovisuais na União Europeia é explícita ao estabelecer que a “fim de evitar distorções da concorrência e aumentar a segurança jurídica” a regulamentação do setor audiovisual deve prever um “conjunto mínimo de regras coordenadas” que seja aplicado tanto aos serviços de provimento de vídeos lineares (SeAC) quanto não lineares (VoD, ou comunicação audiovisual sob demanda).

Assim, objetivando reduzir a assimetria regulatória criada pela emergência de modelos de distribuição de conteúdos audiovisuais de forma não linear, que cada vez mais ocupam um espaço relevante no setor audiovisual, concorrendo com a TV por Assinatura (SeAC), propõe-se incorporar, com as devidas adequações, os princípios e dispositivos regulatórios instituídos pela Lei

12.485/2011, em relação a comunicação audiovisual de acesso condicionado, à comunicação audiovisual sob demanda.”

A Câmara e-net discorda da AIR quando identifica uma assimetria regulatória entre TV e SVoD desproporcional às suas diferenças. Duas de suas observações e análises merecem ser comentadas por guardarem relação com o tema. A primeira trata de entrada de novos provedores no mercado.

CÂMARA E-NET: “Ademais, o mercado não conta com altas barreiras à entrada, dado que existem diversos serviços que foram lançadas no mercado brasileiro (e outras tantas se preparam para fazer esse mesmo movimento). Além dos serviços mais conhecidos como Netflix, Amazon Prime, Youtube e Facebook Watch, existem inúmeros serviços que já operam no Brasil, valendo ressaltar: (i) MUBI (que oferece de filmes clássicos e independentes); (ii) Oldflix (que oferece filmes retrô); (iii) Spcine Play (que reúne títulos do cinema nacional); (iv) Looke (com catálogo de filmes e séries); (v) Philos (que apresenta documentários e espetáculos de dança e música); (vi) Crackle (vinculada à Sony); (vii) Afroflix (serviço colaborativo de conteúdo com atuação técnica ou artística de pessoas negras); (viii) HBO Go (serviço de séries e filmes); (ix) Curiosity Stream (que oferece documentários); (x) Snag Films (com produções independentes, séries e documentários); (xi) Classics Cinema Online (que concede acesso a filmes antigos); (xii) Crunchyroll (que reúne animes) e (xiii) Playkids (com conteúdo infantil).

O fluxo constante, diversificado e ainda indefinido de entrada de players com diferentes modelos de negócio afasta a conclusão do AIR no sentido de que esse mercado deve ser objeto de intervenção governamental, parecendo claro que o VoD é um setor ainda em desenvolvimento e constante redefinição, em que novos formatos e novos players estão definindo suas estratégias de entrada no Brasil, demonstrando a alta contestabilidade do mercado brasileiro, o que pode, aliás, ser evidenciado a partir dos planos anunciados de entrada do serviço da Disney + no Brasil, programada para o fim do ano que vem, em novembro de 2020.”

A situação descrita pela Câmara e-net é apresentada sob o título *Diferenças Técnicas entre VoD e TV por Assinatura (SeAC)*, embora na questão específica (barreiras à entrada) a situação da TV por assinatura não seja analisada. A reunião de informações sobre a operação de VoD no Brasil e os novos projetos dos agentes econômicos, embora incompleta, permite à entidade concluir que o VoD não conta com barreiras significativas à entrada de competidores. Essa conclusão, apesar de admissível para alguns serviços, deve ser ponderada por alguns fatores. Deve-se considerar, principalmente, que as relações de competição e as barreiras à entrada no VoD não são homogêneas. A disputa por assinaturas, vendas ou publicidade, que diferencia as modalidades de serviço, exige condições muito diferentes entre si.. No SVoD, apesar do grande número de serviço de nicho, os concorrentes pela maior parte das receitas limitam-se a provedores com forte capacidade financeira para investir em produções próprias. Neste momento, ademais, esta forte barreira à entrada (altos custos iniciais) favorece os projetos estrangeiros intensivos em capital, com acesso a condições mais favoráveis de investimento e crédito.

Em suas contribuições, a Câmara e-net avalia que o sucesso do VoD e sua preponderância atual sobre a TV por assinatura decorrem do suprimento de *falhas de mercado* presentes nos canais lineares, a saber a escassez de espaço nas grades de programação e a impossibilidade do espectador posicionar-se ativamente na montagem de sua grade particular.

CÂMARA E-NET: “3.2. As OTT VoD Eliminam as Falhas de Mercados Identificadas para a Construção do Marco Regulatório de SeAC (Escassez de Espaço e Consumidor Passivo)

Um dos principais elementos constitutivos do cenário de promulgação da Lei do SeAC dizia respeito a uma condição estrutural do setor: a escassez de espaço na grade de programação. Isso porque o modelo de oferta de conteúdo por parte de TVs por Assinatura é disponibilizado a partir de uma grade de programação fixa recebida de forma passiva pelo consumidor. Naturalmente, essa escassez de espaço criada em função da existência de uma grade levou à adoção de estratégias de otimização desse espaço, sobretudo por meio da escolha de conteúdos já testados internacionalmente e mais suscetíveis à aceitação dos consumidores. A partir dessa falha de mercado (i.e., barreira física ao escoamento de produtos), o regulador identificou a necessidade de impor obrigações relacionadas, por exemplo, à inclusão de conteúdo nacional nos canais de espaço qualificado, bem como de inserção de canais brasileiros nos pacotes.

Essa, no entanto, não é a realidade verificada nas OTT VoD. Levando em consideração que as VoDs não operam em ambientes que têm restrição de espaço, e por ter o modelo pautado em um consumidor ativo, que opta pela programação que irá assistir, as VoDs precisam disponibilizar uma vasta gama de opções. Dessa forma, o paradigma da escassez de espaço, existente na TV por Assinatura, é substituído por um cenário imediatamente oposto: o espaço ilimitado a ser preenchido com grande diversificação de produtos de modo a contemplar as preferências do maior número possível de usuários, até mesmo porque o novo modelo de negócios oferecido pelas VoDs não possui a figura de um consumidor passivo (que recebe uma grade de programação estanque). As estratégias mais eficientes de licenciamento de conteúdo buscam fornecer uma mistura de conteúdo que agrade a uma ampla base de clientes em vários países - licenciando conteúdo em nível regional ou mundial - e também conteúdo local para satisfazer a demanda dos consumidores.

Os parâmetros das VoDs são essencialmente diferentes: há um consumidor ativo apto a escolher dentre uma gama virtualmente ilimitada de conteúdo. Nesse âmbito, embora a prática de priorizar conteúdos já testados possa ser adotada por *players* SVoD e TVoD (ambos por *streaming*), isso ocorrerá em menor escala e será controlada por fatores como: (i) necessidade de atender aos interesses do público de cada localidade; (ii) necessidade de atender determinados nichos de conteúdo, como voltados para filmes clássicos, vídeos infantis, dentre outros; (iii) espaço ilimitado do catálogo; e (iv) menor impacto econômico no caso de insucesso de um determinado título, para não engessar a grade de programação, ao contrário do que ocorre na TV aberta ou por assinatura, em que há possível perda de pontos de audiência e a necessidade constante de desenvolver estratégias de atratividade para venda de espaços publicitários.

Esses fatores estruturais e comportamentais afastam as barreiras de acesso a conteúdo identificadas no mercado de TV por Assinatura, demonstrando que as realidades são bastante distintas. Por essa razão, toda a carga regulatória aplicável às TVs por Assinatura, incluindo políticas tributárias e de inserção de conteúdo local, simplesmente não se aplicam às OTT. As diferenças estruturais entre TVs por Assinatura e VoD demandam tratamento regulatório distinto.

Enquanto a estrutura regulatória criada para o SeAC endereça soluções para assegurar o uso eficiente e plural de um recurso escasso (espectro estatal e a grade de programação limitada), garantindo que o conteúdo nacional terá espaço, esse objetivo regulatório não tem qualquer sentido no cenário das VoDs, até mesmo porque, como se verá abaixo, a oferta e a escolha de conteúdo têm lógica distinta.”

Em geral, falhas de mercado dizem respeito a situações que causam ineficiência na alocação dos bens e serviços, como baixa concorrência, concentração, assimetrias de informação. A natureza dos bens e serviços transacionados pode constituir falhas em casos um pouco diferentes dos dois aspectos mencionados pela Câmara e-net, como, por exemplo, quando não se pode excluir não compradores do uso dos bens e serviços ou, numa situação hipotética para o VoD, quando há um tráfego de serviços de tal ordem que congestione a infraestrutura. A entidade avalia a TV por assinatura sob esta última situação. Porém, quando da discussão da Lei nº 12.485, não necessariamente havia uma dificuldade técnica da infraestrutura para escoamento da produção brasileira. O que havia, e era reclamado pelos produtores independentes, dizia respeito à falta de parcerias, licenciamento e investimento na produção desses conteúdos por parte das TVs. A questão para os produtores não é que seus conteúdos sejam simplesmente exibidos, mas que sejam comprados para exibição. Ou seja: as cotas não são uma reserva de espaço para tráfego de conteúdos nacionais, mas uma ação dirigida a sustentar o desenvolvimento da produção e a criação de propriedade intelectual brasileira.

Como sugerido pela Câmara e-net, falhas de mercado tendem a demandar uma intervenção do Estado, seja regulatória ou de outra natureza. Podem efetivamente ser percebidas falhas de mercado tanto no segmento de TV por assinatura como no VoD. Os níveis de concentração e a assimetria de informação apontados na AIR são as principais e são preocupantes; no segundo caso, com mais gravidade no VoD do que na TV. Sob essas categorias, considerar os dois elementos apontados pela entidade (consumidor passivo e escassez de espaço) não se constituiriam como falhas de mercado *strictu sensu*, mas sim um indicativo das características do serviço, que dialogaram concorrencialmente no seu desenvolvimento diante de outros produtos e serviços disponíveis no mercado.

De fato, mesmo o significado prático dessas características deve ser questionado. Sobre a escassez de espaço na TV, é certo que existe a *possibilidade* de catálogos de VoD sempre maiores. Mas esta é uma possibilidade apenas técnica. Os catálogos de SVoD são formados em regra a partir de licenciamento a preço fixo, o que equivale a dizer que há um limite real, prático, imposto pelas restrições econômico-financeiras dos provedores. Além disso, é verdade que a disponibilidade simultânea dos títulos dos catálogos de VoD não existe na transmissão linear (que também é composta por reprises e publicidade), mas para distinguir essa possibilidade como a solução para uma falha é preciso supervalorizar o outro aspecto mencionado, a proatividade real do usuário nas escolhas de consumo. Sobre isso, como já foi comentado, a opção entre valorizar esse poder de escolha ou assistir grades já organizadas pode ser um dilema para o usuário, a se repetir em cada momento. Os serviços de VoD conhecem esse dilema. Por isso, alguns serviços chegam a emular a transmissão sequencial de conteúdos, além de, em suas soluções de proeminência, prover sugestões e destaques que facilitam/induzem a escolha. Na TV, ocorrem outros fenômenos em sentido inverso, a começar pelos serviços complementares de *catch up TV*. Embora grande parte dos espectadores ainda preserve forte fidelidade a determinados canais, alternativas importantes entre as dezenas de canais disponíveis sugerem um poder de decisão hoje efetivamente exercido. Ou seja: os usuários tendem para um comportamento não padronizado e fluido em relação a esses aspectos e tanto TV por assinatura como VoD dispõem de ativos para disputar seu tempo livre.

A contribuição da NeoTV destaca as distorções na concorrência (falhas de mercado, em sentido próprio) presentes no mercado audiovisual brasileiro e em seus segmentos. O arrazoado sobre essas questões serve de introdução à abordagem dos desequilíbrios regulatórios entre TV e VoD.

NEOTV: “II - DOS LIMITES E POSSIBILIDADES DO SEAC E DO VOD NO MERCADO BRASILEIRO

Os desafios atuais que atravessam o debate a respeito da regulação do vídeo sob demanda trazem à lume, dentre outras questões, que a concentração excessiva de poder econômico no mercado do audiovisual provoca implicações em concorrência imperfeita sobre o direito à liberdade de expressão, à liberdade de informação, à liberdade de iniciativa e a defesa da concorrência.

Por esta razão, as regras antitruste vigentes buscam prevenir a configuração de falhas de mercado, sejam monopólios ou oligopólios, e a distorção alocativa que lhes é correlata. De forma imediata, as aludidas regras contribuem ainda para promover a diversificação do conteúdo produzido, justamente porque tendem a evitar que o mercado de conteúdo se feche, ampliando as fontes de informação disponíveis.

Entretanto, é possível aferir que há no mercado audiovisual hoje um tensionamento entre, de um lado, a partilha de receitas, conteúdo e direitos patrimoniais, e de outro, de investimento em infraestrutura e banda-larga. Cenário este que também tem sido influenciado por movimentos de integração vertical com novos processos de fusões e aquisições de empresas de mídia, conteúdo e telecom, detentoras de ativos em conteúdos audiovisuais.

Esses movimentos geram situações novas para o ambiente regulatório da comunicação audiovisual e de telecomunicações, que precisa ser pautado com base na segurança jurídica e critérios democráticos para o desenvolvimento do setor.

A Lei nº 12.485/11 foi criada com o objetivo de remover barreiras à competição, valorizar a cultura brasileira e incentivar uma nova dinâmica para a produção e circulação de conteúdos audiovisuais produzidos no Brasil

Com efeito, em um contexto socioeconômico em que a cultura é ao mesmo tempo arte e mercadoria, direito e negócio, e diante do advento de novas tecnologias, que tornam complexo não apenas as formas e os meios através dos quais a informação é compartilhada evidencia-se cada vez mais o interesse de conglomerados em estender sua atuação por diversas mídias, envolvendo entretenimento, jornalismo, internet e telecomunicações. A concentração da propriedade também repercute no controle da produção, distribuição e transmissão de conteúdo ou dados, como pode ser observado na expansão do segmento do vídeo sob demanda.”

Estes destaques da NeoTV são muito importantes, inclusive quando se considera a formulação dos objetivos a serem perseguidos pela regulação. Problemas concorrenciais na comunicação audiovisual deveriam ser antepostos ao debate de qualquer medida regulatória e pautar a busca de soluções. Duas

condições percebidas pela NeoTV devem estar presentes na modelagem do ambiente regulatório do VoD, assim como informar eventuais alterações nas normas dos outros segmentos do mercado audiovisual. A primeira é a relação entre concentração econômica e um conjunto de liberdades e garantias fundamentais. Como é referido na AIR a propósito dos fundamentos constitucionais dos serviços audiovisuais, a comunicação social é uma atividade econômica em que a rejeição aos monopólios e oligopólios é vinculada aos direitos de manifestação do pensamento, criação, expressão e informação. Por isso, a situação e os indicadores descritos na AIR relativos aos níveis de concentração nos mercados de TV por assinatura e VoD são importantes. A segunda condição, já mencionada anteriormente, refere-se às mudanças nas relações entre as economias da infraestrutura e do mercado de conteúdos, que hoje evoluem sob o que a NeoTV descreve como tensionamento. Empresas, investimentos e direitos sobre conteúdos estão cada vez mais autônomos e próximos da infraestrutura em termos de relevância social e econômica.

Sobre esses preceitos, a NeoTV pondera sobre a assimetria regulatória entre TV e VoD, alertando que a ausência de situações correspondentes pode gerar desequilíbrios concorrenciais importantes. Esta avaliação da NeoTV, constituída também sobre a análise das interligações e da substituíbilidade entre os diversos serviços audiovisuais, sustenta sua proposta de reforma legislativa, a montagem de um Regime Único que integre os serviços lineares e não lineares. Este indicativo, entre outros, será analisado em seção posterior.

NEOTV: “Por este motivo, apresenta-se a necessidade diante do atual cenário de regulamentar o serviço de vídeo sob demanda, sob bases regulatórias isonômicas, sob risco de apenas um segmento sofrer excesso regulatório.

Como se sabe e fora destacado no próprio documento consolidado de Análise de Impacto Regulatório desta Agência:

São previstas restrições à propriedade cruzada entre, de um lado, produtoras, programadoras de canais e emissoras de TV aberta e, de outro, operadoras de serviços de telecomunicações (distribuidoras que, em geral, também realizam atividade de empacotamento). Ademais, há as obrigações previstas nos artigos 10 e 12 que devem ser obedecidas por todas as empresas integrantes do Serviço de Acesso Condicionado. As empacotadoras e programadoras devem respeitar as disposições previstas nos parágrafos 1º e 2º da referida lei.

(...) já as programadoras devem cumprir os que dispõem os artigos 11 e 16 do diploma legal. As empresas distribuidoras devem obedecer às disposições constantes no 539 do artigo 11, no 51º do artigo 31 e no caput do artigo 32 da Lei do SeaC. Empresas que pratiquem a atividade de empacotamento (empacotadoras ou distribuidoras) são obrigadas a cumprir as obrigações previstas nos artigos 17, 18 e 19 (55 1ª e 2ª). Além disso, as emissoras de TV aberta, muito atuantes na programação de canais por assinatura, possuem restrição constitucional quanto ao capital e controle por estrangeiro.”

Com efeito, o debate a respeito das alterações da Lei específica tem sido pautado pelo Congresso Nacional em diferentes Comissões, especialmente a Comissão de Cultura, a Comissão de Assuntos Econômicos e a Comissão de Ciência e Tecnologia, através dos projetos: PLC nº 8.889/2017; PL nº 5.103/2019; PLS nº 57/2018 e PLC nº 3.832/2019.

Em que pese a estruturação de um mercado de vídeo sob demanda no país, para os empreendimentos de VoD, ainda não existem situações regulatórias correspondentes na Lei nº 12.485/11. Cenário este que pode acarretar em desequilíbrios concorrenciais importantes em face das relações de substituição e o posicionamento dos serviços nas disputas de mercado no mundo e no Brasil.”

Um resumo da situação regulatória da TV por assinatura, em comparação com a do VoD, é apresentado como conclusão desta parte da manifestação da NeoTV. O destaque é reservado para o tratamento tributário. A Associação considera mínimas as obrigações dos provedores de VoD. Em relação às *amplas* obrigações da TV por assinatura, a discrepância é reforçada pela desobrigação de custos com a infraestrutura. Esta análise é semelhante à apresentada pela AIR, embora os indicativos de solução eventualmente possam ser diferentes.

NEOTV: “Frente ao exposto e a partir de uma análise mercadológica, o que pode se aferir, portanto, é uma notória assimetria de obrigações imputáveis entre os prestadores de Serviço de Acesso Condicionado, sobretudo os Operadores de Pequeno Porte e os agentes econômicos que atuam na

distribuição de vídeo sob demanda, representando, desta forma entraves ao desenvolvimento isonômico da cadeia de valor de ambos os segmentos.

Adentrando a esta análise é que se pode enunciar que, as obrigações inerentes às operadoras de TV a cabo contemplam: (i) a necessidade de outorga para exploração do serviço, cumprimento de obrigações regulatórias estatuídas pela Lei nº 9472/97 (Lei Geral Telecomunicações), Lei nº 12.485/2011 (Lei do SeAC) e Instruções Normativas expedidas pela Anatel e pela Ancine; (ii) os encargos incidentes sobre as Estações e Terminais de Telecomunicações: (Taxa de Instalação (TFI) e Taxa e Funcionamento (TFF), paga anualmente, e (iii) os encargos tributários com recolhimento dos seguintes tributos: (PIS, COFINS, ICMS- comunicação, FUST, FUNTTEL, CONDECINE) e outros.

Em contrapartida, os Provedores do Segmento de Vídeo Sob Demanda (VOD), por sua vez, estão apenas sujeitos à tributação do quarteto federal: IR, PIS, COFINS e CSLL, e no âmbito municipal - ISS, dado à disposição esculpida nos item 1.09 da LC nº 116/2003, alterado pela Lei Complementar 157/2017, já que não há em nosso ordenamento jurídico pátrio regulamentos inerentes a este tipo de atividade.

O que se evidencia, portanto, é que, em atenção ao rol de obrigações as quais as operadoras de TV estão adstritas, conforme supramencionado, verifica-se que as referidas são amplas se comparadas às obrigações imputáveis aos Provedores do Segmento de Vídeo Sob Demanda (VOD) necessitam cumprir, e que em linhas gerais, são mínimas, já que não necessitam de outorga para explorar o serviço e tampouco necessitam recolher os encargos setoriais e tributários imputáveis às operadoras de SeAC a cabo e sequer se sujeitam à onerosidade dos custos despendidos pelas Teles em relação a infraestrutura para a operacionalização do serviço.

Frente a este cenário é que, se desenha a necessidade de constituição de um modelo regulatório isonômico, que viabilize a paridade de obrigações e atente-se, ainda, em particular a urna imprescindível arquitetura tributária que se funde nas especificidades e capacidades contributivas de cada agente, de forma perquirir e propiciar o desenvolvimento dos agentes econômicos em consonância com os interesses do Estado.

Por fim, importa dizer que, a criação de um novo regime para ajustar mecanismos regulatórios por si só não demonstra suficiente. Faz igualmente necessário à iniciativa de implementação, a devida observância quanto ao cumprimento das obrigações e responsabilidades impostas aos agentes por meio dos modelos regulatórios, além da pertinente continuidade nos estudos avaliativos deste mercado, com fulcro a recolher, debater e atualizar as minúcias de seu desenvolvimento.”

Na sua abordagem do assunto, a ABDTIC fala de *pretensas assimetrias regulatórias*, a indicar que não concorda que existam. Porém, logo a seguir, sugere forte desregulamentação da TV por assinatura para que seja competitiva em relação aos serviços OTT.

ABDTIC: “c) Quanto à tentativa de resolução de pretensas assimetrias regulatórias:

Para responder a essa demanda é necessária uma forte desregulamentação das atividades de serviço de acesso condicionado (SeAC) para que se mantenham competitivas *vis a vis* às novas tecnologias OTT, o que será mais eficiente e de menor impacto do que se tentar regular formas de disponibilização de conteúdo audiovisual ainda não totalmente conhecidos ou explorados como o vídeo sob demanda.

Alguns pontos precisam ficar claros quando se discute a disponibilização de conteúdos sob demanda, cuja lógica não se assemelha àquela da disponibilização de outros conteúdos audiovisuais, que foi regulamentada a partir de outras premissas:

Não existe limitação de capacidade de armazenamento e disponibilização de conteúdos audiovisuais - ao contrário de telas de cinema ou de grades de canais em que o “espaço” é limitado espacialmente pelo tempo - número de dias, de sessões ou de horas de programação por dia;

Não se justifica a diferenciação entre a atuação de empresas nacionais ou estrangeiras (com ou sem presença no Brasil). Não há necessidade de autorização da ANATEL para a disponibilização de conteúdo de vídeo sob demanda e não se requer do agente econômico a detenção da infraestrutura de telecomunicações à disponibilização que se realiza, no mais das vezes, como um Serviço de Valor Adicionado - SVA.

Não cabe a ideia de “horário nobre” ou “proeminência”, na medida em que os conteúdos são visualizados individualmente à escolha do usuário e os sistemas são pensados para customizar a experiência de acordo com perfis e preferências de cada usuário (por meio de algoritmos próprio de

cada plataforma, que é um dos elementos diferenciais de cada modelo de negócio diante dos concorrentes).”

A justificativa da solução preconizada pela ABDTIC repete argumentos de natureza tecnológica e organizacional já analisados: a ilimitada capacidade técnica dos catálogos e a falta de controle do provedor sobre a infraestrutura. Mas acrescenta duas referências ainda não tratadas, a igualdade de tratamento de empresas nacionais e estrangeiras e o problema do destaque dos títulos ou relações de proeminência. Esses dois pontos serão analisados mais detidamente em outras seções, mas merecem uma nota com relação à assimetria regulatória que carregam. O tratamento igualitário de empresas nacionais e estrangeiras na comunicação social encontra um óbice na Constituição^[7] e nas Leis especiais (arts. 9º e 10 da Lei nº 12.485, por exemplo), que exigem responsabilidade editorial e poder decisório de brasileiros sobre a programação, além de empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no país. Essa é a regra para todos os meios de comunicação social, de natureza eletrônica ou não. A não aplicação de preceitos semelhantes ao VoD implica assimetria clara em relação aos demais serviços.

O segundo tema citado pela associação fala de horário nobre e proeminência. De fato, horário nobre é uma forma de proeminência de conteúdos própria de serviços lineares como o cinema e a televisão. A menos que os algoritmos e as políticas de sugestões e destaques dos serviços de VoD também sejam orientados por faixas de horário de maior visualização, essa categoria não se aplica diretamente ao VoD. Mas isso não significa que a forma de exposição dos conteúdos vis-à-vis o preço de seu licenciamento não encontre similaridades entre TV e VoD. Todos os serviços de SVoD, assim como os de TV, modelam seu agregado de programas com o destaque para os conteúdos *premium*, as apostas mais altas do programador ou provedor. Como regra, são os conteúdos mais caros, sejam próprios ou licenciados, e que merecem mais proeminência. De modo geral, eles tendem a constituir horário nobre na TV, assunto que mereceu prescrições regulatórias da Lei nº 12.485. O SVoD vive a mesma lógica: produz ou licencia seus conteúdos, considerando a relação entre preço e atratividade e, em princípio, os expõe sob o mesmo parâmetro de maior destaque. No entanto, o VoD, ao contrário da TV por assinatura, não tem nenhuma obrigação que valorize compras ou exposição das produções nacionais e independentes.

CATCH UP TV

O Relatório de AIR descreveu as características do serviço de *catch up TV*, dissociando-o do conceito de VoD, a despeito da não linearidade de sua fruição. Basicamente, trata-se de um serviço complementar, acessório à TV aberta ou por assinatura, sem autonomia em relação à programação linear. Foi proposta a seguinte definição do serviço, cujos termos foram detalhados na AIR:

(54) (...) *serviço de comunicação audiovisual não linear, prestado por programadora de televisão aberta ou por assinatura, de natureza acessória à sua programação sequencial regular, sem pagamento adicional pelo usuário e restrito à oferta de conteúdos exibidos anteriormente pela programadora, para fruição em qualquer dispositivo ou ambiente tecnológico, por período limitado pelo prazo da licença e a partir da primeira exibição do programa naquela janela de comunicação pública.*” (Capítulo II, D, do Relatório de AIR).

Essa definição foi contestada pela contribuição de Teresa Trautman. Seus argumentos referem-se ao fato de que algumas programadoras repassam a tarefa de viabilizar tecnicamente o serviço para as distribuidoras de TV. Assim, essas programadoras limitam-se a autorizar a prestação de *catch up TV* no mesmo contrato de licenciamento dos canais lineares.

TERESA TRAUTMAN: “Me espantou ver o catch-up ser considerado parte da TV Paga e serviço da Programadora, como isso? De que forma a Programadora faria o catch-up? Na verdade a programadora autoriza no contrato de licença do canal que a distribuidora (operadora) faça o catch-up. É a distribuidora quem tem condições técnicas de fazer o catch-up, seria extremamente oneroso à programadora fazê-lo. A programadora deixa o sinal no satélite e às vezes fornece o decoder para a sua recepção, mas termina aí a área de atuação e ação da programadora. A partir daí é tudo de

responsabilidade da distribuidora/operadora. Ou seja, considerar o catch-up como parte do serviço de TV Paga onerará principalmente a arrecadação da Ancine, os grandes distribuidores/operadores farão VoD como se TV Paga fosse, mas sem contar como tal no faturamento e o produtor, que normalmente não licencia esse mercado conjuntamente, também nada a mais receberá.

Somando os catch-ups de todas as distribuidoras, qual o tamanho do mercado que restará a ser monetizado como VoD? Agora não sei se será fácil da Ancine rever esse conceito. Mas como faz uma pequena programadora que não licenciou o catch-up juntamente com o canal? A Ancine poderia nos ensinar como fazê-lo.”

O tratamento contratual descrito por Teresa Trautman ratifica ainda mais a justeza da definição proposta. Observe-se que, para a caracterização sugerida, é irrelevante se a organização técnica do *site* ou aplicativo de internet, que permitem o acesso do usuário aos conteúdos, é produzida ou administrada pela programadora. O canal linear também não é distribuído por sua programadora. O que importa é que o catálogo de títulos reproduza parcial ou totalmente a grade do canal, sem ir além. Ou seja: quem organiza (licencia, comissiona, produz etc.) os conteúdos ofertados continua sendo a programadora que, por isso, mantém responsabilidade editorial sobre essa atividade. Porém, há algo mais a considerar na descrição feita por Trautman. Importa saber também como a distribuidora administra a licença (autorização) de *catch up* recebida. Se, nas práticas atuais, houver qualquer tipo de cobrança para acesso ao serviço ou qualquer oferta de pacotes de TV diferenciada pela possibilidade de acesso, o serviço prestado não será *catch up TV*, mas VoD. Nesse caso, a natureza acessória do licenciamento ao usuário fica comprometida.

Em sua manifestação sobre o assunto, a TAP Brasil não chega a discordar da definição proposta, mas posiciona-se contra sua regulação pela ANCINE.

TAP BRASIL: “No que diz às RECOMENDAÇÕES EM FACE DAS ATRIBUIÇÕES ATUAIS DA ANCINE a TAP BRASIL tem os seguintes comentários:

(...)

3 - Catch-up TV deve ser incluído em regulação.

A autorização das programadoras de serviço de acesso condicionado para que as operadoras permitam aos assinantes o acesso aos conteúdos delas em forma de catch-up vídeo é reconhecidamente uma habilidade usual da televisão por assinatura, não podendo ou devendo ser definidas obrigações não previstas em lei prévia. A ANCINE somente regulará atividades do audiovisual na forma da Lei. O catch-up de vídeo deve ser considerado como integrante de um direito de acesso vizinho em favor do assinante de um serviço de SeAC, pouco importando onde e em que plataforma o conteúdo audiovisual esteja hospedado.”

A intenção do Relatório de AIR, ao definir *catch up TV* e vincular o serviço à TV por assinatura, foi investigar qual *locus* regulatório envolve o serviço. Como está claro, inclusive nos termos da TAP Brasil, que *catch up* é uma habilidade da TV por assinatura, é nesse ambiente que devem ser verificadas as obrigações pertinentes.

A contribuição da GBSA apresenta uma preocupação importante dos agentes econômicos, relativa à operacionalização do conceito de *catch up TV*. Trata-se de uma dificuldade já apontada de forma simplificada pelo parágrafo (53) da AIR.

GBSA: “Catch-up vs. SVOD: Alguns provedores tem a preocupação, legítima, de que se torne uma operação complexa a diferenciação e migração, no futuro, do serviço de Catch-up para o SVOD, quando este último for implementado por empresas que também detém operações de TV por assinatura. Muitas destas empresas estão adotando, como estratégia comercial (para ampliar sua base de usuários cadastrados), o oferecimento de acesso com uso do código de assinantes de operadoras, para o registro e fruição do serviço de Catch-Up em seu ambiente online (Aplicativo).

A preocupação advém da constatação de que a AIR VOD parece sinalizar que a futura regulamentação obrigará a escolha excludente de uma modalidade: ou bem o Aplicativo servirá para o oferecimento (legítimo, como deixa bem claro o documento) do serviço de Catch-up da operadora (acessório e sem assinatura à parte), ou bem o Aplicativo será o ambiente para a prestação do SVOD (com pagamento de assinatura totalmente independente da operadora).

A necessidade dessa diferenciação não faria qualquer sentido regulatório, nem tampouco traria qualquer benefício ao usuário, muito pelo contrário, criaria condições não isonômicas entre provedores entrantes no VOD oriundos da TV por assinatura vis-à-vis os atuais players, e aumentaria significativamente custos burocráticos tanto para provedores quanto para usuários.

Nossa sugestão, portanto, é que fique claro que o mesmo ambiente online (Aplicativo) possa servir para os dois propósitos acima indicados, prevendo, inclusive, a possibilidade de migração do Catch-up para o serviço de SVOD por parte do usuário, com as consequências daí decorrentes, de modo a diminuir os custos burocráticos relacionados e não interferir em estratégias comerciais legítimas dos entrantes no mercado, inclusive já praticadas atualmente.”

O tratamento operacional da *catch up TV* não foi matéria examinada pela AIR. Essa questão, de fato, deve merecer uma análise específica e mais detalhada de custo-benefício entre as várias alternativas disponíveis. Na situação atual, como observação geral, parece claro que a separação completa dos ambientes de acesso à *catch up TV* e ao VoD seria menos custosa para a fiscalização. Mas traria inconvenientes para os operadores, conforme assinalado pela GBSA. Para os usuários que assinam ambos os serviços (SVoD e TV), os benefícios seriam pequenos, vinculados especialmente à informação e controle do que ele está pagando em cada contrato. Mas os assinantes exclusivos de TV, assim como os de VoD, precisam saber o que estão assinando. Há alternativas técnicas que devem ser investigadas e que podem equilibrar essas relações de custo-benefício. Por exemplo, a definição de perfis diferentes de acesso, a separação dos programas sob VoD e sob *catch up* oriundos das grades de programação e/ou a informação destacada em cada programa sobre a forma do serviço ou o tempo de acesso disponível. Qualquer dessas alternativas pode ser realizada sob o mesmo aplicativo.

Conforme foi assinalado, Teresa Trautman e a TAP Brasil descrevem a prática de inclusão de cláusulas de licenciamento da programação de TV, com a finalidade de prestação de *catch up TV* pelas empacotadoras/distribuidoras. Isso sugere uma alteração pontual na definição desse serviço para maior clareza, indicando que essa prestação também pode ocorrer de forma indireta. Outra alteração que merece ser mencionada refere-se ao período de disponibilidade dos conteúdos. A fórmula da AIR menciona o prazo da licença como parâmetro, situação que não satisfaz todos os casos, uma vez que conteúdos próprios da programadora não têm licenciamento. Principalmente, a fórmula deixa ao critério da relação comercial muitas vezes desigual entre programadora e produtor independente a definição do que é assumido como *catch up*, permitindo a oferta de um programa por período muito extenso e até indeterminado. Por isso, é recomendável que a *catch up TV* seja definida legalmente pela ideia de um período curto de fruição, fixado pela autoridade regulatória a partir da evolução dos serviços, ao menos para fins de tributação (a prática internacional indica 30 dias, atualmente). Com essas observações, a definição de *catch-up TV* pode ser revisada nos seguintes termos:

“serviço de comunicação audiovisual não linear, prestado, direta ou indiretamente, por programadora de televisão aberta ou por assinatura, de natureza acessória à sua programação sequencial regular, sem pagamento adicional pelo usuário e restrito à oferta de conteúdos exibidos anteriormente pela programadora, para fruição em qualquer dispositivo ou ambiente tecnológico, por curto período contado da primeira exibição do programa naquela janela de comunicação pública.”

OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA UM MARCO REGULATÓRIO DO VOD E AS COMPETÊNCIAS DA ANCINE SOBRE A MATÉRIA

Nesta seção, serão expostas e comentadas as manifestações que tratam da legislação atual aplicável ao VoD. Na matéria, as atribuições da ANCINE, relativas especialmente à regulação do VoD, são o principal destaque nas contribuições recebidas. Esses assuntos embaralham-se com os temas regulatórios

propriamente ditos. As diretivas constitucionais examinadas pela AIR mereceram poucos comentários. Pode ser verificada uma concordância geral de que, hoje, a Lei não é específica sobre os temas do VoD.

A Contribuição da Abranet transcreve os objetivos da ANCINE e considera não oferecerem suporte à AIR. Além disso, avalia que a legislação atual está focalizada na proteção dos direitos autorais e sugere o mesmo foco para a ANCINE.

ABRANET: “A proteção aos direitos autorais de obras audiovisuais são o foco da legislação vigente e este também deveria ser o foco da ANCINE.

Segundo a legislação os objetivos da Ancine são:

I - promover a cultura nacional e a língua portuguesa mediante o estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional em sua área de atuação;

II - promover a integração programática, econômica e financeira de atividades governamentais relacionadas à indústria cinematográfica e videofonográfica;

III - aumentar a competitividade da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional por meio do fomento à produção, à distribuição e à exibição nos diversos segmentos de mercado;

IV - promover a auto-sustentabilidade da indústria cinematográfica nacional visando o aumento da produção e da exibição das obras cinematográficas brasileiras;

V - promover a articulação dos vários elos da cadeia produtiva da indústria cinematográfica nacional;

VI - estimular a diversificação da produção cinematográfica e videofonográfica nacional e o fortalecimento da produção independente e das produções regionais com vistas ao incremento de sua oferta e à melhoria permanente de seus padrões de qualidade;

VII - estimular a universalização do acesso às obras cinematográficas e videofonográficas, em especial as nacionais; VIII - garantir a participação diversificada de obras cinematográficas e videofonográficas estrangeiras no mercado brasileiro;

IX - garantir a participação das obras cinematográficas e videofonográficas de produção nacional em todos os segmentos do mercado interno e estimulá-la no mercado externo;

X - estimular a capacitação dos recursos humanos e o desenvolvimento tecnológico da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional;

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

Nenhum dos objetivos apresentados oferece suporte ao estudo apresentado para a consulta pública em tela.

Além do exposto vale lembrar que os serviços de telecomunicações são caracterizados pela forma de transmissão e não pelo conteúdo transmitido. Portanto, o preço dos serviços de telecomunicações e a respectiva tributação se referem exclusivamente à forma de transmissão das informações, sejam elas a própria voz ou uma obra audiovisual.

Assim, a Abranet reitera seu posicionamento de que não há necessidade de regulamentação de um serviço de telecomunicações, ou de um serviço de VOD, ou de uma cadeia de valores, ou a definição de cotas para obras audiovisuais nacionais, entre outros pontos apresentados pelo documento apresentado nesta consulta pública.”

A conclusão a que a Abranet chega, ao contrário de outras manifestações, reconhece que o provimento de conteúdos atua em faixa autônoma em relação à infraestrutura. Sua já citada percepção do VoD como evolução da locação de vídeos induz a essa visão. De qualquer forma, a associação contrapõe-se à regulação do VoD, em qualquer hipótese, seja como SVA ou como serviço autônomo.

A citação dos objetivos legais da Ancine vem no sentido apontar que a instituição não teria competência para atuação sobre a matéria proposta na AIR. Nesse sentido, vale dizer que a Ancine não só é definida como órgão de fomento, *regulação* e fiscalização do mercado audiovisual (art. 5º da MP 2.228-1), como dispõe de instrumentos expressos na sua relação de objetivos (art. 6º) e de competências (art. 7º) para ações regulatórias em diferentes segmento desse mercado. É a ANCINE que gerencia o sistema de informações que monitora todas as atividades audiovisuais *em seus diversos meios* (art. 7º, XIV); que administra o registro de obras, agentes econômicos e contratos de licenciamento de obras audiovisuais (art. 7º, XII e XIII); que procura garantir tanto a participação diversificada de obras estrangeiras (art. 6º, VIII), quanto

de produções nacionais, *em todos os segmentos do mercado interno* (art. 6, IX); que zela pela competitividade (art. 6º, III), a sustentabilidade (art. 6º, IV), a diversidade e qualidade (art. 6º, VI) da produção audiovisual nacional presente inclusive no VoD; que administra (isto é, cuida da arrecadação, tributação e fiscalização) as CONDECINES incidentes sobre as obras veiculadas pelos serviços de VoD e sobre os meios que permitem a distribuição dos conteúdos sob demanda (art. 38, II); que fiscaliza o cumprimento da legislação audiovisual *nos diversos segmentos de mercado* (art. 7º, II); entre várias outras atribuições que também envolvem o VoD. O que a Ancine reconhecidamente não pode fazer é legislar, e, uma vez que fato reconhecido por todos que os serviços de vídeo sob demanda não dispõem de uma legislação específica, a AIR busca atuar com subsídios para o desenvolvimento das matérias em diferentes sentidos da política pública.

Outro ponto relevante em relação à contribuição é a necessidade de ressaltar que proteção aos direitos autorais não se resume ao combate à pirataria. Pode envolver aspectos como a segurança e o equilíbrio nas relações contratuais entre autores, produtores e os serviços de VoD, por exemplo. Tanto as agências públicas quanto qualquer empresa, em qualquer setor econômico, devem ser pautadas pelos benefícios que efetivamente trazem à sociedade e à nacionalidade. É sob esta referência que a ANCINE deve dinamizar o desenvolvimento audiovisual no Brasil, manter equilíbrio e equidistância nos conflitos entre os diversos agentes econômicos e defender interesses dos usuários e da população.

A TAP Brasil contribui ao debate também questionando a competência regulatória da Ancine sobre o VoD. Esta ideia está presente em dois comentários da associação. O primeiro deles atribui ao parágrafo (363) da AIR algo que não está presente no seu texto e é contrário às conclusões do Capítulo IV da análise, em especial sua seção (B) “As prerrogativas legais da ANCINE”, parágrafos (108) até (138). Ademais, a transcrição do texto da AIR refere-se ao parágrafo seguinte (364), que trata de outro assunto, a necessidade de um estatuto legal para o VoD.

TAP BRASIL: “Há o reconhecimento no parágrafo 363 de que não há competência regulatória da ANCINE para atuar sobre as atividades de vídeo-sob-demanda.

O Relatório diz que: “É recomendável que o marco regulatório para o VoD seja implementado por um estatuto jurídico único que trate da variedade de temas abrangidos pelo serviço, conforme apontados nesta AIR: sua organização jurídica, incluídas as condições institucionais para a prestação dos serviços; o tratamento tributário; os assuntos relativos à oferta de conteúdos brasileiros independentes; e os temas afetos à responsabilidade editorial dos provedores e plataformas. Esse estatuto deve partir da reunião de características e da proposta de definição dos serviços, organizar instrumentos e obrigações segundo as variantes representadas pelos seus três modelos de negócio principais e incluir as atividades de valor segundo a cadeia identificada.” Portanto, Relatório reconhece que temas regulatórios sobre o VOD dependem de iniciativa do Congresso Nacional, ainda que defenda a criação de um modelo legislativo de elevada intervenção na atividade econômica, copiando o pesado modelo regulatório do Serviço de Acesso Condicionado - SeAC, que se demonstra anacrônico e desgastado.”

A ABDTIC repete o mesmo argumento com a mesma leitura do parágrafo (363) do Relatório sobre a avaliação que a AIR faz das atribuições da ANCINE.

ABDTIC: “Como é reconhecido pela Agência nos parágrafos 363 e 364 (página 133) do Relatório e com o que a ABDTIC concorda, atualmente a ANCINE não possui competência regulatória que alcance as atividades desempenhadas por todos os agentes que disponibilizam conteúdos sob demanda no país. Portanto, qualquer regulação infralegal se assim estabelecida pela Agência, independentemente da forma adotada, surgiria em desconformidade com o patamar legal e constitucional.

O âmbito de atuação da ANCINE está definido, o que for além, tal como regulação das plataformas de VOD, escapam às suas atribuições e impõem ônus estatal excessivo aos agentes econômicos.”

Recomenda-se a leitura do citado Capítulo IV da AIR para uma visão mais detalhada das atribuições da ANCINE relativas ao VoD. Um resumo delas pode ser visto no mencionado parágrafo (363) do Sumário Executivo, transcrito abaixo, de forma a dialogar com a interpretação dada pelos agentes..

“(363) Competências regulatórias da ANCINE. A ANCINE compõe a parte orgânica daqueles dispositivos [refere-se às normas constitucionais sobre comunicação social eletrônica e às Leis e outras regras especiais que dão forma àqueles preceitos]. É um dos principais instrumentos públicos para a materialização dos programas preconizados. **As competências e instrumentos estabelecidos pela MP 2.228-1 e a Lei 12.485, entre outras normas, determinam a ANCINE como autoridade regulatória para o mercado de conteúdos audiovisuais ou, dito de outra forma, para os serviços de comunicação audiovisual. No caso do VoD, as prerrogativas da Agência estão relacionadas à administração da CONDECINE-título, à responsabilidade pelo sistema de Informações com a coleta de dados sobre oferta e consumo, ao registro dos agentes e atividades, à regulação das matérias vinculadas à programação e empacotamento de TV que interferem no VoD, além da responsabilidade geral de fiscalizar o cumprimento da legislação audiovisual em todos os segmentos do mercado.**” (destaques desta análise)

Cada uma dessas prerrogativas legais é longamente analisada na AIR. Essa análise desemboca em algumas recomendações, resumidas ao final do texto, que indicam ações administrativas e regulatórias aplicáveis ao VoD dentro das atuais competências da Ancine (item 387 da AIR)

A TAP Brasil comenta quatro das cinco recomendações (exceção à última) e discorda de todas sob o argumento da ausência de delegação legislativa para a ação proposta. Em face da matéria, as menções aos indicativos 2 (b, registro), 3 (c, *catch up TV*) e 4 (d, prestação de informações) são avaliadas em conjunto com outras contribuições sobre esses temas. Sobre a primeira, a TAP Brasil manifesta-se assim:

TAP BRASIL: “No que diz às RECOMENDAÇÕES EM FACE DAS ATRIBUIÇÕES ATUAIS DA ANCINE a TAP BRASIL tem os seguintes comentários:

1 - Revisar as normativas da ANCINE aplicáveis ao VoD para atualizar definições, segundo os elementos, características, forma de classificação anotados:

A TAP BRASIL discorda dessa iniciativa uma vez que a atividade regulatória da ANCINE sobre as atividades de VOD depende de prévia e expressa delegação legislativa, que não existe neste momento.

2 - (...)”

Independentemente do tratamento legislativo dado ao VoD, a ANCINE precisa conhecer o assunto. Esse é um dos motivos da AIR publicada. Há inegáveis pontos de contato entre os demais segmentos do audiovisual e o VoD, e deste com as atribuições da ANCINE. Por exemplo, as regras de retorno dos investimentos do FSA na produção interferem diretamente no licenciamento de longas-metragens independentes para exploração por serviços sob demanda. A diferenciação clara entre cada modalidade do VoD e os demais serviços audiovisuais é importante para procedimentos relativos ao registro, ao financiamento e até mesmo à cobrança de CONDECINE. A elaboração de estudos, a montagem de indicadores, a coleta de informações e sua inscrição nos sistemas da ANCINE dependem de definições mais claras sobre cada uma das categorias relacionadas ao VoD. Tudo isto independe das opções regulatórias futuras do legislador. Os comandos legais que estabelecem as funções, competências e obrigações atuais da ANCINE nessas matérias não apenas dão suporte, como exigem que a Agência torne precisos e públicos os seus critérios. Por isso, a atualização de definições, visando delimitar os conceitos relacionados ao VoD em relação às referências usadas para outros segmentos, é importante para a gestão das obrigações da Agência.

A Synapse traz à discussão dos fundamentos jurídicos atuais do VoD a relação do serviço com a recente Lei nº 13.874, de 2019. A empresa considera haver uma exigência de flexibilização dos regramentos como vetor para o desenvolvimento da economia nacional, aumento da competitividade internacional, a atração de investimentos externos e o intercâmbio comercial.

SYNAPSE: “4 - DA APROVAÇÃO DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E SUA RELAÇÃO COM O TEMA

Em consonância com a posição defendida pela SYNAPSE nessas contribuições, está a recém aprovada Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019). Sua promulgação está diretamente relacionada com a necessidade premente de flexibilização dos regramentos sobre os modelos de negócios brasileiros para fins de desenvolvimento da economia nacional e aumento

da competitividade com as demais economias do mundo, tanto as em desenvolvimento, como aquelas consideradas desenvolvidas. O objetivo é o de também estreitar laços comerciais e atrair investimentos estrangeiros para o Brasil.

Como já descrito aqui, a oferta de conteúdos sob demanda por meio digital configura modelo disruptivo e que não pode ser analisado e compreendido preso aos padrões passados. Daí a importância de uma Lei que incita a inovação e o desenvolvimento dos negócios atrelados à tecnologia do país, como é o caso do VOD.

Os princípios adotados pela referida Lei são: (i) a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; (ii) a boa-fé do particular perante o poder público; (iii) - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e (iv) - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

A Lei traz ainda em seu texto uma “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, e aqui ressaltamos alguns deles:

“São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

I - desenvolver atividade econômica de baixo risco para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica;

(...)

III – definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda;

(...)

V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômico, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário;

VI - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos;

VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública”;

Neste sentido, a Synapse, ao considerar que a face disruptiva do VoD exige novos padrões de tratamento pelo Estado, preocupa-se com a possibilidade de abuso do poder regulatório por parte da Administração Pública, evocando a Lei nº 13.874.

SYNAPSE: “E no que concerne especificamente ao tema que estamos tratando, a Lei é clara sobre evitar o abuso do poder regulatório por parte da Administração Pública, que pode se dar de algumas maneiras, ao:

“I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;

II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;

III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado;

IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;

V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;

VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registrar ou cadastros;

VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas;

VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e

IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei”.

Portanto, fica claro que o espírito dessa Lei, tão atual e condizente com o atual momento vivido pelo país, é o de evitar a criação de qualquer tipo de regulação que possa atrapalhar o desenvolvimento das atividades econômicas.”

A Lei nº 13.874, com seus objetivos de desburocratização e simplificação das relações da iniciativa privada com o Estado, é um fator de análise jurídica importante para a disciplina regulatória de grande parte das atividades econômicas. Algumas das suas diretrizes desde há muito são observadas pela ANCINE, como as relativas às análises de impacto regulatório e à ação regulatória planejada, a observância de parâmetros de isonomia no tratamento dos agentes econômicos, a valorização da competitividade e da eficiência, a adoção da proporcionalidade e da mínima intervenção nas decisões fiscais e regulatórias, a exigência de publicidade e transparência ativa dos atos administrativos. Esses e outros pontos exigem vigilância constante interna e externa para que procedimentos labirínticos, normas autorreferentes e documentos desnecessários sejam afastados do serviço público, em benefício de um ambiente regulatório mais adequado.

Em resumo, essa Lei agrega parâmetros importantes para a atividade regulatória da ANCINE, embora obviamente não se superponha às normas constitucionais ou às Leis especiais da atividade audiovisual. Observe-se que ela não enfoca diretamente o enquadramento jurídico do VoD na legislação, nem o campo de atribuições da ANCINE nessa matéria. Trata-se de uma norma geral de direito econômico como bem destaca o §4º do seu art. 1º. Seu campo de incidência principal é a atividade normativa e regulatória infralegal das agências públicas, sem afetar a validade e eficácia das leis que disciplinam suas atribuições ou de outros estatutos, como a legislação de defesa da concorrência. Ou seja: como lei federal ordinária, a Lei nº 13.874 não revoga ou tem sua imperatividade superposta às atuais leis federais do audiovisual, nem sobre suas alterações futuras ou a modelagem de um novo marco legal do VoD, mas deve integrar-se a esse ordenamento de forma harmoniosa.

Independentemente dessas considerações, cabe o debate sobre o exato enquadramento dos diferentes serviços e atividades audiovisuais nos termos da Lei nº 13.874. Em geral, os atos de liberação de que trata a Lei constituem competência municipal ou estadual. Mas algumas exceções podem ser encontradas nas autorizações da ANATEL e nos atos da ANCINE de credenciamento e registro de canais, obras e agentes econômicos, cuja regularidade é demandada para o exercício de atividades. Em alguns desses casos, os atos estão vinculados ao lançamento tributário da CONDECINE, o que afasta a aplicabilidade da Lei (art. 1º, §3º). Mas é conveniente que os órgãos responsáveis avaliem esses procedimentos à luz dos novos dispositivos. A partir disso, a medida anteriormente sugerida no parágrafo (387), alínea (b), referente ao registro de provedores e plataformas, mesmo que não se relacione com a liberação de atividades, deve ser pontuada pelo mesmo comando de simplificação e facilidade procedimental.

A Câmara e-net também menciona a Lei nº 13.874 na sua abordagem das competências regulatórias da ANCINE. Antes disso, expõe sua visão de que as hipóteses de incidência da CONDECINE não alcançam o VoD e que, por isso, as atribuições da ANCINE relativas à administração desse tributo não estão previstas em Lei.

CÂMARA E-NET: “Antes mesmo de tratar da AIR que sugere a transposição ainda que parcial de regras do modelo SeAC para VoD, é importante afastar algumas observações do relatório quanto ao entendimento da natureza do serviço e à própria competência da Ancine para regulá-lo. Ao longo do relatório, a Ancine sugere ter prerrogativas legais para cobrar Condecine de agentes econômicos que operam VoD, bem como para obrigações acessórias relacionadas, como a realização de registros ou mesmo a requisição de informações, partindo do pressuposto de que possui competência legal para regular VoD, competência essa, a seu ver, extraída da MP nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001 e da Lei do SeAC, ambas normas anteriores à difusão das VoDs no Brasil, sob qualquer modelo.

No entanto, não se pode de forma alguma atribuir competência à Ancine para regular a atividade de VoD. Além da evidente falta de previsão de legal a tanto, outros elementos jurídicos afastam a competência da Ancine com relação ao serviço de VoD, sobretudo ao se considerar a possibilidade de abuso de poder regulatório, levando em consideração a natureza das atividades de VoD e a necessidade de a AIR ter por propósito justamente evitar a interferência indevida em mercados (particularmente, aliás, em mercados que estão sendo objeto de maior inovação tecnológica).”

Os assuntos tributários serão tratados mais detalhadamente na parte final desta análise. Importa destacar aqui, no entanto, que a AIR não se debruçou sobre questões envolvendo a legalidade do modelo atual de cobrança da Condecine sobre o segmento, limitando-se a circunscrever suas deficiências e apontar possíveis soluções. Entendemos que questões envolvendo o atual modelo de incidência da contribuição sobre o segmento devem ser tratadas nos espaços institucionais adequados, que não este Relatório.

É compreensível e merece atenção o receio dos agentes em relação a abusos regulatórios, mas tal fato não deve se confundir com a ausência de regulação como um todo. As agências reguladoras possuem inúmeras formas de controle interno e externo de suas atividades. Não apenas o Congresso Nacional e cada um dos seus parlamentares, o Tribunal de Contas, o governo eleito e os Ministérios da área, como principalmente a sociedade e os agentes regulados podem a qualquer momento questionar eventual inação ou a abusividade de qualquer ato regulatório, mesmo antes de sua vigência. Ademais, a ANCINE, ao longo de sua trajetória e, particularmente, na regulamentação da Lei nº 12.485, já demonstrou seu cuidado e moderação no exercício de seus poderes regulatórios. Os resultados, reconhecidos publicamente por agentes políticos e econômicos, indicam que a atuação da Agência foi decisiva para o crescimento vigoroso do cinema e da televisão em período não muito distante.

A menção à Lei nº 13.874, feita pela Câmara e-net, merece dois comentários. A sua manifestação foi a seguinte:

CÂMARA E-NET: “A justificativa normativa para essa interpretação deriva da promulgação da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica Lei nº13.874, de 20 de setembro de 2019, que estabeleceu a concepção de atividades de baixo risco, cujo desenvolvimento, segundo o entendimento do Art. 3º, é direito de toda pessoa natural ou jurídica. De acordo com o §1º, inciso I, do art. 3º desse diploma: “[a]to do Poder Executivo federal disporá sobre a classificação de atividades de baixo risco a ser observada na ausência de legislação estadual, distrital ou municipal específica”. Tal definição ficou a cargo do Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM) (§1º, inciso I). Nesse sentido, o CGSIM editou a Resolução n.º 51/2019, que lista dentre as atividades de baixo risco, os “[p]ortais, provedores de conteúdo e outros serviços de informação na internet” (Código CNAE:6319400).

De acordo com o art. 2º, I, da Resolução CGSIM n.º 51/2019, a classificação de uma atividade como “baixo risco” tem por “efeito específico e exclusivo [...] dispensar a necessidade de todos os atos públicos de liberação da atividade econômica para plena e contínua operação e funcionamento do estabelecimento”. Assim, devido ao enquadramento da oferta de conteúdo na Internet como uma atividade de baixo risco, a atuação regulamentar da ANCINE no sentido de restringir o livre exercício da atividade econômica com relação a esse mercado mostra-se não apenas inoportuna, mas juridicamente inadequada e, portanto, ilegal, afastando, de pleno direito, o pressuposto de que a Ancine possui competência para instituir a cobrança de CONDECINE ou obrigações acessórias, a exemplo do pedido de dados, registros ou relatórios.”

A norma geral orientadora para a classificação das atividades de baixo risco já foi publicada. Trata-se do Decreto 10.178, de 18 de dezembro de 2019, que traz critérios normativos para os órgãos públicos responsáveis. Não se trata de uma lista de classificação de atividades, mas de regras para esta classificação, que será feita por ato normativo de cada órgão. Desse ato também se exige a definição dos prazos máximos para resposta e para liberação do exercício das atividades. A Resolução do CGSIM, mencionada pela Câmara e-net, supre em caráter temporário a primeira parte dessa exigência do regulamento, sem tratar dos prazos.^[8] Por conta da redação desses dispositivos, recomenda-se que a ANCINE analise mais detidamente a implicação do assunto sobre os procedimentos sob sua competência, a fim de editar o ato normativo exigido pelo Decreto. Sobre a última observação da Câmara e-net no texto transcrito, frise-se

novamente que a Lei nº 13.874 não alcança o direito tributário e, portanto, a administração da CONDECINE.

A ABDTIC aborda as atribuições da ANCINE frente ao Marco Civil da Internet, alertando para a ausência de atribuições regulatórias da ANCINE nesta área.

ABDTIC: “O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14) não atribuiu à Agência a tarefa de tutelar ou garantir a neutralidade de rede com relação às atividades do audiovisual de vídeo sob demanda, notadamente na internet, independentemente da relevância e repercussão do princípio da neutralidade na transmissão, comutação ou roteamento de conteúdo audiovisual. A referida lei, no artigo 9º, §1º, prevê expressamente que a questão da neutralidade de rede, sem distinção de segmentos de mercado e somente para casos de necessária degradação de tráfego estão sujeitas à competência regulatória do Presidente da República, ouvidos o CGI - Comitê Gestor da Internet e a ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações, a ANCINE não é mencionada. Nesse passo, seria preciso previsão legal atribuindo à ANCINE competência para “fixar metas, estratégias, planos e cronogramas, referentes ao uso e desenvolvimento da internet no País” atinentes à neutralidade de rede quanto ao tráfego de conteúdos audiovisuais.”

Não há o que opor à abordagem da ABDTIC em relação à gestão regulatória da neutralidade da rede. Conforme discorre a AIR, a neutralidade compõe o campo de atuação da ANCINE porque afeta diretamente o mercado audiovisual. Mas essa atuação não envolve atribuições normativas, desempenhadas por outros agentes. O modo como a Agência pode atuar nessas questões relativas à comunicação audiovisual na internet envolve iniciativas de outra ordem; primeiro, as políticas de fomento à produção e circulação de conteúdos nacionais na rede e, segundo, a elaboração de estudos, reunião de dados e outras iniciativas semelhantes que auxiliem os agentes públicos e privados no seu planejamento. De fato, a lembrança da ABDTIC é uma oportunidade para esclarecer e reafirmar uma observação da AIR sobre este assunto. Ao citar o artigo 28 do MCI,^[9] referente à obrigação estatal de fazer estudos e pesquisas, o Relatório sugere a ANCINE como o *locus* mais habilitado, no Estado brasileiro, “para cumprir essa determinação legal quanto ao acompanhamento dos conteúdos audiovisuais.” Conforme diz o texto, a referência a essa competência da ANCINE restringe-se aos estudos sobre o mercado de conteúdos, particularmente aos dados e informações relativos aos serviços audiovisuais, não alcançando a fixação de metas, estratégias, planos e cronogramas não atinentes a esse mercado, “especialmente os temas referentes à organização da infraestrutura e ao acesso.”

A MPA-AL avalia as competências da ANCINE e, por ausência de designação explícita do VoD entre elas, conclui pela inexistência de qualquer atribuição regulatória da Agência sobre o VoD. Sobre essa posição geral, discute algumas indicações do Relatório de AIR sobre o assunto, tratadas pontualmente a seguir.

MPA-AL: “II.3.3 — Da Competência Legal da ANCINE em face do princípio da legalidade.

Embora a ANCINE reconheça no Estudo a ausência de lei que crie regulação para o segmento de VoD no Brasil e que designe explicitamente a ANCINE como agência reguladora competente para regulamentação e fiscalização dessa futura regulação, se houver, chama a atenção o fato de a ANCINE utilizar determinados artigos da MP. 2.228-1/01 e da Lei. 12.485/11 para sustentar que, de certa forma, ela já teria “alguma” competência para exigir dos agentes econômicos desse setor o cumprimento de obrigações.”

São exemplos disso os seguintes comentários feitos no Estudo:

Sobre o art. 2º, XIV do SeAC (definição de “modalidade avulsa de conteúdo programado ou modalidade de vídeo por demanda programado”, ou seja, canais lineares *pay per view*), o Estudo aduz que “a despeito da nomenclatura usada, esta regra específica não trata da inclusão do VoD entre os serviços abrangidos pela Lei... **No entanto, essa menção permite ponderar sobre a extensão das prerrogativas regulatórias da Agência, matéria dessa avaliação**” (parágrafos 110 e 111). **Comentário:** esse tipo de ponderação não tem respaldo jurídico algum e consiste em argumento retórico do Estudo, cujo único efeito possível é o de causar insegurança para o ambiente jurídico, institucional e negocial do VoD no Brasil sem, com isso, trazer qualquer acréscimo às competências existentes da ANCINE.”

De pronto, é preciso ressaltar que a matéria citada não trata de VoD, mas de *catch up TV*. A AIR deixa essas relações mais claras, em especial na seção referente à *catch up TV* e no parágrafo (111):

“(111) No entanto, essa menção permite ponderar sobre a extensão das prerrogativas regulatórias da Agência, matéria dessa avaliação. O modelo de negócio de canal *pay-per-view* era praticamente a única fórmula de contratação especial de conteúdos por mídia eletrônica até o fim da década passada, e hoje tem relevância limitada ao comércio de conteúdos ao vivo, especialmente espetáculos esportivos e musicais. Desde a edição da Lei, a programação da TV por assinatura sofreu alterações substanciais trazidas pelas possibilidades da transmissão e visionamento em múltiplos dispositivos e pela concorrência do vídeo sob demanda. O serviço de *catch-up TV*, hoje bastante difundido como uma prestação acessória ao canal linear, tornou-se padrão para as programadoras e empacotadoras brasileiras, uma forma de manter a fidelidade do espectador e enfrentar a ameaça do *cord-cutting*, a opção de muitos usuários pelo abandono da TV por assinatura em prol dos novos serviços audiovisuais na internet. Esse serviço, pelo vínculo necessário que possui com a contratação do pacote e/ou do canal, faz parte da responsabilidade editorial da programadora com as consequências jurídicas decorrentes.^[10] Ou seja: a autoridade regulatória da ANCINE sobre a TV por assinatura estende-se à *catch-up TV*, um modelo de vídeo não-linear que tangencia o segmento de VoD.”

A MPA-AL prossegue na sua avaliação quanto às competências da ANCINE, tratando da prerrogativa de requisitar relatórios periódicos sobre a oferta e consumo de obras audiovisuais

MPA-AL:

- O art. 18 da MP. 2.228-1/01 cria para “as empresas distribuidoras, as programadoras de obras audiovisuais para o segmento de mercado de serviços de comunicação eletrônica de massas por assinatura, as **programadoras** de obras audiovisuais **para outros mercados...** assim como as locadoras de vídeo doméstico as empresas de exibição” a obrigação de “fornecer relatórios periódicos sobre a oferta e o consumo de obras audiovisuais e as receitas auferidas pela exploração delas no período, conforme normas expedidas pela Ancine.” O Estudo, ao arripio da lei, propõe que o art. 18 “institui a ANCINE como autoridade competente para regulamentar a entrega de relatórios periódicos das atividades comerciais dos provedores de VoD... dados de desempenho comercial dos serviços... informações relativas à oferta dos conteúdos audiovisuais... a composição do catálogo e a exposição das obras... Ressalte-se que essa competência da ANCINE não pode ser julgada ofensiva à autonomia privada.” (parágrafos 123 e 124)
- **Comentário:** considerando que o art. 18 da MP destina-se taxativa e nominalmente a determinados agentes do mercado audiovisual, entre os quais “programadoras” que atuem em “outros mercados”, considerando a existência na MP de definição para programadora (art. 1º, XIII), consistente na oferta de conteúdos lineares, “na forma de canais ou programações isoladas”, considerando que os princípios gerais (art. 2º, III da MP) e competências legais (art. 7º, XVIII da MP) da ANCINE referem-se à programação e à distribuição linear de conteúdos em tv por assinatura, sem qualquer menção à transmissão não-linear ou sob demanda; considerando que a Lei nº 12.485/11 define o que seja “programação” (art. 2º, XX) em função de “canais de programação, modalidade avulsa de programação e conteúdo programado” e que tal modalidade **avulsa** é definida como linear (art. 2º, XIV e XV) e; considerando a fragilidade jurídica resultante da iniciativa da ANCINE de, por ato infralegal, subsumir o VoD à definição de para fins exclusivamente tributários (o que já foi objeto de comentários da **MPA-AL** na seção sobre tributação da CONDECINE Título em VoD), **resta evidente a falta de embasamento jurídico do Estudo para tentar estender a competência do art. 18 a provedores de serviços de VoD.**

Para além de falta de embasamento legal, a MPA-AL respeitosamente entende que a interpretação *extensiva* do art. 18 da MP pretendida pela ANCINE jamais surtiria efeitos jurídicos (como aqueles equivocadamente aventados no parágrafo 179 do Estudo), seria e poderia ser declarada nula a qualquer tempo por meio de sentença judicial e apenas estenderia mais um elemento de insegurança jurídica ao ambiente institucional e de negócios do VoD, **afetando** seu desenvolvimento. É necessária a aprovação de um marco legal, devidamente aprovado no Congresso Nacional, que fixe as eventuais competências da ANCINE em relação a agentes econômicos prestadores de serviços de VoD.

Convém recordar que a função das Agências Reguladoras tem origem no processo de *deslegalização*, por meio do qual o Congresso Nacional transfere, por meio de Lei, a disciplina de certas atividades a um órgão regulador. A ANCINE cumpre regulamentar as obrigações que lhe

foram explicitamente outorgadas por Lei: é incontestável que as Agências Reguladoras estão adstritas ao **princípio da legalidade** e devem, em última instância, criar normas técnicas dentro dos parâmetros legais.

Estender uma obrigação legal taxativamente destinada a determinados agentes econômicos a outros agentes implicaria violar esse princípio. **Toda competência pretendida pela ANCINE em relação aos serviços de VoD deve estar explicitamente prevista em Lei** e ser exercida nos termos dessa lei, sob pena de ser considerada nula e de afetar a segurança jurídica e negocial necessária à continuidade do desenvolvimento desse segmento no Brasil.”

Cabe dizer que o citado art. 18 da MP. 2.228-1/01 atingia apenas a exibição cinematográfica até sua redação ser modificada pela Lei 11.437, de 2006, cinco anos antes da definição das competências legais da ANCINE sobre a TV por assinatura, ampliando então sua aplicação a outros agentes econômicos do mercado. A contribuição da MPA-AL remete à definição de *programadora* constante da mesma MP para afastar o alcance do art. 18 sobre o VoD, a saber:

“Art. 1º (...)

XIII – programadora: **empresa que oferece, desenvolve ou produz conteúdo**, na forma de canais ou de **programações isoladas, destinado** às empresas de serviços de comunicação eletrônica de massa por assinatura ou de **quaisquer outros serviços de comunicação, que transmitam sinais eletrônicos de som e imagem que sejam transmitidos por satélite ou por qualquer outro meio de transmissão ou veiculação.**”

A questão que se coloca então é se provedores de VoD não se enquadrariam como agentes que *oferecem conteúdo audiovisual destinado à transmissão ou veiculação por comunicação eletrônica*. Certamente, o texto procura destacar as programadoras de TV por assinatura, mas não há motivos para excluir ou distinguir os serviços não lineares (ou os lineares), inexistentes naquele momento: trata-se de um conceito amplo a definir uma atividade distinta da produção e da distribuição e que envolve qualquer oferta de conteúdos por quaisquer meios eletrônicos.

A contribuição da MPA-AL busca circunscrever a ideia de programadora aos canais lineares de televisão. No entanto, é preciso lembrar que art. 18 acrescenta *programadoras de outros mercados*, depois de mencionar expressamente a obrigação das programadoras de TV por assinatura.

O parágrafo (179) da AIR, citado pela MPA-AL, trata do embaraço à fiscalização. Atualmente, não há regulamento da ANCINE que discipline a prestação de informações do VoD exigida pelo art. 18. Por isso, o Relatório recomenda, no parágrafo (388) (d), a inclusão do assunto na agenda regulatória da ANCINE. Neste momento, o não atendimento da requisição de informações e documentos por parte de um provedor só constituirá embaraço à fiscalização se o obstáculo estiver relacionado a obrigações tributárias ou ao cumprimento de outras determinações da legislação audiovisual aplicáveis aos serviços. Em relação ao art. 18, o instituto só será aplicável se anteriormente houver uma norma sobre o assunto (ainda que seja uma norma *ad hoc*), expedida pela Diretoria Colegiada.

Em sua manifestação, a SES, operadora de satélites de telecomunicações, trata lateralmente das competências atuais da ANCINE ao analisar o modelo regulatório para o vídeo sob demanda. Preocupa a companhia internacional a extensão indiscriminada de medidas regulatórias sobre os fornecedores de soluções tecnológicas. E destaca, corretamente, que o audiovisual e o setor econômico que propicia os meios de transmissão constituem mercados diferentes, cuja relação não justifica a extensão de competências regulatórias da ANCINE sobre o segundo.

SES: “Com efeito, na proposta desenhada pela r. ANCINE, advoga-se a existência de diversas camadas no segmento de mercado do VoD, dentre os quais uma “camada intermediária”, da qual participariam *players* ofertantes de “serviços de agregação”. Neste conjunto estariam incluídos, *inter alia*, distribuidores de cinema e vídeo, agregadores, *multi-channel networks* e provedores de VoD, executores de atividades de distribuição de licenças originárias de produção junto a provedores e plataformas, de adaptação, encodagem, gerenciamento de metadados, controle de qualidade de arquivos, subtítuloagem ou de formação de audiência. Não é necessário muito para se constatar que tal “camada intermediária” alcança uma série de *players* que não pertencem à

indústria audiovisual e que com ela se relacionam apenas de maneira ancilar, não sendo, portanto, de se cogitar sujeição a um marco normativo voltado ao setor audiovisual.

Como se sabe, nos termos da legislação que dá lastro à atuação da Agência, a ANCINE possui competência para regulação e fiscalização **das indústrias cinematográfica e videofonográfica** (artigo 5º da MP nº 2.228-1/01), que não abrangem, dentre outros, os agentes fornecedores de soluções tecnológicas, eis que, consoante tal dispositivo, a intervenção estatal oferecida por meio desta Agência não visa promover o setor que esses agentes atuam, mas tão somente o de audiovisual.

O simples fato de determinadas atividades proporcionarem meio eficaz para viabilizar a transmissão de conteúdo audiovisual ou de focalizarem a criação de uma alternativa de valorização dos direitos audiovisuais não cria, por si, só um liame entre essas atividades e o setor do audiovisual apto a justificar a extensão de competências regulatórias da ANCINE e a limitação da liberdade de iniciativa.

A suposta “camada intermediária” que, no entender da ANCINE, deveria ser objeto de disciplina pelo marco normativo de VoD, é composta por incontáveis serviços, viabilizados na mesma rapidez do advento de novas tecnologias. E nesse sentido, não se deve jamais perder de vista que, na forma estabelecida na recém publicada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei nº 13.784/2019), não deve o **Estado regulador agir de maneira a impedir ou retardar “a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco”** (cf. artigo 4º, IV).

É, portanto, diante do exposto, no que diz respeito especificamente ao Capítulo I do “Relatório de Análise de Impacto Regulatório” submetido à presente Consulta Pública, que a SES sugere à r. ANCINE, no contexto da Consulta Pública em questão, que, de maneira cautelosa e de maneira a evitar abusos de poder regulatório, atue para restringir as atividades integrantes à cadeia de valor do serviço de VoD, de maneira que qualquer proposta normativa que venha a resultar da AIR tenha por enfoque específico apenas o setor audiovisual.”

Cabe esclarecer, por primeiro, que o desenho da cadeia de valor do VoD, embora auxilie na compreensão dos macroprocessos desenvolvidos pelos serviços e, por isso, na modelagem regulatória, não implica nenhuma definição mais precisa do que deve ou não ser regulado pela ANCINE. Dessa forma, não está na restrição das atividades da cadeia de valor do VoD o modo de atender à correta preocupação da SES em evitar abusos regulatórios. Trata-se de uma ferramenta que ajuda a visualizar as forças, fraquezas e nuances do VoD no Brasil, por agentes públicos e privados que cuidem das estratégias de desenvolvimento econômico. Por exemplo: a atividade de agregação, com suas múltiplas empresas e variadas formas de atuação, carece de maior vitalidade e dinamismo no Brasil, se comparada a outros países, o que tende a produzir efeitos prejudiciais sobre os resultados econômicos das produções, a construção de marcas nacionais e a composição dos catálogos. Sua visualização mais clara pode demandar políticas específicas de estímulo e crédito, realizadas por agentes públicos e privados diversos, que não necessariamente precisam envolver medidas regulatórias.

O âmbito de atuação da ANCINE, conforme ressaltado pela SES, não alcança a regulação dos meios de distribuição dos conteúdos, as redes de infraestrutura de internet, mas focaliza o mercado de direitos sobre esses produtos audiovisuais. Ou seja: mira as atividades voltadas para a produção de valor, vinculadas a conteúdos audiovisuais em específico. É um campo que pode envolver a infraestrutura para *produção* audiovisual, por exemplo, ou tecnologias para ampliação de audiência na internet. Isso significa que os *fornecedores de soluções tecnológicas* podem compor esse campo de atuação, mas apenas se tais tecnologias destinarem-se às atividades dessa camada de conteúdos. Mesmo assim, são raras as situações que justificam intervenção regulatória nesse tipo de atividade.

AS BASES E PRINCÍPIOS PARA UM MODELO REGULATÓRIO DO VOD

Esta seção examina as observações recebidas sobre o desenho de um marco regulatório para o VoD, ainda nos seus aspectos principiológicos e fundamentais. Muitas dessas referências estão anotadas em diversas

manifestações já transcritas e analisadas, ou podem ser deduzidas das análises gerais feitas ao longo de cada contribuição. As que seguem enfocam mais diretamente o ambiente que cada agente preconiza para o serviço. Recuperando preocupações e manifestações já avaliadas, o primeiro tema refere-se à uniformidade, simetria ou harmonia entre os fundamentos da legislação audiovisual atual e o marco legal do VoD. As contribuições das entidades representativas dos produtores e cineastas (APACI e APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV) começam por reivindicar isonomia principiológica entre os serviços lineares e não-lineares sob os princípios da comunicação de acesso condicionado, das normas de defesa da ordem econômica e dos direitos do consumidor.

APACI e APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV: “É importante destacar que, apesar da Lei 12.485/2011 necessitar de ajustes para absorver novos modelos de negócio emergentes face ao rápido avanço tecnológico, um conjunto significativo de princípios e dispositivos legais, por ela instituídos, permanecem fundamentais para o desenvolvimento do setor de TV por assinatura, do VoD, e para a manutenção do crescimento da indústria audiovisual do Brasil.

Por esta razão, é preciso preservar também para o VOD os princípios fundamentais que regem a política pública, incluindo:

- a obrigatoriedade das atividades de produção, programação, empacotamento e distribuição serem prestadas por empresas com sede e administração do Brasil, mantendo para esta atividade toda a legislação brasileira, incluindo, entre outros:

- a. Código Civil;
 - b. Código de Defesa do Consumidor;
 - c. Obrigações tributárias municipais, estaduais e federais;
 - d. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência;
 - e. Marco Civil da Internet;
 - f. Lei Geral de Telecomunicações;
 - g. Normativas de órgãos regulatórios brasileiros, como a ANATEL, a ANCINE e o CADE assim como da Justiça Brasileira em quaisquer de suas instâncias.
 - h. Normativas de órgãos regulatórios brasileiros, como a ANATEL, a ANCINE e o CADE assim como da Justiça Brasileira em quaisquer de suas instâncias.
- obrigações de veiculação de conteúdo brasileiro e brasileiro independente.

(...)

3. Isonomia dos princípios da comunicação de acesso condicionado, das normas de defesa da ordem econômica e dos direitos do consumidor aos serviços lineares e não lineares

Construída a partir da colaboração de representantes de todas as atividades que compõe o setor, incluindo operadores dos vários serviços de TV por assinatura, programadores estrangeiros e brasileiros, produtores independentes, empresas de telefonia móvel, assim como representantes de instâncias do poder público, a Lei 12.485/2011 constitui um marco regulatório moderno e convergente. Sua promulgação eliminou barreiras regulatórias que limitavam o crescimento do setor, e estabeleceu mecanismos que permitiram que as receitas criadas com esta expansão estimulassem o desenvolvimento de empresas brasileiras, anteriormente excluídas deste mercado.

Os princípios e obrigações fixados no marco legal do Serviço de Acesso Condicionado se converteram em pilares estruturais do ambiente regulatório da TV por Assinatura, sendo diretamente responsáveis pela criação das condições que permitiram sua rápida expansão nos anos que se seguiram.

No intuito de garantir a isonomia de tratamento legal e regulatório tanto aos serviços de comunicação audiovisual lineares (SeAC) quanto aos não lineares (VoD), é fundamental que os princípios da comunicação audiovisual de acesso condicionado, assim como as disposições que tratam da defesa da ordem econômica e dos direitos do consumidor, definidos na lei 12.485/2011, sejam aplicados também aos serviços de VoD.”

Princípios são aqui entendidos como normas que estruturam uma disciplina jurídica e orientam a produção de outras normas. Neste sentido, as duas obrigações (empresas com sede e administração no Brasil e veiculação de conteúdo brasileiro e independente) são, mais apropriadamente, regras decorrentes dos

princípios assumidos pela Lei nº 12.485. A primeira (art. 9º) é consequência direta da necessidade da própria Lei defender sua efetividade, permitindo que o cumprimento de seus preceitos regulatórios e fiscais seja alcançado pelo Estado. A veiculação obrigatória de conteúdos brasileiros e independentes decorre diretamente de um conjunto de princípios expressos no artigo 3º da Lei (abaixo, em negrito) que reproduzem matéria constitucional (art. 221 e 222, §3º).

“Art. 3º A comunicação audiovisual de acesso condicionado, em todas as suas atividades, será guiada pelos seguintes princípios:

I - liberdade de expressão e de acesso à informação;

II - promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação;

III - promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira;

IV - estímulo à produção independente e regional;

V - estímulo ao desenvolvimento social e econômico do País;

VI - liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública e defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio nas atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado.

Parágrafo único. Adicionam-se aos princípios previstos nos incisos deste artigo aqueles estabelecidos na **Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais**, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 485, de 20 de dezembro de 2006.

Observe-se que esta distinção entre princípios e regras comuns não é aleatória para a modelagem dos institutos regulatórios. A se assumir dispositivos mencionados pelas entidades como princípios válidos para toda comunicação audiovisual, seria indesejável e virtualmente impossível aplicar a obrigação de sede e administração no Brasil, de forma generalizada, a todos os inumeráveis negócios audiovisuais e agentes atuantes no ambiente da internet. O problema da efetividade da norma nacional deve ter outras soluções nesse caso.

A mesma lógica percorre a necessidade, cobrada pela Lei e a Constituição, de que os serviços sirvam ao desenvolvimento brasileiro por meio da inserção da produção independente e regional no espaço econômico audiovisual. Veiculação obrigatória por meio de cotas não é a única medida possível na persecução desses princípios. Como destaca a AIR, em algumas situações pode ser contraproducente adotá-la, como é o caso, por exemplo, dos catálogos de TVoD que remuneram as obras por *revenue share*. Para esses serviços, tendem a surtir efeitos mais positivos as regras de proeminência, a regulagem da cronologia das mídias e medidas de incentivo sobre a atividade de agregação (formação de audiência, publicidade, promoção e formação de marcas etc.). Ou seja: ao distinguir princípios dos institutos regulatórios que deles derivam e ao encarar com mais clareza os problemas e objetivos que balizam a ação regulatória ou executiva, fica mais fácil avaliar seus impactos, estabelecer metas e mensurar resultados.

A contribuição da SES a esse debate de fundamentos destaca a relação entre tecnologia e serviços audiovisuais. A empresa preconiza, como ponto principal, uma convivência harmoniosa da tecnologia com o tratamento normativo do VoD, recomendando para isso que o novo marco legal tenha um caráter geral e principiológico, à semelhança do Marco Civil da Internet. A SES defende que os princípios daquele estatuto legal sejam observados também nesse caso, agregados às diretrizes atuais sobre a liberdade econômica.

SES: “Inicialmente, a SES expressa sua concordância com o diagnóstico de que os serviços de VoD encontram-se em ampla expansão no Brasil, representando o futuro da distribuição e difusão de conteúdo audiovisual. E justamente por se tratar de um novo paradigma relacionado à exploração de obras audiovisuais, em que usuário, a partir de serviços de telecomunicações colocados à sua disposição, exerce escolhas com relação ao conteúdo a ser fruído, a SES entende que o enquadramento normativo da questão deve ser dar a partir de legislação em sentido estrito, a ser amplamente discutida no Congresso Nacional, com participação da sociedade.

Nessa linha, por se tratar de um segmento de mercado que se viabiliza a partir de novas tecnologias e de modelos de negócios ainda em consolidação, é essencial que um marco normativo para o VoD tenha um caráter geral e principiológico, na mesma linha adotada, por exemplo, com relação ao

Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014), de maneira a evitar restrições e entraves às liberdades no âmbito da Internet, em especial a livre iniciativa.

A SES considera que o tratamento normativo do VoD deve se preocupar, acima de tudo, em permitir convivência harmoniosa do direito e da tecnologia, e a observância dos princípios já existentes com relação à Internet e ao livre exercício de atividades econômicas, em especial as de baixo risco. Tal disciplina deve ser breve e absolutamente pontual, tecnologicamente neutra, de forma a não afetar os modelos de negócios existentes ou vindouros ou criar ônus adicionais desproporcionais para os envolvidos, buscando integrar os diplomas já existentes e manter clareza e objetividade em relação ao que é necessário regulamentar.

Com esse espírito, a SES registra sua preocupação com a abrangência normativa proposta por esta r. ANCINE em sua na minuta AIR ora em Consulta Pública, buscando estender obrigações *ex-ante* ao longo de toda cadeia de valor do serviço de VoD.”

Essa última preocupação da SES sobre a cadeia de valor já foi analisada em parágrafos anteriores, mas são relevantes são os parâmetros gerais destacados pelo agente. Em resumo, a posição da empresa sugere para o VoD uma disciplina de caráter geral e principiológico, integradora dos dois diplomas referidos (MCI e Lei nº 13.874), breve, pontual, tecnologicamente neutra e clara e objetiva em seus dispositivos regulatórios. Todos esses elementos constituem boas referências formais para a modelagem do marco legal do VoD. É desejável que o marco legal, assim como os regulamentos correspondentes, contenha normas claras e precisas, que definam limites e possibilidades dos instrumentos regulatórios sem hipertrofiar o texto legal. A integração ao ordenamento jurídico, também defendida pela SES, é uma das formas dessa proteção. Essa integração, frise-se, deve ir muito além das duas leis mencionadas pela SES e envolver também, no âmbito infraconstitucional, as demais normas de comunicação audiovisual.

É recomendável, também, que os objetivos previstos para o serviço e os princípios que regem sua organização e ambiente regulatório estejam mais bem definidos, de forma a valorizar sua eficácia e preponderância sobre as demais regras. Neste sentido, a neutralidade tecnológica, trazida novamente ao debate, é um dos princípios que merecem um tratamento especial da legislação. Entre as propostas gerais listadas pela SES, é este o ponto que se destaca por ir além dos aspectos formais. O *princípio da neutralidade tecnológica* pode ser entendido em dois sentidos não conflitantes. O primeiro determina um tratamento isonômico entre os serviços audiovisuais, independentemente do ambiente tecnológico que lhes dá suporte. O segundo envolve o cuidado para que a legislação não escolha ou fique engessada em torno de soluções tecnológicas que ainda podem sofrer mutações importantes. Sob estes dois aspectos, a neutralidade tecnológica põe em evidência a autonomia dos serviços audiovisuais em relação à infraestrutura e, desta forma, merece ser incluída entre as mais importantes diretrizes jurídicas da comunicação audiovisual.

Em diversas passagens já comentadas de sua contribuição, a Telefonica manifestou seu posicionamento contrário a qualquer regulação do VoD. Considera desnecessária a imposição de qualquer ônus regulatório aos serviços, preceituando que o mercado tem condições de se autorregular e que a concorrência e a maturação do mercado por si criarão um ambiente de estímulo a serviços com níveis adequados de qualidade e preço. Nos parágrafos transcritos abaixo, essa posição é exposta mais uma vez, mas agrega referências adicionais que permitem destacar alguns elementos e condições importantes para o ambiente regulatório pretendido.

TELEFONICA: “I. Considerações iniciais: da ausência de pertinência de regulação de serviços de VoD

Inicialmente, cumpre destacar que, em que pese o fato de a TELEFONICA se manifestar no âmbito da presente Consulta Pública em temas afetos à regulação do mercado audiovisual brasileiro, seu posicionamento originário se reflete na **desnecessidade da imposição de qualquer ônus regulatório ao setor**.

Tal posicionamento é reflexo do atual estágio de desenvolvimento do setor audiovisual, notadamente aquele provido por meio da Internet — VoD. O mercado de VoD tem assistido ao surgimento de diversas novas plataformas de *streaming*, que têm como estratégia a atração e retenção do público consumidor por meio da produção de conteúdo próprio. A aparente consolidação do mercado em

torno de um único *player* dominante não se provou verdadeira e tem sido fortemente desafiada pelo atual movimento de descentralização da produção e da disponibilização do conteúdo audiovisual, que, por sua vez, seguirá cada vez mais em linha com nichos e demandas específicas do mercado consumidor.

A concorrência e o alcance de níveis mais avançados de maturidade do mercado de VoD terá como beneficiários os próprios consumidores, criando um ambiente de estímulo à prestação de serviços de qualidade e a preços justos. Ademais, a demanda por conteúdos específicos certamente não será ignorada em um cenário de disputa dos *players* pelo mercado consumidor. Se há demanda, certamente haverá oferta.

A TELEFONICA tem plena confiança de que qualquer regulação do mercado de VoD em seu atual estágio de desenvolvimento será fatal: o enorme potencial do mercado brasileiro, por si, não será suficiente para atrair investimentos estrangeiros e toda a cadeia produtiva sofrerá as consequências de uma regulação excessiva e prematura. Some-se a isso os potenciais danos aos consumidores, que deixarão de ter acesso a conteúdos audiovisuais de seu interesse.

Nesse sentido, cabe destacar trecho de relatório conduzido pela *International Telecommunication Union* (“ITU”), agência ligada à Organização das Nações Unidas (“ONU”) especializada em tecnologias de informação e comunicação, em que se ressalta a importância de as nações evitarem regular serviços OTT, dentre eles VoD, de maneira excessiva, diante dos riscos que essa prática pode representar para o desenvolvimento da tecnologia e, a longo prazo, da própria economia dos países regulados:

(...) é importante que os legisladores sejam cautelosos e evitem criar obstáculos desnecessários no caminho do desenvolvimento dos serviços online e de OTT. Isso quer dizer que os efeitos econômicos dinâmicos (ou seja, os benefícios ao longo do tempo decorrentes do investimento em criação e uso de ferramentas online e serviços OTT) devem ser amplamente considerados. Políticas concorrenciais tendem a dar mais ênfase no impacto estático [de novas tecnologias] porque ele é mais fácil de avaliar. (tradução livre, destaques acrescidos)”

Primeiramente, destaca-se que a citada recomendação de cautela regulatória feita pelo estudo da UIT não se confunde com uma recomendação de ausência de regulação. O tom adotado pela UIT não indica que uma postura totalmente absenteísta de parte do Estado possa conduzir a um desenvolvimento dinâmico do mercado, com qualidade e preços satisfatórios. Em atenção à recomendação da UIT de um enfoque dinâmico dos processos econômicos, esse efeito potencial também deve compor a análise e ser considerado no planejamento da regulação.

Em segundo lugar, é interessante trazer algumas considerações sobre o ambiente regulatório a que se submete o VoD em outros países. É sabido que, em 2018, o Parlamento Europeu aprovou nova normativa audiovisual, que deverá ser incorporada às legislações nacionais até o final deste ano.^[11] A revisão da Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual, debatida longamente, estende ao VoD e às plataformas de compartilhamento de vídeos as disposições regulatórias dessa legislação e estabelece regras em vários campos dessas atividades: publicidade e marketing comercial, proteção à infância, proteção contra conteúdos nocivos e discurso do ódio, inserção das obras audiovisuais europeias nos catálogos, investimento dos provedores em produção europeia etc.^[12] Entre outras finalidades, a regulação proposta preocupa-se explicitamente com a isonomia na concorrência entre VoD e TV. Todas essas matérias e motivos, sem nenhuma exceção, foram tratados pela AIR sob a ótica das condições e experiências brasileiras.

O debate europeu sobre esses temas destaca o desafio regulatório representado pela hipótese de extraterritorialidade dos serviços. De fato, esse desafio é bem maior na Europa do que no Brasil, porque o livre trânsito de serviços e produtos entre os países daquele continente nem sempre é acompanhado da necessária integração jurídica e econômica. A Diretiva de 2018, em processo de internalização nos países da Comunidade, visa à solução desse problema e, nesse caminho, indica que há formas bastante harmoniosas de se integrar o VoD nos serviços nacionais, sem comprometer as atividades tradicionais, nem descontinuar políticas regulatórias e executivas que sustentam o desenvolvimento de outros segmentos.^[13]

A contribuição da Telefonica menciona ainda:

TELEFONICA: “Além de afastar investimentos e criar barreiras para que os *players* estrangeiros tenham presença no Brasil, o modelo regulatório proposto pela ANCINE desequilibra a concorrência entre prestadores de serviços nacionais e internacionais de VoD, fomentando um ambiente muito mais propício ao desenvolvimento das empresas estrangeiras e desestimulando o desenvolvimento das empresas e serviços nacionais de VoD. Com efeito, para alcançar o mercado brasileiro, bastaria que as empresas estrangeiras disponibilizassem meios de pagamento internacionais aos consumidores para a contratação de seus serviços.

O mercado de VoD tem plena capacidade de se autorregular. Sua origem remonta à liberdade de modelos de negócio característica da própria Internet, a qual tem historicamente estimulado a concorrência e proporcionando aos consumidores a fruição de serviços cada vez mais adequados a seus interesses e necessidades.”

Com mais de 37% da população latino-americana, o Brasil é o principal mercado potencial da região. Esse fti deve contextualizar, portanto, afirmativas no sentido de que eventuais preceitos regulatórios relacionados com a composição dos catálogos, a tributação ou exigências burocráticas relacionadas com o exercício ou monitoramento das atividades econômicas possam afastar empresas ou projetos comerciais em VoD. Guardadas as devidas proporções, se tal lógica de efeito consequência fosse tão clara, o VoD estaria em perigo na Europa, e os principais serviços nem tentariam ingressar em alguns mercados asiáticos. Em ambos os continentes, ocorre justamente o oposto, com os provedores internacionais a sinalizar com investimentos em projetos e infraestrutura local de produção para ganhar atratividade. Parece mais razoável pensar que a criação de um ambiente econômico saudável e equilibrado que ofereça segurança jurídica aos agentes para desenvolver seus negócios é um fator de atração a empresas para mercados nacionais. No caso do VoD, a criação de tal ambiente perpassa a criação de uma regulação adequada e clara.

Em sua manifestação, a ITI expõe as condições gerais que devem balizar as decisões regulatórias. De modo geral, os elementos mencionados pela instituição envolvem recomendações compartilhadas pela maior parte dos reguladores, inclusive no Brasil.

ITI: “Nova regulação ou a aplicação de regulações já existentes aos novos serviços deve ser evitada, exceto se fundamentada em objetivos de política pública articulados e especificamente identificados e legitimados. Por exemplo, provedores de VOD estão sujeitos a todas as regulações geralmente aplicáveis que garantem proteção aos consumidores e seus dados, proteção da rede técnica e regulação de concorrência. Os governos devem assegurar que qualquer regulação é feita sob medida para corrigir uma falha de mercado observada e atinge os objetivos buscados pela política. Geralmente, a regulação deve ser aplicada ex-post e com uma abordagem caso a caso, na qual aquelas determinadas condições existem. Em vez de buscar incorporar os serviços de VOD numa estrutura regulatória já existente, os governos deveriam investigar como essas regulações já existentes podem não ter o efeito desejado nos provedores e serviços de VOD numa era de expansão da comunicação móvel e digital.” (original em inglês)

Em suma, os institutos regulatórios especiais devem ser justificados ou pela necessidade de corrigir falhas de mercado, ou por objetivos de política pública. Foi o que a AIR procurou demonstrar tanto na descrição do mercado audiovisual brasileiro, em especial nos desequilíbrios fiscais e em assimetrias não justificáveis com a TV por assinatura, quanto na explanação dos argumentos constitucionais e legais relativos à natureza educativa e cultural da comunicação social e ao necessário vínculo de seus empreendimentos aos objetivos nacionais de desenvolvimento; por exemplo, o estímulo à produção brasileira. Ou seja: a eficiência focalizada pela regulação em cada setor econômico particular não pode ser medida apenas pela ausência de anomalias concorrenciais, embora condições de concentração e práticas lesivas à competição estejam entre os principais fatores a considerar. Também balizam a eficiência os objetivos da economia em cada área de atividade, pactuados pela sociedade e pelo Estado.

Cada medida adotada segundo esses critérios e finalidades deve ser avaliada segundo seus custos associados. Mas, acima de tudo, deve ser eficaz nos seus propósitos e não demandar às empresas ou ao Estado estruturas de que não dispõem. Por isso, uma regulação *ex ante*, desde que proporcional, pode ser recomendável por não hipertrofiar demandas aos órgãos públicos de controle e por deixar claro para as

empresas quais as obrigações exigidas. A disciplina *ex post* só pode ser concebida sobre um amplo e atualizado sistema de monitoramento e informação, pauta que, como se viu, conforma a dificuldade inicial que evidencia a necessidade de regular.

Ao enfrentar o assunto, a NeoTV preocupa-se especialmente com defender a isonomia no ambiente concorrencial. No texto, os principais destaques da associação referem-se à ação regulatória como contramedida aos desequilíbrios na competição provocados por uso abusivo do poder econômico. Neste sentido, a associação realça a sistematicidade e integração do ordenamento jurídico brasileiro nas matérias da ordem econômica, das normas constitucionais às leis e regulamentos especiais, e elenca alguns princípios fundamentais caros também para a disciplina dos mercados audiovisuais: a liberdade de iniciativa e concorrência, a liberdade de informação, o direito à cultura. Nessa construção jurídica, a atuação dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o CADE em destaque, tem relevância especial para manter o equilíbrio do sistema.

NEOTV: “III — DAS PREMISSAS PARA REGULAÇÃO DO VOD

Como se vê, o debate a respeito da regulação do vídeo sob demanda atravessa a necessidade de um desenvolvimento competitivo e de qualidade com os demais segmentos da cadeia de valor do audiovisual e pressupõe um ambiente regulatório que proporcione segurança jurídica aos operadores, especialmente em matéria tributária.

Com efeito, a intervenção e atuação do Estado tratam de conter qualquer desequilíbrio abusivo no poder econômico estabelecendo mecanismos compulsórios que alterem o comportamento dos sujeitos de determinada atividade econômica, desde que prezados os limites impostos pelo artigo 170 da Constituição Federal, sendo certa a preservação de princípios direcionados aos particulares, como a liberdade de iniciativa privada, da livre concorrência, liberdade de informação e direito à cultura.

O direito da regulação reporta-se, assim, ao direito de um setor específico da economia, por meio do qual o Poder Público cria e mantém dentro deste setor um equilíbrio entre a concorrência e outros princípios.

Neste sentido é que, inicialmente é preciso entender que por ordem econômica tem-se um conjunto de normas e princípios capazes de gerar um Sistema econômico. Os elementos diretrizes desse sistema, delineados tanto em âmbito Constitucional, quanto em infraconstitucional é que terão o condão de instituir uma organização e um funcionamento que viabilize uma concorrência equilibrada.

Adentrando, então, à Constituição Federal Brasileira, pode-se dizer que a ordem econômica funda-se, dentre vários princípios, no da livre concorrência, conforme assegura o inciso IV, do artigo 170 da referida, demonstrando assim a valia deste no sistema econômico nacional.

Já em âmbito infraconstitucional, a distinção conferida em nada se altera. Isto pois, se nos atentarmos, por exemplo, a Lei 12.529 de 2011, que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, identificaremos que, dentre várias premissas, a mesma dispõe, inclusive, através de seu artigo 36, I, se tratar de infração a limitação ainda a qualquer prejuízo à livre concorrência.

Corroborando a este entendimento quanto à importância conferida à proteção da livre concorrência é que não há como se eximir, ainda em atenção à Lei supramencionada, em trazer a comento o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e a Secretaria de Acompanhamento do Ministério da Fazenda.

Compete ao CADE, no bojo das atribuições dotadas ao seu Tribunal Administrativo, (i) decidir sobre a existência de infrações à ordem econômica, aplicando as penalidades cabíveis em lei, ordenando ainda providências que levem à cessação dessas; (ii) decidir processos administrativos para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, (iii) além de apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, dentre outras, ilustrando, para tanto, a imprescindível e inafastável atuação do Estado Brasileiro a fim de garantir um ambiente concorrencial econômico saudável.”

O trecho apresentado enseja considerações sobre as relações entre a legislação de defesa da concorrência e a ação regulatória na busca pelo combate ao poder econômico abusivo. No parágrafo abaixo, estudo focalizado no mercado de telecomunicações apresenta alguns critérios para avaliação da legislação

concorrencial, que justificam a decisão por medidas regulatórias especiais, e mesmo assimétricas, segundo o poder de mercado dos agentes econômicos.

“A avaliação de suficiência da legislação concorrencial pode ser feita por meio de critérios, tais como: frequência do comportamento não competitivo, **grau de dificuldade para obtenção de informações, danos irreparáveis a mercados relacionados e alcance de outras metas além de competição por meio de regulação ex-ante**. Se for considerado, por exemplo, que a legislação de defesa da concorrência não é suficiente para lidar com empresas de PMS [Poder de Mercado Significativo], deve-se então analisar se os benefícios da implementação de medidas regulatórias compensam os custos associados, também chamadas de medidas assimétricas, que impõem a alguns ‘players’ atuantes no mercado obrigações distintas daqueles a que não for reconhecida a posição de dominância, como forma de trazer equilíbrio para o mercado analisado”^[14] (grifos desta análise)

Na prática, a defesa da concorrência e a regulação de um setor econômico são políticas entrelaçadas. As autoridades responsáveis por uma e outra costumam coordenar ações e cooperar para um ambiente mais equilibrado. Devem ser constantes, portanto, os esforços de busca de mecanismos complementares, além de se fortalecer e aperfeiçoar os existentes. A NeoTV sugere alguns pontos de referência para essas ações.

NEOTV: “Nessa perspectiva, circunscrita às possibilidades determinadas pela Constituição Federal, sobretudo ao princípio da livre concorrência, a atuação do Estado para regular uma possível arquitetura para o tratamento do vídeo sob demanda como segmento do mercado audiovisual, deve ser pautada pelos seguintes pontos centrais:

- (i) Garantia de um tratamento isonômico aos agentes de diversos portes do ponto de vista do acesso ao conteúdo, da livre concorrência e da tributação aplicável;**
- (ii) Um arcabouço regulatório leve e aderente aos modelos de negócio atuais e possíveis inovações tecnológicas;**
- (iii) Promoção de segurança jurídica aos investidores;**
- (iv) Construção de um espaço para oferta e acesso a conteúdo de vídeo sob demanda nos mais diferentes formatos (incluindo aplicativos e plataformas) de maneira não discriminatória;**
- (v) Isonomia ao tratamento dos agentes econômicos com relação à observância aos direitos consumeristas e de acessibilidade;**

Para efeitos práticos, considera-se a regulação como uma moldura jurídica criada para compatibilizar a concorrência e autossustentabilidade de um mercado, observando as condições estruturais de cada segmento e implementando políticas de universalização.

Restringindo-se ao vídeo sob demanda (VOD), é importante destacar, ainda, que o debate acerca de um novo marco regulatório ocorre em meio ao fenômeno definitivo de digitalização da economia, que é essencialmente disruptiva promovendo inúmeras discussões que seguem inconclusivas. De outro lado, é preciso instituir no presente arranjos possíveis para que haja um tratamento isonômico para esse serviço, sob pena de onerar segmentos de mercado que competem com o VoD.

Nessa perspectiva, sobretudo em relação ao tratamento tributário a ser conferido ao serviço, a necessidade de repensar as regras tributárias existentes decorre, inclusive, da mudança da economia tradicional: do mercado de propriedade para o mercado de acesso temporário. O símbolo de riqueza passa de bases fixas e estáveis para bases móveis que facilitam a alocação do lucro em jurisdições de tributação favorecida.

Nesse contexto, em que pese o tempo da economia digital, urge reformular a legislação infraconstitucional e instituir mecanismos que a tornem mais eficiente frente aos serviços tributáveis na era tecnológica.

Sem prejuízo, quaisquer alterações devem sempre levar em consideração a criação de um regime que possibilite a fluidez dos agentes econômicos para entrega de conteúdos por redes de comunicação eletrônica, que ao mesmo tempo compatibilize: **(i) regime único de Serviços de Comunicação Linear e Não-Linear; (ii) uma construção tributária que considere o ônus tributário segundo a capacidade contributiva de cada tipo de agente econômico; (iii) do acesso às informações necessárias para uma regulação necessária e justa; (iv) de uma CONDECINE cobrada de todos agentes econômicos que participam da cadeia do audiovisual para o desenvolvimento do mercado audiovisual local** são os principais pilares da NEO como proposta de arquitetura para uma regulação isonômica.” (grifos desta análise)

Os cinco pontos centrais elencados pela NeoTV, o apelo por uma reforma da lei que atualize os parâmetros de isonomia tributária e o enfrentamento da atual assimetria de informações no segmento são elementos essenciais para um marco regulatório do VoD. Outros princípios e objetivos, como a neutralidade tecnológica e o estímulo à produção brasileira, lembrados por vários participantes da Consulta Pública, merecem ser acrescentados a essa lista. Na abordagem da NeoTV, fica clara a preocupação mais destacada com o atual desequilíbrio regulatório entre o VoD e os segmentos concorrentes e a ênfase na integração harmoniosa do VoD na regulação audiovisual como forma de superá-lo. Sob esta lógica, a NeoTV propõe um regime único para os serviços lineares e não lineares, que reorganize a estrutura de obrigações e mecanismos regulatórios desses serviços coordenadamente. Essa proposta implica efeitos, principalmente, sobre as obrigações comparadas dos provedores e dos agentes econômicos da TV por assinatura, analisadas adiante.

A FORMA LEGAL DE UM MARCO REGULATÓRIO PARA O VOD

Entre as contribuições que examinaram o tema, há uma concordância geral de que a lei atual não abarca institutos e prerrogativas regulatórias que respondam a grande parte dos assuntos elencados pela AIR para um marco regulatório do VoD. Em alguns temas, como a tributação, há também um consenso de que as fórmulas atuais não são as melhores e criam obstáculos ao desenvolvimento dos serviços. Portanto, embora o VoD esteja envolvido pelo ordenamento jurídico brasileiro, há necessidade de ação legislativa nova para eventual resposta a muitos dos principais temas regulatórios do segmento. Sobre este relativo consenso, as divergências se estabelecem quanto ao modo de incluir o VoD no ordenamento legal. Um grupo importante de contribuições – já referidas largamente em parágrafos anteriores – preconiza apenas o enfrentamento dos problemas pontuais, como é o caso da CONDECINE.

A ANDAI utiliza sua contribuição na Consulta Pública para apoiar e defender a aprovação, sem mudanças significativas, do PLS nº 57/2018, apresentado pelo Senador Humberto Costa. [\[15\]](#)

ANDAI: “A Associação Nacional de Distribuidoras Audiovisuais Independentes — ANDAI, organização que reúne 17 distribuidoras brasileiras de audiovisual independentes, vem por meio desta se posicionar favoravelmente a aprovação do Projeto de Lei do Senado número 57, de 2018, que dispõe sobre a comunicação audiovisual sob demanda, conhecido pela sigla VOD (video on demand).

Entendemos que o projeto representa um grande avanço na regulamentação do setor audiovisual no que diz respeito ao aluguel de filmes pela internet, modalidade que se encontra em franco crescimento.

(...)

A Andai se coloca à disposição para contribuir com a Ancine e com o Senado Federal, na esperança de que o projeto seja aprovado em sua íntegra, ou sem mudanças significativas em seu texto, uma vez que entende que o mesmo está bem claro, coerente com o objetivo do desenvolvimento da indústria audiovisual, salvaguardando obrigações e direitos para as empresas de portes diversos, que atuam no setor.”

Não cabe, no âmbito desta análise, examinar as regras propostas nesse Projeto de Lei em específico. Importa, porém, descrever o caminho sugerido pela associação. O PLS referido assume tarefa semelhante à recomendada pela AIR, ou seja, a produção de uma norma especial que inscreva o vídeo sob demanda no ordenamento jurídico brasileiro, defina sua relação com outros serviços audiovisuais e abarque os principais temas regulatórios decorrentes, destacadamente a tributação, a inserção e promoção dos conteúdos nacionais nos serviços e os instrumentos e competências das autoridades regulatórias. Neste sentido, a sugestão da ANDAI pode ser lida por um duplo sentido. Em primeiro lugar, recomenda-se pautar a solução do problema regulatório por uma lei especial que discipline esses temas. Em segundo, aponta-se a importância do debate no âmbito do Congresso Nacional, fixado sobre o conjunto dos PLs e a variedade de assuntos interdependentes, atualmente em tramitação nas duas casas.

Outro caminho é sugerido pela APACI e pelas associações de produtores independentes (APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV). As entidades recomendam trabalhar o VoD no âmbito de uma reforma da Lei nº 12.485, com a adequação das regras e obrigações para os serviços, em face do conteúdo distribuído e não da tecnologia ou da forma de distribuição.

APACI e APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV: “2. Regulação do VOD no ambiente da Lei 12.485/2011.

Diante da atual discussão sobre a distribuição de conteúdo audiovisual linear por meio de aplicações de internet amadureceu-se o entendimento no âmbito das entidades de que a regulação do Vídeo por Demanda deveria ser promovida no contexto da Lei 12.485, adequando as regras, condições e obrigações, sob o ponto de vista do conteúdo, não importando a forma de distribuição e/ou tecnologia. Afinal, o conteúdo continua o mesmo, sendo exibido e distribuído na TV aberta, TV paga, no cinema, ou no VoD. Esse é o único entendimento que deve ser adotado e já está em uso em vários países do mundo.“

A autonomia regulatória do mercado de conteúdos audiovisuais, defendida pela AIR, tem alguns fundamentos comuns ao modelo que defendem as entidades de cineastas e produtores. Como regra, o conteúdo audiovisual é o fator que catalisa a formação do valor nas cadeias do audiovisual, situação que cada vez mais se destaca da realidade tecnológica. Porém, é preciso reconhecer que, muitas vezes, a produção de conteúdo audiovisual (e seus correlatos: canais, catálogos, personagens, formatos, projetos, argumentos etc.) é tributária de marcas e referências de outros ramos da produção simbólica, outras atividades também transformam o produto original, especialmente quando modificam sua relação com o espectador. No final desse processo, não é raro que essas outras atividades – provimento e distribuição, por exemplo – tenham mais importância na formação do valor entregue ao usuário do que o conteúdo em si. É por isso que essas atividades são serviços; porque não realizam uma mera entrega de bens audiovisuais produzidos por outros. Neste sentido, a valorização da diversidade das criações e produtos audiovisuais nos diferentes serviços, não implica na equalização de matérias regulatórias *apenas* pela identidade do conteúdo.

É certo que instrumentos regulatórios bem sucedidos na TV por assinatura, como as cotas de conteúdo, podem ser analisados como alternativa para algumas modalidades de VoD. Mas qualquer busca por atrelar a regulação do VoD a uma reforma da Lei da TV terá que lidar com a existência de alguns modelos de negócio do VoD e inúmeras situações que não encontram paralelo no formato televisivo. O inverso também é verdadeiro: as relações das programadoras de TV com a distribuição não podem ser reproduzidas no VoD. Além disso, o AVoD apresenta pontos de intersecção com a TV aberta que também merecem atenção. A ideia de pautar tal reforma pelo “ponto de vista do conteúdo” deve levar em conta, além da produção independente, agentes de outras atividades têm pautas legítimas e não se reconhecem nessa trajetória do conteúdo.

Em suas Contribuições, as entidades afirmam ainda:

APACI e APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV: “7. Limitações do escopo de uma regulamentação dos serviços de vídeo por demanda no Brasil

Por fim, cabe esclarecer que tais propostas, relativas a uma regulamentação do segmento comunicação audiovisual por demanda, não devem avançar sobre os serviços audiovisuais já regulados no país, assim como devem se limitar aos serviços que apresentam conteúdos comerciais de entretenimento, similares aos oferecidos nos demais segmentos do setor audiovisual, destinados ao público brasileiro.

Neste sentido, ressaltamos ser fundamental que se excluam do âmbito de uma eventual regulamentação do VoD no país:

- a) a radiodifusão de sons e imagens;
- b) o serviço de acesso condicionado;
- c) a comunicação audiovisual não linear: (i) que se destine à oferta, por prazo determinado, de conteúdos audiovisuais veiculados de forma inédita em grade de programação organizada por programadora ou emissora de radiodifusão específicas como forma de divulgação; (ii) que se destine

precipuaente à oferta de conteúdos jornalísticos, políticos ou religiosos; (iii) cuja oferta de conteúdos audiovisuais seja incidental ou acessória ao provimento de conteúdos textuais ou sonoros; (iv) que seja operada sob responsabilidade de algum dos Poderes constituídos da República Federativa do Brasil; e (v) cujo conteúdo oferecido não seja direcionado ao público brasileiro.”

Tal trecho gera certa confusão quando contrastado com as observações anteriores do mesmo agentes, que defendem a regulamentação do VoD “no contexto da Lei 12.485”, mas o serviço de acesso condicionado deve ser excluído do “âmbito de uma eventual regulamentação do VoD”. Esta contradição, seja aparente ou efetiva, parece indicar apenas preocupação das entidades de que esse movimento não provoque a desestruturação dos institutos regulatórios presentes na TV por assinatura. É uma preocupação justa, haja vista a posição dos produtores independentes e o histórico dos temas da comunicação no Brasil.

A contribuição de Teresa Trautman descreve sucintamente as diversas proximidades e relações de competição entre as modalidades de VoD e os serviços tradicionais, de forma semelhante às observações da AIR. Essa constatação serve de fundamento para a defesa de uma nova Lei de Comunicação Audiovisual, porque tais relações do VoD abrangem todo o mercado.

TERESA TRAUTMAN: “Em relação ao VoD podemos considerar o TVoD como substituto do vídeo/DVD e sua oferta poderia se iniciar em até 30 dias após o lançamento em salas devido a pequena presença desse mercado (presente em torno de 10% dos municípios) e assim se aproveitaria do marketing de seu lançamento em salas e se monetizaria de verdade a produção visto a grande e crescente penetração da banda larga; já o SVoD faz parte do segmento da TV Paga; enquanto o AVoD é o ultimíssimo dos mercados, como se fosse TV Aberta, já que vive igualmente da publicidade. Ou seja, não há como regulá-lo como se fosse um único segmento do mercado. Ele açambarca todo o mercado, é uma atualização tecnológica das diferentes formas de fruir do audiovisual. Sim, extremamente oportuno se criar uma nova Lei de Comunicação Audiovisual.”

Nos termos apresentados, a proposta considera o VoD principalmente como uma atualização tecnológica do consumo de audiovisual, o que já foi debatido anteriormente. Nesta seção, importa destacar a fórmula legal sugerida pela Contribuição, a ideia de uma lei geral da comunicação audiovisual. Trata-se de caminho semelhante ao trilhado pela União Europeia há mais de três décadas.. Como norte para a regulação audiovisual no Brasil, certamente é a sugestão mais razoável, mas implica dificuldades políticas muito expressivas. Vale repetir a avaliação da AIR que toca no assunto:

“(152) Em face desse entrelaçamento e da avaliação do tratamento atual do audiovisual pela legislação brasileira, a solução de âmbito geral, preconizada pelo §3º do art. 222 da Constituição da República[16] e adotada por vários países, deveria ser considerada como o caminho mais adequado para a definição das regras para o VoD. Uma lei geral da comunicação social eletrônica poderia, com atenção às diferenças e rigor metodológico, ponderar condições mais simétricas e equitativas para a prestação dos serviços em cada um dos segmentos, entre eles o VoD, evitando desequilíbrios. Como já afirmado, porém, essa hipótese demanda consensos mais estáveis, até aqui indisponíveis, sobre a complexidade dos assuntos envolvidos. Além disso e por causa disso, não deve ser considerada a única alternativa adequada. Ao contrário, a construção do marco regulatório do VoD pode ajudar a equalizar o nível de informação dos agentes políticos e econômicos, a estruturar o debate em todos os seus aspectos e a produzir alguns consensos.”

Em acréscimo, é preciso retificar o parágrafo. O dispositivo constitucional não demanda necessariamente uma lei geral da comunicação social eletrônica. A norma fala de uma lei específica para regular a observância dos princípios enunciados no art. 221 pelos meios de comunicação social eletrônica. Aqueles princípios, todos eles, dizem respeito apenas aos conteúdos veiculados pelas redes e não às normas regulatórias da infraestrutura. A norma é explícita ao destacar a neutralidade tecnológica desse preceito. Em acordo com essa prescrição constitucional, a opção por uma lei geral da *comunicação audiovisual*, que destaque seus assuntos próprios (i.e., os referentes ao mercado de conteúdos) das leis atuais e equalize obrigações relativas ao VoD, é outro caminho possível para o futuro. Neste caso, permanecem as considerações sobre a dificuldade de consensos estáveis entre agentes políticos e econômicos.

SOBRE OS TEMAS RELATIVOS À ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS

O REGISTRO E A PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES

Ao preconizar um regime único para serviços lineares e não-lineares, a Contribuição da NeoTV aborda a grande assimetria regulatória entre os segmentos e defende uma composição de obrigações mais equilibrada, em prol da competição. Para isso, concentra sua análise e propostas nos aspectos materiais da regulação, em especial o registro dos serviços (e seus efeitos sobre a prestação de informações), a organização e prerrogativas das autoridades regulatórias e a tributação. O primeiro assunto, o registro, de fato inaugura a ideia de um regime único. Inicialmente, a NeoTV descreve a sistemática em vigor para os serviços de acesso condicionado, que exigem autorização da ANATEL e, para as atividades de programação e empacotamento, credenciamento na ANCINE

NEOTV: “TV — DO REGIME ÚNICO

Para conferir eficácia à prestação dos Serviços de Comunicação Linear e Não-Linear é preciso regulamentar a organização jurídica e institucional de um regime jurídico.

A Lei nº 12.485/2011 que inaugurou a intersecção das competências das agências para a regulação do mercado de TV por Assinatura, disciplinou o acompanhamento das redes de distribuição à ANATEL e as atividades relacionadas com a formação e fluxo da propriedade intelectual, da produção ao empacotamento de canais à ANCINE. Acerca disso, a Lei dispõe a respeito do papel fiscalizatório de ambas as agências e o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado, aprovado pela Resolução nº 581 de 26 de março de 2012, disciplina a autorização para a exploração do SeAC, que se dará sempre a título oneroso.

Esta autorização, como se sabe, se dá por meio da assinatura do Termo de Autorização que formaliza a outorga à empresa prestadora de Serviços de Acesso Condicionado. Isto é, sem a outorga ou a licença dada ao particular para o uso e gozo de certa atividade pública, não seria permitida a sua realização.

O regime vigente funciona como mecanismo de controle destinado a promover o respeito às normas jurídicas regulamentares, ao interesse público, atuando como medida de fiscalização e alcance de informações relevantes —devidamente cadastradas nos sistemas disponibilizados pela Anatel como prevê a regulamentação vigente.”

A partir dessa regulamentação e das observações da AIR sobre o assunto, a associação defende a integração do VoD ao modelo. Ao citar as análises do Relatório, dá a entender que compartilha da avaliação de que o assunto pode ser resolvido em âmbito infralegal, amparado pelos dispositivos em vigor, em especial o artigo 22 da MP 2.228-1.

NEOTV: “Diante desse cenário, em que pese toda uma sistemática de controle e fiscalização para a atividade do Serviço de Acesso Condicionado, a Agência Nacional de Cinema destaca que:

”(16) Embora o serviço de VoD não dependa de contrato administrativo (permissão, concessão ou autorização pública), seu provimento só pode ser feito por meio das redes de comunicação outorgadas e exige observância da legislação audiovisual quanto ao registro e prestação de informações à autoridade regulatória. No ordenamento jurídico brasileiro, a comunicação audiovisual é distinguida por status especial em relação à maioria das atividades privadas, por envolver relação direta com direitos sociais e difusos muito caros à nacionalidade e à sociedade. Não é por outro motivo que, aqui como na maioria dos países de tradição democrática, o mercado de conteúdos audiovisuais, em todos os seus segmentos, é objeto de regulação por autoridade específica." (a numeração dos parágrafos da AIR citados foi acrescentada)

Por esta razão, inculcando um regime com maior efetividade aos mecanismos de acompanhamento do serviço de vídeo sob demanda deve ser criado um modelo de registro não oneroso de quaisquer empresas que atuem na distribuição de conteúdo audiovisual.

Este regime é de fundamental necessidade, pois uma vez formatada a exigibilidade de registro, surgirá a atribuição aos agentes reguladores de acompanhamento do desenvolvimento do setor.

Nesse sentido, necessário será desenvolver uma lógica que leve em consideração participações de mercado, acesso aos mecanismos de incentivos fiscais federais já existentes, instituição de isenção fiscal e parâmetros que considerem a promoção de conteúdo brasileiro nas plataformas.

Inclusive, merece destaque novamente o disposto na Análise de Impacto Regulatório, a respeito da importância do registro para os serviços de vídeo sob demanda:

"(174) O registro dos provedores é condição especialmente relevante para o exercício das atividades. Por meio dele, o agente econômico inscreve-se no mercado de comunicação audiovisual no Brasil, define seu regular relacionamento com os demais agentes econômicos e inicia o acompanhamento da sua organização societária, atividades, obrigações e resultados pela autoridade regulatória. Atualmente, apesar das amplas prerrogativas legais da ANCINE em matéria de registro, não há um tratamento específico do VOD nas normas e procedimentos fixados no regulamento exigido pela Lei.

"Art. 22. É obrigatório o registro das empresas de produção, distribuição, exibição de obras cinematográficas e videofonográficas nacionais ou estrangeiras na ANCINE, conforme disposto em regulamento. (...)" MP 2.228-1, de 2001.

Nesse dispositivo, a classificação das atividades obrigadas ao registro de agente econômico — produção, distribuição, exibição — resume a cadeia de exploração de qualquer dos segmentos do mercado audiovisual que, por não serem mencionados, não restringem o alcance da obrigação senão por opção do regulamento.

(175) Portanto, essa é uma mudança normativa que prescinde de novo comando legal e pode ser implementada imediatamente pela ANCINE. De fato, seus termos podem ser reorganizados de forma importante por uma nova Lei. Pode ser relevante, em especial para a formulação de políticas de financiamento, por exemplo, a classificação dos provedores segundo seu controle nacional ou estrangeiro ou suas relações societárias ou vínculos comerciais, à semelhança do que ocorre nos mercados de cinema e televisão. A diferenciação do modelo de negócios (TVoD, SVoD, AVoD) é outro crivo interessante nessa inscrição do agente econômico. Cabe também alterações nas regras dirigidas às programadoras de televisão, considerada a necessidade de circunscrição dos serviços acessórios de *catch-up TV* em relação ao VoD."

A NeoTV propõe integrar a forma de registro e autorização para o exercício de atividades audiovisuais, estendendo-os ao provimento de VoD. No caso do SeAC, a licença para a atividade de distribuição é provida pela ANATEL, enquanto o exercício da programação e do empacotamento exige registro na ANCINE.^[17] A administração deste registro/licença para o VoD ficaria sob atribuição da ANCINE, em face das prerrogativas legais anotadas e da compatibilidade com as estruturas tributárias atuais. A associação descreve resumidamente os procedimentos e obrigações de registro da seguinte forma:

NEOTV: "Finalmente, para a observância das obrigações regulatórias junto ao ente regulador, torna-se imprescindível a implementação de mecanismos de controle, garantindo-se, assim, a compatibilidade com as estruturas tributárias atualmente vigentes.

Desta maneira, a licença SeAC que prescinde a realização do Serviço de Comunicação de Acesso Condicionado, concedida pela ANATEL poderá ser validada pela Agência Nacional do Cinema para os agentes econômicos que desejam atuar no segmento de mercado de Vídeo Sobre Demanda, da seguinte forma:

1. Os agentes que não possuem registro, pois são serviços de OTTs deverão aderir ao Regime Único através de credenciamento não oneroso junto à Agência Nacional do Cinema apresentado seus atos constitutivos e registro comercial no país;
2. Os agentes que já possuem licença SeAC deverão igualmente prosseguir com o credenciamento não oneroso de agente econômico perante o Regime Único, passando a essa licença do Regime Único a substituir a licença do SeAC."

Em acréscimo aos argumentos da AIR transcritos pela NeoTV, anatem-se duas referências importantes sobre esta questão. Primeiro, é preciso distinguir registro e licença para exercício de atividade. A exigência legal do primeiro não implica a necessidade da segunda. Ou, mais precisamente: as consequências do

credenciamento pela ANCINE, exigido às programadoras e empacotadoras pelo art. 12 da Lei nº 12.485, não são as mesmas do que as do registro obrigatório geral previsto no art. 22 da MP

Em segundo lugar, as características e forma de operação dos dois segmentos exigem diferentes tratamentos nos assuntos de registro. Para ficar apenas nos aspectos formais, a programação e empacotamento da TV por assinatura oferece algumas centenas de canais, produtos de formato muito específico e padronizado, com oferta circunscrita ao mercado nacional. No VoD, a oferta de conteúdos envolve situações muitíssimo mais numerosas, organizadas em múltiplos formatos e modalidades de negócio e oriundas de todos os países do mundo. Dessa forma, a exigência de registro no VoD deve ser tratada com mais cuidado e parcimônia, tendo como foco principal negócios centrados na oferta de conteúdos audiovisuais e que envolvam relevância social e econômica, inclusive por sua competição com a TV. A classificação de risco prevista pela Lei nº 13.874, que demanda ato normativo complementar de parte da ANCINE, pode ser um mecanismo que auxilie na definição dos agentes sujeitos a essa exigência.

A Telefonica traz outra posição e novos argumentos sobre esse assunto. Preocupada com a liberdade de expressão, a empresa cita observações de dois estudos de organizações internacionais.

TELEFONICA: “A preservação da liberdade dos modelos de negócio por meio da Internet foi objeto de extensos estudos publicados por grupos internacionais renomados, como o *Access Now* e o *Article 19*. A título ilustrativo, citam-se passagens de dois desses estudos:

Access Now — OTT Position Paper

A este respeito, estamos mais preocupados com as propostas que exigem que as empresas que oferecem aplicações ou serviços de Internet "OTT" obtenham uma licença ou registro junto ao governo antes de poderem disponibilizar os seus serviços num país, exigindo que tais serviços sejam implementados da mesma forma altamente controlada que os serviços de acesso às telecomunicações tradicionais. Este tipo de regulamentação é inadequado para aplicações ou serviços de Internet, e teria consequências negativas para os usuários da Internet, potencialmente afetando a liberdade de expressão e a capacidade de inovação. Especificamente, exigir que indivíduos ou empresas obtenham uma licença para fornecer um aplicativo ou serviço da Internet interferiria no direito à liberdade de expressão sob a atual interpretação do artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ICCPR). (...)

Algumas propostas de regulamentação das aplicações ou serviços "OTT" teriam igualmente impacto na neutralidade da rede. Como afirma a Global Network Neutrality Coalition, "a neutralidade da rede exige que a Internet seja mantida como uma plataforma aberta, na qual os provedores de rede tratem todos os conteúdos, aplicativos e serviços igualmente, sem discriminação". Obrigar a obtenção de uma licença ou registro "OTT" para poder oferecer aplicativos ou serviços da Internet afeta diretamente esses princípios fundamentais. Os usuários de Internet deixariam de dispor de uma plataforma aberta de acesso a essas aplicações ou serviços sem interferências discriminatórias a nível das redes de telecomunicações. Em vez disso, as suas escolhas seriam limitadas às aplicações ou serviços licenciados ou registrados junto das autoridades de telecomunicações. (tradução livre, destaques acrescidos)

Article 19 — OTTs at the ITU: A Case of Over the Top Mandate Expansion

As OTTs operam na camada de conteúdo da rede: são as plataformas nas quais os usuários da Internet geram, consomem e trocam informações. Essa camada é o que torna a conectividade significativa, o que eleva a Internet de uma rede de redes a um espaço cívico para o desenvolvimento econômico, social, civil e político. [...] Claramente, as discussões sobre os aspectos políticos e regulatórios das OTTs devem ser cuidadosamente equilibradas para evitar o risco de restringir o livre fluxo de informações, violar a neutralidade da rede ou sufocar a inovação (tradução livre, destaques acrescidos)

Os motivos acima deixam claro que a adoção de regulação do setor não é pertinente e desestimula sua evolução. Não obstante, caso eventual regulação de VoD venha a ser adotada, é necessário que se garanta sua coerência com a natureza e as peculiaridades dos serviços de VoD, evitando-se a replicação de obrigações anacrônicas originalmente concebidas para o enfrentamento de desafios atinentes a outros tipos de serviço, em outra época.”

Nossa leitura dos textos citados não leva à conclusão de que a regulação do setor não seja pertinente e desestime sua evolução. Ao contrário, na parte grifada do último parágrafo citado, o Article 19 pede

explicitamente equilíbrio regulatório e político para preservar o livre fluxo de informações, a inovação e a neutralidade da rede.

Em relação aos trechos citados da Access Now, vale a ponderação de que nos termos da legislação atual, dos filmes e séries veiculados exige-se não apenas registro, mas análise prévia para fins de classificação etária, sistema comum à maioria dos países e que não cria dificuldades para a oferta de conteúdos. Não se cogita censura ou aviltamento da liberdade de expressão por conta disso. Mais: como já foi referido, a União Europeia esforça-se por coibir o discurso do ódio e a agressão à infância nas comunicações, tendo estendido ao VoD disposições neste sentido em 2018. Assim, qualquer movimento no sentido de obtenção de registro de serviço, deve ser realizado de forma a permitir a distinção necessária, do ponto de vista regulatório, e não inibir ou limitar os inumeráveis vídeos próprios produzidos pelos usuários

Quanto à neutralidade da rede, só se pode concordar com a divisa da Global Network Neutrality Coalition, citada pela Access Now. Mas, exatamente para que a rede se mantenha como plataforma aberta e infensa à discriminação, alguns serviços que nela trafegam precisam ser acompanhados pelas autoridades públicas dos diversos países e ter suas informações e procedimentos disponíveis para toda a sociedade. A captura, manipulação e comércio ilegal de dados dos usuários, a censura privada, a veiculação maciça de notícias falsas e desinformação com fins políticos e comerciais, a pirataria de conteúdos, o uso de robôs para enganar e influenciar, a manipulação ilegal da transmissão de dados, tudo isso têm sido prática reiterada, delituosa e sujeita a sanção.

A identificação dos serviços de VoD perante a autoridade regulatória inaugura o repasse de informações das empresas sobre sua organização e atividades. Registro e informação envolvem procedimentos banais para a maioria das atividades econômicas; todas as que envolvem algum grau de organização empresarial

Ainda sobre a hipótese de eventual registro obrigatório, as contribuições da ABDTIC e da TAP BRASIL apontam a falta de competência da Ancine para atuação nesse quesito.

ABDTIC: : “Da mesma forma, não há, como mencionado anteriormente, na atual legislação, delegação de competência à ANCINE para a imposição de registros obrigatórios a empresas que operam ou venham a operar plataformas de VoD, estabelecidas no Brasil ou não. No entendimento da ABDTIC, condicionar a operação de plataformas de VoD no Brasil à obtenção de registros, cadastros prévios, licenças, apresentação de relatórios ou quaisquer condições semelhantes junto à ANCINE não encontra respaldo legal na MP 2228-1/2001, tampouco justificativa econômica ou social, dado que tal atividade econômica não apresenta qualquer risco à população e aos demais agentes de mercado. Aliado ao fato de que não se utiliza de bens ambientais escassos (como espectro de radiofrequências) e muito menos há limitações tecnológicas ao acesso aos conteúdos.

Ao contrário, no entender da ABDTIC, tais exigências burocráticas prejudicariam a livre iniciativa, fundamento constitucional do País nos termos do artigo 1, IV da Constituição Federal, bem como a livre concorrência estabelecida no art. 170. Em âmbito infraconstitucional, tais exigências feririam a recém editada Lei de Liberdade Econômica que expressamente preceitua ser direito do ente particular desenvolver "atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica" (Lei nº 13.874/19, art. 3, I).

Exceção possível, na visão da ABDTIC, seria se tal registro ou cadastros e mostrasse necessário para cumprimento de obrigações tributárias acessórias, que eventualmente venham a ser estabelecidas em lei. Em outras palavras, haveria uma justificativa tributária para tal requerimento. Contudo, entende-se ser de conhecimento da Agência, que tal exigência de registro e submissão de informações respectivas precisarão ser inteiramente atreladas à finalidade objetivada pelas obrigações tributárias acessórias, cuja imposição ainda depende da definição do modelo tributário e edição de legislação específica pelo Congresso Nacional para esse fim, com base no Princípio da Legalidade Tributária.

Finalmente, é oportuno pontuar que a atuação da Agência e o acesso a dados e informações sensíveis aos negócios dos agentes econômicos privados que disponibilizam conteúdos por demanda somente pode ser realizada mediante prévia e expressa autorização legislativa. Nessa linha, a ABDTIC discorda do entendimento de que haveria base legal para a ANCINE exigir prestação de informações ou entrega de relatórios periódicos pelos agentes econômicos que operem plataformas

de VoD2 e, pelo mesmo motivo, não há que se falar em inclusão de regulamentação para tal fim na agenda regulatória da Agência.

Com efeito, dados estratégicos das empresas, incluindo segredos de negócios e demais direitos de propriedade intelectual protegidos pela Lei 9.279/96 (como por exemplo, códigos fonte e algoritmos) constituem bens imateriais de altíssimo valor no mercado em questão, que enfatizamos, é global. A abertura destas informações e sua disponibilização para quaisquer entidades, nas condições colocadas pelo Relatório, representaria verdadeira ameaça aos agentes de mercado e ao setor audiovisual como um todo, além de ir contra os esforços recentes do País em se posicionar como Estado que respeita e cumpre com direitos de propriedade intelectual.

Alinha-se a tal argumento o fato de que a recém editada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), promulgada depois de longos seis anos de debates no Congresso Nacional, reconheceu a importância da proteção ao segredo comercial e determinou em diversos dispositivos que tais segredos não precisarão ser compartilhados com autoridades competentes ou com outros interessados (conforme artigos 6ºVI, 9ºII, 10º§3º, 18ºV, 19ºII, 20º§1º, 38, 48ºIII da Lei 13.709/18). E não apenas isso, a LGPD elenca como competência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais “zelar pela observância dos segredos comercial e industrial” (art. 55-J, inciso II).

Em suma, o acesso da Agência a informações comercialmente sensíveis e segredos de negócio, indiscriminadamente, significa impor risco excessivamente grande a agentes de mercado. Na mesma proporção seria o ônus da Agência em manter tais informações confidenciais e segregadas, protegidas por sistemas informacionais e de segurança robustos, além de rígidas medidas organizacionais capazes de efetivamente protegê-las. Na visão da ABDTIC, além de legalmente questionável, os benefícios advindos de tal acesso pretendido pela ANCINE não parecem compensar os custos e riscos impostos pela gestão de tais informações.”

TAP BRASIL: “No que diz às RECOMENDAÇÕES EM FACE DAS ATRIBUIÇÕES ATUAIS DA ANCINE a TAP BRASIL tem os seguintes comentários:

(...)

2 Estabelecimento de regras para registros de agentes econômicos, provedores de plataformas com dados e documentos atualizados.

A TAP BRASIL discorda dessa iniciativa uma vez que a atividade regulatória da ANCINE sobre as atividades de VOD depende de prévia e expressa delegação legislativa, que não existe neste momento.

(...)

4 - Inclusão na agenda regulatória da ANCINE de regulamentação relativa à prestação de informações e entrega de relatórios sobre oferta e consumo de VOD, pelos provedores e plataformas, em atenção ao art. 18 da MP 2228-1/2001.

Novamente a TAP BRASIL reitera que a regulação do VOD, depende, se assim for o caso, de prévia e expressa legislação passada no Congresso Nacional, não cabendo à ANCINE exigir relatórios e informações sobre essas atividades. O artigo 18 da MP 2228-1/2001 não dá poderes à ANCINE para criar obrigações acessórias para atividades não reguladas, por mais que a ANCINE venha a defender sua competência para “legislar” criando incidências tributárias ao eleger atividades de audiovisual, sem prévia lei, como sujeitas à CONDECINE de “outros mercados”.”

Neste sentido, por mais que a discussão possa evoluir futuramente em diferente sentidos, é importante mencionar o dever de fiscalizar o cumprimento da legislação audiovisual atribuído à Ancine pelo art. 7º, II da MP nº 2.228-1/01, bem como outros dispositivos já mencionados. Ressalte-se, porém, a já comentada diferença entre registro obrigatório e licença prévia para exercício de atividade, assim como os diferentes efeitos das regras de registro para a TV por assinatura (art. 12 da Lei 12.485) e a previsão geral da MP 2.228-1 (art. 22).

O princípio da transparência, que figura entre os dispositivos citados pela ABDTIC (art. 6º, VI, da Lei 13.709), forma o decálogo que baliza o tratamento pelo Estado dos dados de todas as pessoas naturais e jurídicas. É disso que trata a Lei citada pela associação. A norma estabelece obrigações para os poderes públicos e seus servidores em relação ao tratamento das informações, entre elas as que constituam segredos comerciais e industriais. Mas não impede ou bloqueia a requisição desses dados por autoridades legítimas, obrigadas a regras de sigilo.

A Synapse também entende faltar previsão legal sobre competência da ANCINE em matérias de registro, no segmento de vídeo sob demanda. Nesse caso, a empresa critica a edição de duas Instruções Normativas,

que tratam de obras não publicitárias e que relacionam o vídeo sob demanda como segmento do mercado audiovisual. Em adendo, ressalte-se que o parágrafo da AIR citado pela empresa destaca a cogência dos preceitos constitucionais relativos à comunicação e à cultura sobre a legislação audiovisual

SYNAPSE: “3 — TEMAS REGULATÓRIOS RELATIVOS A VOD DEPENDEM DE INICIATIVA DO CONGRESSO NACIONAL, CONFORME EXPOSTO NO RELATÓRIO SOB CONSULTA PÚBLICA.

O Relatório, nas páginas 49 e 50, assevera o que deveria ter sido observado pela Agência quando da edição das Instruções Normativas 104 e 105 e a consequente insegurança jurídica e econômica trazida para o mercado audiovisual brasileiro: qualquer legislação a respeito de distribuição digital de conteúdo audiovisual sob demanda deve ser feita somente por iniciativa do Congresso Nacional:

[106] (...) *‘Desde a promulgação da norma constitucional, o Congresso brasileiro tem tratado do assunto em estatutos específicos, relativos a cada serviço ou a aspectos das políticas de comunicação audiovisual. São os casos, entre outros, da Lei 11.437, de 2006, que instituiu o Fundo Setorial do Audiovisual e incentivos fiscais aos investimentos das programadoras de TV na produção independente e, especialmente, da Lei 12.485, de 2011, o marco legal da TV paga. Mesmo a MP 2.228-1, de 2001, anterior à EC 36, também seguiu o preceituado por aqueles princípios, especialmente ao instituir e detalhar o sistema de informações da indústria audiovisual e ao estabelecer as regras da CONDECINE. Todas essas normas são inseminadas por aqueles dispositivos e subordinadas hierarquicamente a eles. Da mesma forma, qualquer marco legal futuro para a comunicação social eletrônica, o do VoD incluído, deve observar aqueles princípios.’*” (grifos da Synapse)

Questões ligadas às competências da Ancine já foram discutidas anteriormente neste Relatório. No entanto, é válido trazer que algumas contribuições seguiram outro caminho. Os agentes econômicos que entendem e cobram uma regulação efetiva e equilibrada dos serviços percebem a relação estreita e direta entre regulação e informação. A manifestação da NeoTV é bastante clara neste sentido, adendendo ainda as vantagens que a correta administração de informações públicas pode trazer para as políticas de desenvolvimento do setor.

NEOTV: “As empresas que aderirem ao Regime deverão disponibilizar ao regulador, quando solicitados, informações sobre seu funcionamento empresarial, comerciais e de audiência (quando possível mediante a tecnologia), dados tais como o Balanço Patrimonial, a Demonstração do Resultado do Exercício, a Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido, contratos negociais (quando de interesse público) e valores praticados, dentre outros documentos.

A sistemática pensada na arquitetura de um Regime Único tem seu *locus* na redução da assimetria nas informações como um dos vetores básicos para qualquer política pública voltada ao estímulo a ambientes comerciais saudáveis e competitivos. Desta forma, a disponibilização de informações ao órgão regulador se apresenta como instrumento relevante da atividade regulatória, que precisa ser considerada no âmbito das obrigações atribuídas aos agentes econômicos provedores destes serviços.

Do mesmo modo, devem ser aplicadas às empresas as normas gerais de proteção à ordem econômica e as normas específicas editadas por entidades e órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e do regulador. Entende-se ainda pela melhor regulação que os acordos comerciais envolvendo os agentes econômicos deverão observar o princípio da livre, ampla e justa competição a todos diretamente envolvidos e destes para com o restante dos agentes econômicos atuantes mercado audiovisual brasileiro.”

A ORGANIZAÇÃO INSTITUCIONAL DO VOD

As entidades representativas de produtoras e cineastas compartilham visão semelhante à da NeoTV quanto ao vínculo entre as atribuições regulatórias e informação, conforme se pode ler no último parágrafo do excerto abaixo. O texto citado começa a tratar da organização institucional dos serviços, tema desta seção,

que envolve as condições exigidas às empresas para o exercício das atividades de provimento de vídeo sob demanda e a definição das estruturas públicas responsáveis pela regulação dessa atividade.

APACI e APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV: “4. Sede em território nacional, e sua regulação e fiscalização pela ANCINE

Um segundo conjunto de dispositivos do referido marco que deveriam ser aplicados também aos provedores de comunicação audiovisual sob demanda, são aqueles que dizem respeito a obrigação do serviço ser prestado por empresas com sede e administração no Brasil.

Conforme apontado anteriormente, tal obrigação é fundamental para que os serviços prestados estejam ao alcance não apenas dos marcos legais do setor audiovisual, mas de toda a legislação brasileira, incluindo o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Telecomunicações, entre muitos outros.

Da mesma forma, tal obrigação é fundamental para que as empresas prestadoras destes serviços recolham os devidos tributos municipais, estaduais e federais a que devem estar submetidas, assim como estar ao alcance dos órgãos regulatórios brasileiros, inclusive o CADE, assim como da Justiça Brasileira em quaisquer de suas instâncias.”

No que se refere a sua regulação e fiscalização, acreditamos que assim como as atividades de produção, programação e empacotamento, os serviços de provimento de conteúdo audiovisual por demanda devem estar submetidos a ANCINE, devendo os seus provedores fornecerem a agência as informações necessárias para o exercício destas atribuições.”

A primeira proposta das entidades refere-se à exigência de que os provedores tenham sede e administração no Brasil, seguindo determinação similar à existente para os serviços de TV aberta e por assinatura. Em relação a esse assunto, frisa-se que, o provimento de vídeo sob demanda pode abranger inúmeras pequenas ofertas de conteúdo prestadas desde o exterior: aplicativos de filmes e jogos vendidos em lojas digitais, canais sediados em plataformas de compartilhamento etc. Assim como as lojas e plataformas, os agentes responsáveis por essas ofertas também participam das atividades de provimento. Exigir indiscriminadamente uma representação local para esses casos bloquearia uma multidão de conteúdos pondo em risco grande parte da diversidade atual da internet. Certamente não é esse o foco das entidades, mas viabilizar a regulação dos grandes provedores, especialmente de SVoD, que respondem pela parte substancial dos negócios audiovisuais sob demanda. A exigência de representação local é importante para esses casos, especialmente para garantir a efetividade da lei e das ações regulatórias brasileiras.

Outro assunto pertinente ao tema são as possíveis restrições à integração vertical entre operadoras das redes de telecomunicações e provedores, programadoras de TV e produtoras. Essa matéria foi incluída na legislação da TV por assinatura (artigos 5º e 6º da Lei nº 12.485), Sobre este tema, a Claro manifestou a seguinte posição:

CLARO: “Antes de apresentar suas contribuições às conclusões apresentadas pela ANCINE nessa AIR, a CLARO manifesta sua preocupação quanto ao fundamento adotado pela ANCINE, no que se refere a ideia de introdução de regras relativas à restrição à propriedade cruzada entre empresas do mesmo setor. A CLARO entende que as discussões atuais, envolvendo o mercado de TV por assinatura, e sua relação com as programadoras de conteúdo, no que se refere ao tema (propriedade cruzada) revelam que esta medida perdeu seu sentido, e que já é, inclusive, objeto de revisão via Projetos de Lei, atualmente, em andamento no Congresso Nacional. A CLARO entende que todo e qualquer problema concorrencial, incluindo os relacionados à propriedade cruzada entre empresas do mesmo setor, deve ser tratado pelo órgão brasileiro competente – CADE. Atualmente, por exemplo, o tratamento conferido pelo Marco Civil da Internet ao princípio da neutralidade de rede é suficiente para evitar eventuais danos colaterais que poderiam advir da prestação do serviço de VoD, concomitantemente, com a prestação do serviço de banda larga. Ademais, eventual impedimento do exercício da atividade de provimento de VoD aos agentes econômicos que detenham infraestrutura constituiria uma medida discriminatória em um segmento de mercado atendido em todo o mundo por agentes econômicos oriundos de diferentes atividades econômicas. De todo modo, a CLARO manifesta seu apoio com relação à eventual medida que tenha como foco a segregação funcional de atividades.”

As definições em torno desse assunto exigem ponderar outros elementos, mais amplos e complexos. Por mais que o sistema de proteção à concorrência disponha de mecanismos para coibir danos colaterais da concentração de poder econômico no mercado audiovisual, os segmentos do mercado audiovisual nacional, em especial os veiculados por mídias eletrônicas, vivem em regime de alta concentração a considerar os *standards* assumidos pelo CADE ou pelos órgãos norte-americanos de controle antitruste. Além disso, também é notória a possibilidade de danos à TV por assinatura causados pelas assimetrias com o SVoD, matéria que também preocupa a Claro. Assim, a situação revela um quadro onde pode ser saudável a existência de medidas regulatórias mais efetivas, com instrumentos *ex ante*, ainda que seu alcance efetivo seja limitado pelos contornos internacionais dessas empresas. Tal relação complementar entre defesa da concorrência e regulação é conhecida e valorizada pelos analistas e autoridades de ambas as atividades. Foi explicitamente reconhecida pelo CADE no voto do Conselheiro Relator do ato de concentração AT&T/WarnerMedia, mencionado pela Claro.[\[18\]](#)

Embora mais lentas nas suas definições, as estruturas regulatórias tendem a impor a lógica do interesse público sobre interesses específicos, desde que haja disposição e instrumentos para isso. É reconhecida a situação da União Europeia de proteção às mídias tradicionais e aos seus serviços locais, além do enquadramento tributário e regulatório mais isonômico nos países da Comunidade. Nos Estados Unidos, o refluxo atual da regulação antitruste não consegue esconder que, há pouco tempo, a Microsoft teve de submeter-se a mais de oito anos de supervisão judicial por acusações de monopólio e venda casada de serviços. Além disso, nos debates atuais, a preocupação com o gigantismo desses conglomerados tem sido motivo para propostas de contenção do seu domínio e de redução dos danos que provoca.[\[19\]](#)

Uma outra observação a ser feita é referente aos motivos para a opção do legislador no marco legal da TV por assinatura. No momento daquele debate, um alto nível de concentração era observado na atividade de programação. Com a exceção dos canais obrigatórios, a programação da Globosat representava a única oferta de canais brasileiros para 83% dos assinantes, situação potencializada pelas relações de coligação mantidas com o grupo empresarial que detinha participação nas duas principais distribuidoras (Sky e Net Serviços), estas responsáveis por 80% do mercado. Esse modelo de verticalização da atividade e a excessiva concentração dos direitos sobre conteúdos nacionais relevantes e de alto valor agregado foram os dois fatores identificados como os principais inibidores da expansão dos serviços. As consequências registradas indicavam baixa competição, pequena diversidade e pluralidade nos conteúdos e um nível de preços dos serviços, seja em valores brutos ou expurgados os tributos, superior à ampla maioria dos países.[\[20\]](#)

No caso do VoD, a discussão desse tema implica considerar os objetivos do país para o mercado audiovisual. É comumente aceito que, para os objetivos de hígidez concorrencial, maior diversidade na oferta de conteúdos, estímulo e proteção às empresas e profissionais brasileiros e controle interno do espaço comunicacional nacional, são muitas vezes necessários limites regulatórios à concentração.

As restrições à propriedade cruzada são um mecanismo clássico, utilizado por diversos países para o tratamento dessas situações. Instrumentos alternativos ou similares podem ser especulados, como as limitações à oferta acumulada de serviços, gatilhos financeiros ou de *market share* para as restrições à propriedade cruzada, desincentivos fiscais à concentração, barreiras ao licenciamento de eventos ou produtos audiovisuais de relevo etc.[\[21\]](#) Não é simples a modelagem de um ambiente de negócios equilibrado e competitivo, que preserve as mídias tradicionais e persiga os objetivos citados, inscritos na Constituição. Mas os instrumentos regulatórios analisados não podem ser descartados sob o argumento fácil da situação periférica do Brasil.

Outro instrumento regulatório possível é reivindicado pela Algar em sua contribuição. A empresa sugere a instituição de mecanismos de mediação e arbitragem na ANCINE com a atribuição de dirimir conflitos entre os agentes econômicos. Com esta proposta, a organização das estruturas públicas responsáveis pela regulação é introduzida no debate.

ALGAR: “É importante que se observe a liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor e a repressão ao abuso do poder econômico. Desta forma, uma premissa basilar sobre VoD é que este seja tratado por meio de atuação conjunta entre a ANATEL e ANCINE. É importante ainda que a ANCINE institua mecanismos de mediação e arbitragem de baixo custo quando da existência de conflitos entre players do mercado.”

Mediação e arbitragem são mecanismos utilizados por muitos países, inclusive na área audiovisual, com resultados bastante satisfatórios. Alguns dos mais conhecidos e eficazes foram criados pela França. Naquele país, o Conseil Supérieur de l’Audiovisuel (CSA) detém prerrogativas de mediação de conflitos e ajuste de condutas relacionadas especialmente com a responsabilidade editorial dos prestadores de serviços audiovisuais.^[22] Também na França foi criada, em 1982, a função de Mediador do Cinema, com mandato de quatro anos, considerado *autoridade administrativa independente* pelo Conselho de Estado em 2001.^[23] Em suas funções, o *Mediateur*, além de buscar a conciliação nos conflitos, resolve problemas de aplicação das normas, como em litígios entre distribuidores e exibidores de cinema sobre as janelas de exploração dos filmes. Em qualquer dessas e outras situações, a eficácia dos mecanismos de mediação e arbitragem depende de referências normativas claras de onde o agente incumbido extrai sua autoridade e capacidade de mediação. Nesse sentido, seria importante que a instituição de instrumento semelhante, no Brasil, fosse acompanhada de normas legais ou de um código de conduta, que pautassem as boas práticas no setor.

A principal questão relativa à organização institucional pública do VoD refere-se à definição da autoridade regulatória e suas atribuições. Muitas manifestações trataram do assunto lateralmente. Em alguns casos, ainda, os participantes entenderam como suficientes as estruturas públicas dedicadas à regulação da infraestrutura e à defesa da concorrência, preconizando redução das atribuições da ANCINE no mercado de conteúdos. Em outros casos, a ANCINE foi reconhecida como a autoridade destinatária dos preceitos regulatórios em debate e, até mesmo, cobrada por inação em suas competências atuais.

TERESA TRAUTMAN: “A Ancine já deveria ter regulado as janelas das obras audiovisuais, o seu objeto principal, mas deixou essa função ao mercado e aí é a lei da selva. E como ajudar na auto sustentabilidade da atividade se a questão dos direitos patrimoniais ainda está confusa (há programadoras estrangeiras que consideram o financeiro do Art. 39 como dinheiro próprio) e não ter as janelas estabelecidas claramente, o que deixa de rentabilizar as obras e nunca permitirá que elas alcancem todo o mercado. Mas também acordar somente agora para fazê-lo... Durante todos esses anos a Ancine ficou às voltas com obrigações acessórias, presa aos detalhes, perseguindo os pequenos e sem conseguir enquadrar os grandes e poderosos.”

Nas bases atuais, a regulação das condições de exploração das obras audiovisuais pela ANCINE limita-se às produções financiadas pelo FSA ou por incentivos fiscais. A Contribuição supracitada refere-se ao segundo caso. O assunto envolve principalmente os direitos adquiridos pelas programadoras de TV ou distribuidoras de cinema, a partir dos investimentos incentivados por meio dos mecanismos de remessa internacional. A despeito das dificuldades e das diversas tentativas, esta é uma matéria que deveria ser enfrentada pela Agência, inclusive para unificar regras contratuais com as do FSA e evitar retrabalho.

A contribuição da NeoTV foi a que mais diretamente tratou da definição da autoridade sobre o VoD, definindo a situação da Agência como *locus* da regulação a partir do debate sobre registro e informação.

NEOTV: “VII – DA ORGANIZAÇÃO JURÍDICA E INSTITUCIONAL PARA UM REGIME ÚNICO DE SERVIÇOS LINEAR E NÃO LINEAR

A condição essencial de registro dos provedores para o exercício das atividades no mercado de comunicação audiovisual do Brasil, a fim de garantir a viabilidade do acompanhamento destes, conforme já anteriormente explanado, confere maior assertividade ao acompanhamento setorial da agência reguladora.

Adentrando ao cenário posto, no que atine ao mercado do audiovisual nacional, goza da prerrogativa, em matéria de registro, a Agência Nacional de Cinema, ainda que, até o presente momento, esta não abarque o universo contemplado pelo VoD - Vídeo sob Demanda - e os tratamentos a este inerentes.

Contudo, a Medida Provisória 2.228-1, de 2001, através artigo 22, distintamente confere ser impositivo o registro perante a ANCINE de empresas que produzam, distribuam, exibam obras

cinematográficas e videofonográficas nacionais ou estrangeiras. Neste liame é que, importa dizer, frente a emergente regulação do VoD, a ANCINE se funda como “agente executivo e autoridade regulatória do mercado de conteúdos audiovisuais” (Análise de Impacto Regulatório — Agência Nacional de Cinema, Página 77), que se pode observar, a partir da premissa supramencionada, atinente ao conteúdo, é que segue compelida à ANCINE, a competência regulatória, no que refere-se ao seu conteúdo, para o mercado de VoD - Vídeo sob Demanda.

A partir deste elemento e adentrando à uma perspectiva mais macro da regulação do mercado em análise, insurge a necessidade de defender que a intersecção de competência entre as duas agências reguladoras que atualmente dirimem o mercado do audiovisual, quais sejam a Ancine e Anatel, aponta para um aperfeiçoamento.

Dentro desta lógica é que, a ideia de se delinear uma regulação concentrada em um só agente regulador, que detenha em si (i) a alçada relativa aos registros dos agentes econômicos, estes que deverão prestar informações relativas à oferta de conteúdos audiovisuais e às receitas auferidas a partir desta; que goze ainda da (ii) autoridade regulatória no atinente ao conteúdo, dispondo, então, sobre as premissas principiológicas que norteiam este, e por fim, em prol de uma maior eficácia prática e lógica; (iii) atuar para dirimir possíveis soluções de conflito, ainda com auxílio da arbitragem, sobre disputas comerciais entre provedoras de conteúdo ou produtoras e distribuidoras, se apresenta, então, como um avanço em âmbito regulatório.

Portanto, o que se almeja, no cerne, é que a regulação do mercado do vídeo sob demanda, mediante a atuação da Agência Reguladora, atinja seus principais objetivos, realçando, assim, o princípio da efetividade e contribuindo para um melhor curso do mercado do audiovisual.”

A associação propõe o aperfeiçoamento da situação atual, em que as competências regulatórias estão divididas entre ANCINE e ANATEL. O comentário, parece fazer referência ao modelo instituído para a TV por assinatura. Coerente com sua proposta de um regime único para o VoD, a associação trabalha com a ideia de uma “regulação concentrada em um só agente regulador”, a ANCINE, por decorrência das atribuições criadas desde a MP 2.228-1. Além da própria definição da Agência como autoridade regulatória, são destacadas duas outras macroatribuições da ANCINE, o tratamento do registro e informações dos agentes econômicos e a arbitragem e solução de disputas comerciais entre provedores e produtoras ou distribuidoras de conteúdo.

A posição da NeoTV sobre este assunto parece adequada aos juízos da AIR. Para um ambiente de negócios juridicamente mais estável e o planejamento mais coerente das ações regulatórias, é importante que não haja dúvidas sobre o *locus* da regulação. Agregue-se que a eficácia da Agência, na persecução dos princípios e objetivos fixados para o setor, também depende muito de outros instrumentos regulatórios não mencionados na proposta. Observe-se, porém, que a ideia, de fato, não implica nenhum desvio ou mudança de rumo da organização atual da estrutura pública. O ponto de partida é a ideia de que o mercado de conteúdos possui lógica própria, em larga medida dissociada dos assuntos da infraestrutura, embora mantenha com eles relações de interdependência. No caso do VoD, esse distanciamento é ampliado, com a autonomia de ambos os mercados. Deste modo, a confirmação da ANCINE como órgão regulador do VoD, nem mesmo significa uma concentração de atribuições antes distribuídas entre as duas Agências. Sob essa diretriz, a ANATEL permaneceria focada nos serviços de comunicação eletrônica, as redes de infraestrutura que permitem a internet, enquanto a ANCINE regularia o mercado de conteúdos audiovisuais, no sentido proposto pela AIR.

SOBRE A TRIBUTAÇÃO

A tributação incidente sobre os serviços de VoD foi o assunto que mereceu as análises e comentários mais numerosos na Consulta Pública. Além dos elementos de assimetria já anotados, as manifestações concentraram-se principalmente no exame da CONDECINE e envolveram desde os efeitos atuais do

tributo sobre os serviços de VoD até a análise e posicionamento sobre as melhores alternativas a serem inscritas em nova legislação. Como introdução ao tema, cabe transcrever a manifestação inicial da Câmara e-net, que faz um apanhado bastante adequado das observações gerais feitas pelo Relatório de AIR sobre o assunto.

CÂMARA E-NET: “A AIR disponibilizada pela Ancine identifica como problema o tratamento tributário diferenciado entre TV por Assinatura e VoD. Enquanto a primeira está sujeita à incidência do ICMS (cujas alíquotas ultrapassam 10%), os serviços de VoD foram incluídos na lista do ISS (com alíquotas que variam entre 2% e 5%), diferença essa que teria sido criada, segundo o relatório, porque o legislador teria optado por não considerar as relações de competição existentes entre VoD e TV por Assinatura, beneficiando de forma indevida as OTTs de VoDs.

Com relação especificamente à Condecine, o relatório lembra que essa contribuição tem por finalidade arrecadar recursos para o Fundo Setorial Audiovisual — FSA, incidindo sobre todos os modelos do mercado audiovisual (inclusive VoDs). Ademais, menciona que, não obstante a destinação comum, existem três tipos de Condecine: Condecine-Teles (art. 32, II); Condecine-Remessa (art. 32, § único) — com alíquota de 11% a cada remessa para o exterior, funcionando como uma contrapartida dos agentes econômicos estrangeiros pela exploração do mercado brasileiro; e (iii) Condecine-Título (art. 32, I e III), cuja estrutura é mais complexa e diversificada. De acordo com o descrito no relatório de impacto regulatório, as VoDs estariam enquadradas tanto na cobrança de Condecine-Remessa quanto de Condecine-Títulos.

Quanto à aplicação da Condecine-Títulos, o relatório apresenta uma crítica veemente ao modelo em voga. Atualmente, o tributo de natureza extrafiscal é devido sobre cada título presente nos catálogos, o que provocaria um nivelamento entre os serviços sem considerar os resultados econômicos obtidos. Em outras palavras, segundo o relatório, capacidades contributivas desiguais seriam oneradas de forma equânime, o que resultaria em barreiras significativas a *players* menores e desestimularia o crescimento e diversidade dos títulos dos catálogos, afetando particularmente as produções independentes e as obras de arte e ensaio.

De acordo com a Ancine, modelo tende a constituir uma barreira à entrada significativa para os pequenos provedores e a restringir a diversidade dos títulos, em especial na TVoD. Mais especificamente, pelo fato de a cobrança incidir sobre cada título, a barreira estaria no custo fixo que a Condecine-Título representa para o provedor de VoD, independentemente da rentabilidade da obra, o que desestimula esses provedores a adicionar obras independentes ao catálogo. No caso das SVoDs, como constata a Ancine, o organizador do catálogo pode ser induzido a restringir ou descartar títulos menos rentáveis. Como um catálogo amplo é o ativo mais significativo das SVoDs, a regulação pode acabar interferindo na sua atratividade e desestimulando novos empreendedores.

Há, ainda, outras distorções mencionadas pela Ancine: (i) embora a regra estabeleça que o detentor dos direitos de exploração comercial é o sujeito passivo da obrigação, em alguns casos, é pactuado que a obrigação do Condecine-Título recairá sobre o produtor, embora a responsabilidade pelo não pagamento incorra sobre o provedor; e (ii) mais importante, o sistema atual tem um custo burocrático demasiadamente elevado, pois exige autorizações e registros *a priori* para todas as obras, o que seria substancialmente mais oneroso para os provedores de VoD, que tendem a ter catálogos maiores. Ademais, a fiscalização é mais complexa do que na de TV por Assinatura, já que, por exemplo, a autoridade precisa identificar o período em que a obra ficou disponível no catálogo, ampliando a necessidade de reunir dados e documentos e destinar recursos para a análise.

A partir das dificuldades identificadas, a Ancine recomenda uma reavaliação das normas infralegais sobre o tema. Tal reforma precisaria observar alguns parâmetros e objetivos alinhados com as políticas tributárias, entre os quais: (i) promover tratamento tributário isonômico; (ii) distribuir ônus tributário de forma condizente à capacidade contributiva dos agentes; (iii) coibir barreiras à concorrência; (iv) evitar pressões excessivas sobre os preços; e (v) estimular a inclusão de conteúdo brasileiro independente.

Nesse sentido, a Ancine inicia uma análise sobre alternativas de ação, considerando alguns pontos positivos e negativos sobre cada modelo. A tabela 01 sintetiza as opções debatidas:

Tabela 01: Modelos de Condecine debatidos no relatório

Tipo	Detalhamento
Incidência sobre as	Incidência sobre as receitas de venda das distribuidoras/duplicadoras .

receitas de todo o mercado audiovisual	
Incidência sobre receitas VoD	Incidência exclusivamente sobre as receitas dos serviços de VoD.
Incidência sobre operações financeiras de VoD	Limita a tributação aos valores entregues por meio eletrônico em pagamento pelos serviços.
Incidência sobre assinaturas e transações	O fato gerador deixa de observar a obtenção de receitas para restringir-se às operações comerciais de licenciamento de conteúdos realizadas entre provedor e usuário.
Incidência sobre catálogos	Utiliza o catálogo como fato gerador. A hipótese de incidência acontece independentemente da realização de qualquer operação comercial entre provedor e usuário, materializada em receitas, licenciamento ou fruição de obras ou em assinaturas.

Por fim, o RIA menciona que, independentemente do modelo escolhido, seria recomendável uma Condecine **que observe a capacidade contributiva dos agentes e** um resultado que atinja a neutralidade tributária entre VoD e TV por assinatura, de forma a corrigir as supostas distorções causadas pelo tratamento atual, mas incluindo elementos de progressividade ou mesmo isenção para empresas que tenham operações de menor monta.”

Em relação a esse resumo, a observação mais importante envolve a recomendação de reavaliação das normas infralegais pela ANCINE, em face da análise do modelo. No resumo, a Câmara e-net vincula essa ideia a alguns dos preceitos que serviram de referência para a análise do modelo de CONDECINE descrito no Relatório (parágrafo 201). Vale enfatizar que tais preceitos são defendidos especialmente como referência para a modelagem de um novo marco legal para o VoD, embora também informem a análise do exercício das prerrogativas atuais da Agência. A sugestão de reavaliação de normas infralegais (parágrafo 216), extensível aos procedimentos e a outros atos administrativos, refere-se aos temas tributários em que já há competência da ANCINE estabelecida pela Lei.

Em relação às implicações e consequências da forma atual da CONDECINE-título, grande parte das contribuições reproduz os argumentos elencados pelo Relatório de AIR. É o caso do documento apresentado pela Synapse.

SYNAPSE: “Dada a lógica de funcionamento da distribuição de conteúdos sob demanda acima exposta, a cobrança da CONDECINE Título suprime a beleza e inibe as virtudes da distribuição digital e de seu desenvolvimento, já que a incidência de um tributo sobre cada título disponibilizado sob demanda produz barreiras de entrada para novos players e impossibilita a manutenção de modelos de negócios centrados na distribuição digital por pura inviabilidade econômica e logística.

2 - O RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO DA ANCINE JÁ AFIRMA OS EFEITOS NEFASTOS DA CONDECINE TÍTULO À DISTRIBUIÇÃO DIGITAL DE CONTEÚDOS SOB DEMANDA

A ANCINE, na página 135 do Relatório de Análise de Impacto Regulatório de VOD traz a seguinte conclusão sobre a incidência da CONDECINE TÍTULO sobre os conteúdos consumidos sob demanda:

“(371) [EFEITOS DA CONDECINE-TÍTULO.][\[24\]](#) Sob o enquadramento atual do VoD há efeitos problemáticos da CONDECINE sobre as relações de competição e a formação de catálogos mais amplos. Além da política de isenções onerar a produção independente em relação os conteúdos

próprios das programadoras, o uso de alíquota específica acaba por tratar de forma igualitária empreendimentos muito desiguais. Os catálogos têm seu custo tributário elevado em proporção à sua amplitude, independentemente dos resultados comerciais obtidos **Os efeitos esperados são contrários ao preceituado, com a tendência à redução da quantidade e diversidade dos títulos, dificuldades de inclusão de obras independentes, menor oferta de serviços e maior concentração**”.

A Agência também aborda no Relatório sob consulta pública, na página 81, a complexidade do critério da segmentação de mercado para lidar com os modelos de negócio que surgiram no meio digital de transmissão de conteúdos:

“[196] A segmentação do mercado audiovisual como critério de incidência tributária reflete a evolução do mercado audiovisual e é uma referência muito útil para o comércio de direitos e a maximização da circulação dos conteúdos. Essa abordagem permanece válida, mas vive complexidades crescentes. Os agentes econômicos – distribuidores de cinema e vídeo, programadores de TV aberta e por assinatura, provedores de SVoD e TVoD – têm ampliado seus serviços e atividades para além do segmento específico e, desse modo, embaralham a competição intra e entre segmentos, tensionam a cronologia das mídias de exploração dos conteúdos e pressionam pela pactuação de licenciamentos mais abrangentes na exploração de obras independentes. Grandes companhias de TV e provedores de VoD, proprietários de conteúdo, tendem a desconsiderar ou a enfrentar a cadeia de segmentos, procurando estender o controle exercido sobre os conteúdos próprios aos independentes. Embora esses fenômenos não inviabilizem o critério de segmentação para a incidência da CONDECINE, expõem com mais destaque o custo burocrático da segmentação na ponderação das alternativas dessa tributação.

[197] [...] Como visto, na forma atual, a CONDECINE devida sobre a oferta de cada título dos catálogos nivela os serviços sem considerar seus resultados econômicos, ou a dimensão, composição e valor dos catálogos em si. Esse Isolamento, que onera de maneira igual capacidades contributivas desiguais, tende a constituir uma barreira significativa para os pequenos provedores e a restringir a quantidade e diversidade de títulos nos catálogos. Independentemente dessa falha na isonomia tributária, que de fato também afeta outros segmentos, a taxação atual tende a desestimular a formação de catálogos mais diversificados. Em especial no TVoD, a colocação de filmes e séries nas lojas do varejo digital sofre barreira importante, um custo fixo inicial que pode ser expressivo para muitas obras e proibitivo para alguns catálogos. São especialmente afetados os conteúdos estrangeiros de produção independente e as obras de arte e ensaio, entre eles grande parte da cinematografia de referência das duas últimas décadas.

Assim, a incidência da CONDECINE Título sobre os conteúdos de VOD tal como está estabelecida atualmente pela Instrução Normativa 105/2012 restringe a possibilidade da formação de um catálogo de cauda longa, inviabilizando o desenvolvimento da oferta econômica de conteúdos sob demanda.”
[todos os grifos são da Synapse]

Os parágrafos transcritos refletem bastante a bem a percepção expressa na AIR sobre os efeitos da fórmula atual da CONDECINE-título. Em resumo, a legislação não chega a ser inaplicável, em especial para o caso dos grandes provedores de SVoD, mas desincentiva grandes catálogos com consequências nocivas sobre a diversidade e a colocação de obras brasileiras e independentes, além de poder atuar como barreira impeditiva sobre os serviços de menor monta. O modelo atual basicamente não considera o tamanho e a capacidade contributiva dos negócios, o que acaba por estimular a concentração em detrimento da competição e da qualidade dos serviços.

Uma observação adicional pode ser feita em relação aos catálogos de cauda longa,^[25] conforme destacados pela Synapse, pelas dimensões potenciais do mercado brasileiro. Esse conceito pode ajudar a descrever a estratégia de serviços como Youtube e encontra tanto referências como problemas quando se mira as lojas de TVoD, mas não parece ser a melhor referência quando o assunto é a ação dos provedores de SVoD. A falta de acesso aos microdados dos grandes provedores não permite afirmações peremptórias. No caso das lojas de TVoD, seria preciso conhecer as vendas efetivas dos conteúdos vis-à-vis a organização das categorias e prateleiras, tanto para se saber se há comércio real da massa de títulos ali depositados como para mensurar os efeitos das políticas de proeminência adotadas pelo provedor.^[26] No SVoD, não há propriamente vendas de títulos, mas do catálogo integral. Os custos financeiros atuam como limitadores do alongamento desejado pelo modelo e pressionam para baixo a dimensão do catálogo. Essas

considerações ajudam a entender a afirmação da AIR de que os efeitos danosos do atual modelo de CONDECINE-título são potencialmente mais fortes no transacional do que no SVoD.

Ainda em relação à contribuição da Synapse, é válido mencionar que a AIR não afirma que “a CONDECINE-título não se aplica ao VoD”. Vale lembrar que atualmente a norma é clara em relação à definição desse segmento como parte da categoria “outros mercados”. A AIR não questiona tal fato, mas sim se preocupa em analisar suas consequências e apontar propostas de melhorias em termos de novos modelos de aplicação. Analisar a efetividade jurídica da norma hoje vigente não esteve no escopo da AIR e nem no do presente Relatório.

As observações da Synapse sobre a CONDECINE-remessa e a desigualdade de tratamento entre empresas nacionais e estrangeiras também merecem análise e algum esclarecimento. As assim chamadas CONDECINE título e remessa são, de fato, tributos distintos a se considerar fatos geradores (operações de exploração comercial no mercado interno ou remessas internacionais de rendimentos), bases de cálculo (número de títulos ou valor remetido), tipo de alíquota (específica ou *ad valorem*), sujeito passivo (detentor dos direitos de exploração ou responsável pela remessa), período de incidência (a cada cinco anos para obras não publicitárias ou fato fixo e não contínuo), momento da incidência em relação à exploração da obra (anterior ou posterior), efeito sobre a exploração (liberatório ou não) e autoridade responsável pela administração tributária (ANCINE ou Receita Federal). Neste sentido, as duas CONDECINEs não substituem uma à outra, de modo que os exploradores estrangeiros de obras audiovisuais no mercado interno também pagam CONDECINE-título. A tributação da remessa, utilizada em múltiplas atividades econômicas, equivale a uma contrapartida pela faculdade dada aos agentes estrangeiros de explorarem o espaço audiovisual brasileiro e uma compensação ao país por não reinvestirem seus rendimentos no território nacional. Dessa forma, a conclusão da Synapse de que os agentes estrangeiros são favorecidos pelo modelo em detrimento dos nacionais só tem sentido se forem consideradas as sobreposições de incentivos fiscais (IR + CONDECINE) de alguns mecanismos de apoio à produção baseados na tributação das remessas ao exterior.

A TAP Brasil repete alguns argumentos e citações sobre os efeitos da CONDECINE-título anotados na AIR:

TAP BRASIL: “Um ponto que merece destaque é o reconhecimento pelo Relatório que o atual modelo de tributação de CONDECINE TÍTULO criado pela própria ANCINE por instrução normativa sobre o VOD (de legalidade questionável o objeto de requerimento pela própria TAP BRASIL, em conjunto com outras entidades, de nulidade) causa efeitos problemáticos. Assim explicita:

(371) EFEITOS DA CONDECINE-TÍTULO. Sob o enquadramento atual do VoD, há efeitos problemáticos da CONDECINE sobre as relações de competição e a formação de catálogos mais amplos. Além da política de isenções onerar a produção independente em relação os conteúdos próprios das programadoras, o uso de alíquota específica (fixa) acaba por tratar de forma igualitária empreendimentos muito desiguais. Os catálogos têm seu custo tributário elevado em proporção à sua amplitude, independentemente dos resultados comerciais obtidos. **Os efeitos esperados são contrários ao preceituado, com a tendência à redução da quantidade e diversidade dos títulos, dificuldades de inclusão de obras independentes, menor oferta de serviços e maior concentração.**

Essa conclusão é suficiente a permitir que a Diretoria Colegiada delibere favoravelmente ao pedido de reconhecimento da nulidade da CONDECINE TÍTULO criada pelas IN 95 e 105 da ANCINE e a concessão da cautelar administrativa requerida. A conclusão está em linha com “*Relatório de Consulta Pública sobre a Notícia Regulatória sobre a Comunicação Audiovisual sob Demanda e Recomendações da ANCINE para uma regulação da Comunicação Audiovisual sob Demanda*”, o qual foi apresentado pela área técnica na 2ª Reunião Ordinária do Conselho Superior do Cinema, no dia 16 de maio de 2017. Esse relatório, embora fosse apenas descritivo, reconheceu que há um consenso de que a CONDECINE TÍTULO para o vídeo sob demanda é inviável. **Neste particular a ANCINE comenta o resultado da pesquisa afirmando que a Agência concorda que a CONDECINE TÍTULO não é a forma mais adequada ao VoD.**

A validade da CONDECINE enquanto uma contribuição de intervenção na atividade econômica tem por pressuposto que sua cobrança e arrecadação não afetem nem prejudiquem o desenvolvimento da própria indústria que ela pretende desenvolver por meio dos programas criados pelo art. 47 da MP 2228-1/2001. Sendo a CONDECINE uma CIDE que tem por pressuposto o desenvolvimento e fomento da indústria cinematográfica e audiovisual no Brasil, conforme as regras acima destacadas, eventuais imposições e cobranças que sejam realizadas e que resultem em ação negativa ao mercado de VoD automaticamente padecem de vício de ilegalidade, contrariam o fundamento de validade da CIDE e, portanto, a própria Constituição Federal.

Considerando que: a cobrança da CONDECINE sobre o VoD, fixada pelas INs 95/11 e 105/20 12, tem base no conceito de segmento de “outros mercados” e na remissão pela IN à regra de cobrança fixada no art. 33 da Medida Provisória nº2228-1/2001; que o segmento de “outros mercados” está vinculado a valores fixos prescritos no próprio anexo da MP 2228-1; e que, por se tratar de CIDE, a subsunção por ato infralegal de um dado segmento de mercado (como o VoD) ao conceito de “outros mercados” apenas poderia ocorrer e ser aplicada se a cobrança de tais valores fixos comprovadamente fosse coerente com a lógica do mercado de VoD), então tal cobrança afigura-se ilegal.

Com a entrega do Relatório a ANCINE já teria elementos suficientes para o reconhecimento em autotutela administrativa da nulidade dos dispositivos das INs 95/11, 104/12 e 105/12 que tiveram por consequência a extensão do modelo tributário da CONDECINE TÍTULO às atividades exploração comercial de obras audiovisuais publicitárias e não publicitárias na aplicação tecnológica de VoD.”

Ressalte-se, novamente: ao explorar eventuais efeitos nocivos da CONDECINE-título sobre a dinâmica do VoD a AIR não questiona a legalidade do tributo, a menos que haja comprovada violação de preceitos fundamentais. Para que isso acontecesse, a obrigação tributária precisaria ter efeito de confisco ou violar qualquer outra vedação imposta pelo art. 150 da CRFB. Igualmente, não parece razoável o argumento de que a CONDECINE-título/VoD seria ilegal por não guardar coerência com a lógica desse mercado.

Em duas notas aos seus comentários, a TAP Brasil reproduz notas do *Relatório de Consulta Pública sobre a Notícia Regulatória sobre a Comunicação Audiovisual sob Demanda e Recomendações da ANCINE para uma regulação da Comunicação Audiovisual sob Demanda*. Nesse documento, a Agência relata um consenso contrário à forma atual da CONDECINE-título e posiciona-se por uma tributação incidente sobre a receita bruta das empresas como mais adequada ao segmento.

TAP BRASIL: “Nota 6: “E. CASO A INCIDÊNCIA DA CONDECINE PASSE A TER BASE NO FATURAMENTO DAS EMPRESAS QUE ATUAM NA COMUNICAÇÃO AUDIOVISUAL SOB DEMANDA, QUAIS OS PERCENTUAIS QUE DEVERIAM SER PRATICADOS?”

“1. **Existe certo consenso entre as contribuições apresentadas** de que o modelo de tributação por título, com reincidência do tributo a cada 5 (cinco) anos, atualmente em vigor por força da Medida Provisória no. 2.228-1/01, **não é viável para a comunicação audiovisual sob demanda em razão da natureza do negócio, qual seja, a oferta de catálogos com número de títulos virtualmente incontável.** O que toma o vídeo sob demanda atraente ao consumidor é exatamente a possibilidade de fruição de amplo catálogo, algo que pode ser inibido pelo atual regime tributário em vigor. (...)” (destacado)

Nota 7: “**Comentários da ANCINE:** A ANCINE, em linha com a maioria das contribuições à Consulta Pública, entende que o modelo de cobrança da CONDECINE incidente sobre obras audiovisuais (valor fixo, por título, reincidente a cada cinco anos), não se adequa à realidade do segmento de VoD, sendo a tributação vinculada a receita bruta a mais adequada. (Relatório, cit. pág. 18)”

Esse relativo consenso sobre a inadequação da atual CONDECINE-título foi reiterado por diversas contribuições. A GBSA é uma das empresas que se manifestou neste sentido, ressaltando a posição mais vulnerável dos serviços de pequeno e médio porte e dos provedores que atuam concomitantemente na programação de TV por assinatura. Entre as alternativas analisadas pela AIR, a empresa opta pela incidência sobre as operações financeiras, de pagamento por assinaturas e transações, mas apoia a possibilidade de adoção de regimes tributários facultativos conforme a escolha do contribuinte.

GBSA: “**CONDECINE-Título:** A manutenção da CONDECINE-Título, como previsto na legislação atual, e sua extensão para o serviço de VOD, corre o risco de tornar a operação de alguns canais ou serviços de médio e pequeno porte inviável, notadamente os entrantes oriundos do SeAC, que teriam seus custos, neste item específico, mais do que dobrado em relação àqueles que prestam apenas um dos dois serviços.

REFORMA DA CONDECINE: Dentre as possibilidades identificadas e descritas na AIR VOD, a opção mais isonômica é aquela que propõe que a CONDECINE incida sobre as operações financeiras, com tributação proporcional ao resultado comercial do provimento sobre operações financeiras realizadas para pagamento de assinaturas e transações.

Importante destacar, também, que é muito salutar a possibilidade de facultar ao contribuinte a escolha do regime tributário mais adequado à sua situação particular, visando, inclusive, diminuir os custos burocráticos e de transação envolvidos.”

Na alternativa defendida pela GBSA, a CONDECINE incide diretamente sobre os pagamentos por meios eletrônicos controlados sob o Sistema de Pagamentos Brasileiro, gerido pelo Banco Central. Há diversas vantagens operacionais no modelo, conforme descritas pela AIR: o automatismo e a economia processual decorrente, a facilidade de arrecadação junto às instituições financeiras, inclusive das operações comerciais realizadas com o exterior, a maior transparência, agilidade, confiabilidade e complexidade dos dados obtidos etc. No entanto, embora a proposta envolva avanços na isonomia entre alguns serviços, também padece de alguns desequilíbrios sob esse princípio. Parte muito significativa das operações de VoD não são financiadas por pagamento dos usuários. É o caso principalmente do AVoD, coberto por venda de espaços publicitários. Dessa forma, um tratamento tributário efetivamente mais isonômico e equilibrado entre os diversos serviços de VoD e TV deveria integrar a incidência sobre as receitas totais do serviço com esse mecanismo sobre operações financeiras eletrônicas como instrumento complementar, estendendo o modelo a todos os serviços audiovisuais concorrentes, o que poderia ser avaliado em conjunto com uma eventual extinção da CONDECINE-título.

A ANDAI reforça a avaliação dos efeitos prejudiciais da mecânica atual da CONDECINE-título sobre a colocação de títulos nos catálogos. Sobre o assunto, acompanha a proposta do PLS 57/2018 apoiado pela associação, que estabelece um percentual sobre o faturamento como fórmula de determinação do crédito tributário.

ANDAI: “Destacamos alguns dos pontos que consideramos fundamentais no presente projeto [refere-se ao PLS 57/2018, em tramitação no Senado]:

(...)

Previsão de pagamento de CONDECINE por meio de percentual do faturamento, com cálculo feito de acordo com o faturamento anual (artigo 21) — sobre este ponto, vale observar que caso fosse praticado um valor fixo por Título, como é feito em outras janelas de exibição, isto inviabilizaria a presença de uma grande quantidade de títulos à disposição dos consumidores, em especial de títulos com menor potencial comercial.”

As associações de produtores e cineastas também avaliam as fórmulas em vigor como prejudiciais à dimensão dos catálogos. Elas defendem a incidência sobre as receitas brutas, abrangendo assinaturas, transações e publicidade, como a forma mais justa. Relatam discussões no Conselho Superior do Cinema sobre o assunto, entre outros modelos analisados, inclusive com a projeção das alíquotas correspondentes.

APACI, BRAVI e APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV: “**5. Contribuição para Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional — CONDECINE.**

A Contribuição para Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional — CONDECINE é devida por todos os segmentos de mercado que compõe o setor audiovisual. Na sua forma atual, a incidência deste tributo sobre os serviços de VoD tem como base de cálculo o número de títulos disponibilizados nos catálogos do serviço, causando um efeito prejudicial sobre a quantidade de conteúdo ofertada ao público brasileiro e insegurança jurídica na extensão de sua aplicação.”

Neste sentido, uma forma mais justa de sua aplicação sobre os serviços de vídeo por demanda seria a aplicação de uma alíquota fixa em relação as receitas obtidas com a exploração destes serviços no Brasil.

Tal forma de recolhimento encontra respaldo nas experiências internacionais de tratamento tributário do setor, como demonstrado no **Relatório de Análise de Impacto 001/2019/ANCINE/SAM/CAN (VERSÃO PÚBLICA) Agosto/2019**, as quais vinculam a autorização para prestação do serviço ao recolhimento de uma contribuição direcionada a alimentação de fundos setoriais, assim como obrigações de investimento direto na produção de obras audiovisuais, com o objetivo de financiamento da produção audiovisual nacional.

O Conselho Superior de Cinema — CSC, no início das discussões da regulamentação do VoD, em 2017, compôs um Grupo de Trabalho que analisou as políticas tributárias e de estímulo à produção audiovisual adotadas por diferentes países. Ao longo dos trabalhos, o CSC analisou a proposição de alíquotas de 3,5 a 5% sobre as receitas brutas, assim como outras formas de tributação, mais complexas, tanto do ponto de vista da arrecadação como da fiscalização, que se mostraram inconclusivas para os representantes da produção independente brasileira.

Considerando uma forma de tributação que tenha como base de cálculo a receita bruta de exploração deste serviço, poderiam ser levados em consideração os valores auferidos através de:

- assinatura, direta ou indireta, para acesso a catálogo, no todo ou em parte;
- aluguel, cessão ou venda de conteúdo audiovisual individualizado;
- cessão de espaço publicitário e inserção publicitária.

Com a instituição do recolhimento da CONDECINE sobre a receita bruta advinda da exploração dos serviços de VoD no país, tornar-se-á desnecessário o seu recolhimento por título no que se refere a exploração comercial de obras audiovisuais não publicitárias em “outros mercados”, conforme estabelecido na MP 2228/2001. Mecanismo inadequado, que tem provocado significativa insegurança jurídica no setor, e que poderia, portanto, ser revogado.

No entanto, é preciso atentar para o fato de que, ao contrário do que ocorre com a exploração comercial de obras audiovisuais não publicitárias, no caso das obras audiovisuais publicitárias, a CONDECINE incidente sobre os “outros mercados” audiovisuais cumpre um papel relevante de intervenção no domínio econômico, na proteção das empresas produtoras de publicidade brasileiras da concorrência predatória gerada pela importação de obras publicitárias estrangeiras a serem veiculadas na internet.

Neste sentido, a eventual revogação do recolhimento de CONDECINE sobre “outros mercados” precisa ser acompanhada da manutenção de sua alíquota, vinculada exclusivamente a exploração comercial de obras cinematográficas ou videofonográficas publicitárias para veiculação na internet.”

Essa proposta das entidades merece alguns comentários. O primeiro refere-se à ideia de uma *alíquota fixa*. Nesse caso, entendemos que a proposta refere-se a uma alíquota *ad valorem* em percentual fixo, aplicável às receitas dos provedores qualquer que seja a sua dimensão. Conforme apontado na AIR, no caso de uma CONDECINE incidente sobre as receitas, deveria ser especulada a possibilidade de isenção para pequenos provedores (e programadoras, no caso de extensão do modelo), de forma a fornecer uma dinâmica progressiva à ação. Os pequenos provedores têm capacidades reduzidas e alternativas de gestão mais limitadas em relação aos grandes e, por isso, alíquotas não progressivas tendem a representar ônus desigual. Em sentido contrário, um modelo de progressividade fiscal pode constituir-se em instrumento regulatório contratendencial à concentração

Uma segunda observação envolve a hipótese de revogação da CONDECINE sobre *outros mercados* sobre obras não publicitárias, a partir da incidência do tributo sobre as receitas de VoD. Evidentemente, no caso de criação de uma nova hipótese de incidência sobre o VoD, os serviços deveriam ser formalmente excluídos da categoria genérica e residual *outros mercados*, evitando dupla tributação. Porém, é de se referir que, sob a atual legislação, os serviços abrangidos pela expressão não se resumem ao VoD, o que deveria exigir uma análise sobre as consequências dessa exclusão

Ainda, a criação de uma nova CONDECINE sobre as receitas de VoD, ensejaria também o debate pela realização de movimento semelhante em relação aos demais serviços audiovisuais, , uma vez que, no contraste entre TV por assinatura e SVoD, por exemplo, a primeira teria mantido o sistema de registro, liberação e pagamento anteriores à exibição, ao contrário do VoD, liberado de autorizações e procedimentos prévios. Empresas com operações nos dois serviços teriam de realizar uma segregação funcional ou contábil entre os segmentos, situação nem sempre fácil e que envolve custos importantes

tanto para as empresas quanto para a fiscalização. Da mesma forma, modelos híbridos de negócio poderiam viver sob constante insegurança.

Quando analisa a tributação, a Netflix faz um comentário tangencial ao tema da assimetria regulatória atual, distinguindo a natureza jurídica dos tributos – CONDECINE como CIDE e o IVA/VAT como imposto – especialmente em relação às suas diferenças em relação à extrafiscalidade.

NETFLIX: “(e) Da tributação dos serviços de VoD

(e.1) Setorialidade da CONDECINE

A Constituição Federal atribui à União a competência para instituir Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, sendo estas condicionadas ao atendimento de determinada finalidade específica na respectiva área de atuação do contribuinte.

Quando o atual arcabouço legal do setor audiovisual brasileiro tomou forma, com a Medida Provisória nº 2228-1/2001, estabeleceu-se um tributo extrafiscal, setorial, destinado ao financiamento da operacionalização do próprio setor: a CONDECINE.

Tais esclarecimentos são importantes para destacar a distinção da natureza jurídica da CONDECINE, como tributo setorial, daquela relativa ao Imposto sobre Valor Agregado (IVA), também conhecido como VAT (Value Added Tax), evitando-se, com isso, a confusão dos institutos.

O IVA ou VAT é um imposto, não uma contribuição, incidente sobre o consumo de produtos, serviços, transações comerciais ou importações, a depender da legislação do País que se está considerando, classificado como um imposto indireto, sob arrecadação do ente indicado pela respectiva Autoridade Fiscal.

Assim, entendemos ser necessário deixar claro que não há sentido em se comparar ou utilizar como referência tal imposto (IVA) que, como imposto que é, pode ter seus recursos direcionados a qualquer finalidade desejada pelo Governo, para se discutir um tributo setorial como a CONDECINE, cuja natureza jurídica é de uma contribuição de intervenção no domínio econômico, destinada ao fomento e financiamento do setor audiovisual brasileiro. São, portanto realidades diferentes, que não podem ser igualadas para que se analise a hipótese de instituição de CONDECINE.” (grifos do autor)

Neste sentido, vale dizer que a AIR não igualou CIDEs e impostos. Ao contrário, o estudo reservou alguns parágrafos para destacar e descrever a natureza extrafiscal da CONDECINE e seus efeitos sobre o desenvolvimento da atividade audiovisual. A comparação feita, então, para evidenciar o tratamento assimétrico se referia à carga tributária incidente sobre as receitas da TV por assinatura e SVoD, o que, no Brasil, inclui não apenas CONDECINE, mas também ICMS, ISS, a COFINS e a Contribuição para o PIS como tributos principais. Na comparação internacional, embora o IVA ou VAT seja imposto diferente, especialmente pela sua amplitude, possui natureza semelhante ao conjunto desses tributos se considerados esse modo de incidência, o ônus sobre as empresas e sua repercussão sobre custos e preços dos produtos e serviços, e não a destinação dos seus recursos. Permanece válido que, nos países europeus, o SVoD enfrenta alíquota média de 21% (sem considerar eventuais taxas destinadas ao financiamento da produção independente), enquanto vizinhos sul-americanos observam alíquotas entre 19% e 22%. No contraste com outros serviços internos, a comparação foi feita entre as alíquotas de ICMS aplicadas à TV por assinatura (entre 10% e 15%) e o ISS incidente sobre o streaming (apenas 2% a 5%), uma vez que ambos pagam PIS/COFINS a uma taxa efetiva em torno de 4%.

Na sua avaliação, a Netflix acrescenta alguns efeitos importantes ao diagnóstico compartilhado pela maioria dos agentes econômicos sobre a inadequação da CONDECINE-título. A empresa pontua quatro prejuízos decorrentes dessa mecânica tributária.

NETFLIX: “(e.2) Instituição da CONDECINE sobre os serviços de VoD no Brasil

De modo a ampliar o escopo de aplicação da CONDECINE criada por meio da MP 2228, a Instrução Normativa nº 105/2012, da Ancine, incluiu a atividade sob a rubrica “outros mercados” (art. 33, I, alínea e), dentre aqueles setores da indústria sujeitos ao pagamento da CONDECINE-título, incidente sobre veiculação, a produção, o licenciamento e a distribuição de obras audiovisuais.

No entanto, conforme bem pontuado pela Agência no documento da AIR ora em comento, esse caminho não se apresenta como uma opção adequada para o fomento da indústria nesse segmento de mercado.

Isto porque a incidência da CONDECINE-título sobre o VoD tem os seguintes efeitos potenciais: **(i) efeito danoso sobre o preço cobrado ao consumidor, na hipótese do provedor repassar os tributários aos usuários do serviço; (ii) limita o crescimento de catálogos, desestimulando especialmente os conteúdos de nicho, de menor potencial comercial, o que prejudica a variedade experimentada pelo usuário e a livre circulação das obras, tão cara aos produtores; (iii) afeta a concorrência, uma vez que o custo de entrada de novos agentes é altamente inflacionado pela obrigatoriedade de pagamento da contribuição para cada título componente de seu catálogo, o que também compromete provedores de menor poder aquisitivo já atuantes no mercado; e (iv) ignora a dinâmica temporal do licenciamento de títulos vigente no Mercado de VoD, que costuma estabelecer contratos de licenciamento por curto espaços de tempo.**

Por tais razões, entendemos que qualquer definição a respeito da incidência de CONDECINE sobre o segmento de VoD, ainda que tenha por objetivo a adequação legal a um ambiente tecnológico de rápido desenvolvimento, deve se alinhar aos dispositivos constitucionais tributários aplicáveis e analisar os efeitos econômicos que tal imposição causará ao setor, privilegiando a isonomia tributária (notadamente, entre as diferentes modalidades de vídeo sob demanda) e a neutralidade com relação à dinâmica competitiva do mercado.” (grifos desta análise)

O primeiro aspecto citado pela Netflix refere-se à possível repercussão altista sobre os preços dos serviços. No entanto, conforme comentário anterior, o ônus tributário sobre o SVoD tem pouca expressão atualmente, é desproporcional à situação de outros serviços semelhantes e muito menor do que a realidade de muitos outros países.

O segundo efeito mencionado pela empresa envolve a limitação ao crescimento dos catálogos, tema já comentado. No seu argumento, a Netflix destaca os conteúdos de nicho, de menor potencial comercial, como produtos especialmente afetados. Sobre isso, os conteúdos de nicho são valorizados por essa estratégia de varejo, porque ela focaliza um grande número de pequenas vendas com a oferta de muitos produtos, em contraste com a venda de poucos itens muito populares. Nos serviços de SVoD, organizados com conteúdos próprios ou licenciados a preço fixo, os títulos concorrem para a qualidade e atratividade geral do catálogo. Não há propriamente pequenas vendas. O envolvimento de nichos de usuários, a partir da reunião de conteúdos dirigidos, pode complementar a atratividade do serviço em sua busca por um público massivo, que garanta a escala pretendida.

O terceiro aspecto elencado fala dos efeitos do tributo sobre a concorrência, pela barreira à entrada de novos serviços e a pressão financeira sobre os provedores mais vulneráveis. Os efeitos negativos sobre a operação de pequenos e médios provedores são muito claros. Os números, especulados na contribuição realizada pela Synapse para um pequeno provedor que atue apenas com títulos brasileiros são um indicativo dessa situação.

SYNAPSE: “De acordo com os números de conteúdos disponibilizados nos catálogos das plataformas acima, **de 6.807 no serviço TAMANDUÁ a 64.597 no serviço NOW**, podemos concluir que qualquer novo serviço de VOD cujo catálogo seja 100% brasileiro deva disponibilizar, para ser minimamente atraente e competitivo, cerca de 3.000 conteúdos.

Caso estes 3.000 conteúdos fossem distribuídos em 1.500 títulos de longa metragem e 1.500 episódios de séries, a nova plataforma entrante deveria investir, em CONDECINE título, antes do início da prestação do serviço e de qualquer outro investimento, o valor total de R\$ 2.734.218,00 (tabela abaixo):

			V al or C O N D	Val or Tota l CO ND
--	--	--	-----------------------------------	------------------------------------

		E C I N E T í t u l o B R	E C I N E T í t u l o B R
Lo ng as m etr ag en s br asi lei ro s:		R \$ 1. 4 5 8, 2 5	R\$ 2.18 7.37 5,00
Ep is ód io s de sé rie s br asi lei ra s:		3 6 4, 5 6	R\$ 546. 843, 00
T O T A L C O N D E C I N E T í t u l o			R\$ 2.73 4.21 8,00 ”

B R:			
-----------------	--	--	--

Sob esses valores mínimos, qualquer serviço de SVoD iniciante precisa projetar uma escala mínima de centenas de milhares de assinantes ou aviltar custos e investimentos em conteúdos licenciados. O mesmo ocorre com a colocação de títulos nas prateleiras das lojas de TVoD. Nesses casos, a CONDECINE bancada pelo próprio produtor ou detentor dos direitos exige um volume de vendas muito significativo, impraticável para grande parte das obras. Esse impacto negativo diminui na medida do crescimento da escala do serviço. Grandes provedores tendem a sofrer efeito reduzido, o que reforça a observação da Netflix sobre as consequências nocivas do modelo sobre a competição.

Por fim, o quarto ponto refere-se à dessintonia entre o período de cinco anos da hipótese de incidência do tributo e a duração das licenças de exploração dos conteúdos, segundo as práticas do mercado. Esta incongruência tende a estimular a renovação ou extensão das licenças para até três vezes a primeira janela usual. Se isso acaba por valorizar títulos de produção não recente, também afeta a demanda por produção mais atual e pode ser um obstáculo à atratividade do catálogo. Observe-se que medida com o objetivo oposto foi prevista no art. 20, I, da Lei nº 12.485.^[27] Aquela solução incentiva a renovação da programação, enquanto o modelo tributário lança sinal contrário. Ressalte-se que, no SVoD como na TV, deve-se observar também que grande parte dos títulos oferecidos pelos serviços são de produção própria ou comissionados (*originals*). Nesses casos, não há licenciamento por prazo determinado, nem qualquer conflito com o formato da regra tributária.

Em sua contribuição, a ABDTIC referenda a avaliação da CONDECINE-título expressa na AIR. Acrescenta, porém, que os modelos tributários alternativos não foram objeto de estimativas de arrecadação e de custo de operacionalização, em atenção a determinação da Diretoria Colegiada. Pede, assim, a complementação do trabalho.

ABDTIC: “b) Quanto ao capítulo de “Tratamento Tributário do VoD’.

No que concerne a esse ponto, é importante lembrar que a Diretoria Colegiada determinou a realização pela área técnica da Agência de análise econômica de impacto tributário de cada modelo descrito no Relatório como possível para incidência da CONDECINE, contendo a respectiva estimativa de arrecadação e de custo de operacionalização dos cenários. Portanto, seria de cautela que o Relatório fosse complementado nesse sentido e submetido à nova consulta pública quando contivesse algum elemento objetivo e econômico sobre esses potenciais impactos. Além disso, não há no Relatório qualquer análise de impacto econômico das possíveis sugestões de outras regulações sobre as atividades ali descritas.

Congratula a ABDTIC a ANCINE pelo reconhecimento no Relatório dos efeitos nefastos da CONDECINE Título, refletida no item 371 do documento.”

A informação da ABDTIC sobre a decisão da Diretoria Colegiada da ANCINE exige um complemento. É preciso esclarecer, inicialmente, que a elaboração da AIR para o mercado de vídeo sob demanda foi uma iniciativa proposta pela Superintendência de Análise de Mercado (PA nº 1-E/2018/SAM), que recebeu aprovação unânime da Diretoria, expressa na DDC nº 44-E/2018. Essa Deliberação, assim como a PA da SAM, não alude a qualquer mensuração de arrecadação ou custos operacionais dos modelos tributários especulados.^[28] Medida neste sentido foi, efetivamente, decidida pela Diretoria da ANCINE (Deliberação *ad referendum* Nº 31-E/2019), mas isso foi feito em simultâneo à publicação da AIR e à instauração do procedimento desta Consulta Pública. Nos termos da Deliberação, a avaliação visa a “posterior encaminhamento à SAV e à SECULT do Ministério da Cidadania, para conhecimento”. De qualquer forma, é recomendável que essa avaliação pedida pela ABDTIC seja feita. Para isso, porém, algumas ações preliminares são necessárias, em especial a verificação das obrigações e passivos tributários atuais dos agentes econômicos e a requisição de informações e dados atualizados relativos à composição dos catálogos e às receitas obtidas com assinaturas, transações e publicidade. Esses dados mínimos são

imprescindíveis para o cálculo do impacto econômico das alternativas especuladas sobre a arrecadação e o orçamento das empresas.

Entre as alternativas analisadas pela AIR, a Claro considera mais adequada a hipótese híbrida em que o contribuinte pode optar entre a incidência sobre assinaturas/transações e sobre a dimensão dos catálogos.

CLARO: “Com relação ao tratamento tributário do VOD, em que pese a manifestação da ANCINE em identificar vantagens no modelo baseado na tributação de receitas, com o devido respeito, a CLARO entende que o modelo mais adequado, e que trará mais incentivos ao mercado como um todo, é o modelo híbrido já analisado e aprovado pelo Conselho Superior de Cinema, com cobrança de uma taxa fixa por assinante ou transação ou a cobrança sobre catálogos, a depender da escolha do contribuinte, considerando-se o seu modelo de negócio. A CLARO entende que a adoção de um modelo único de Condecine, seja por receita ou por assinante/transação ou mesmo um modelo único de Condecine por título ou faturamento pode engessar, ou até mesmo, impedir o desenvolvimento de novos modelos de negócio, envolvendo a distribuição de conteúdo, como p. ex. os modelos de comercialização de serviços em combos. Nesse caso, para melhor compreensão da proposta, seria conveniente que fosse esclarecido pela ANCINE como se aplicaria a tributação dos combos de conteúdos para 40 milhões de assinantes de telefone móvel, no modelo pré-pago? Se a tributação se der por transação, inviabilizará a distribuição ampla de conteúdo para estes assinantes. Se por receita, qual seria o valor a ser tributado se o conteúdo estivesse “combinado” com o serviço de telecomunicações? Outro exemplo: se só houvesse Condecine Catálogo, como seriam viabilizadas novas ofertas de VOD com catálogos extensos? Estes foram alguns dos motivos que justificaram a apresentação da proposta do modelo híbrido ao Conselho Superior de Cinema, e que devem ser considerados pela ANCINE. Novos Operadores e mesmo Operadores já consolidados optariam por um modelo transação/assinatura. Operadores que utilizassem conteúdos para distribuição ampla, por exemplo, “combinando” com serviços de telecomunicações, democratizando o acesso a conteúdo, poderiam optar pelo modelo catálogo. Diante disso, resta claro que o modelo híbrido de cobrança de Condecine é um verdadeiro incentivo à diversidade de negócios e à entrada de novos concorrentes.”

A solução sugerida pela Claro foi debatida pelo Conselho Superior do Cinema, conforme relatado na AIR. Os debates e deliberações sobre este assunto estão descritos no documento *Processo de Debates no Conselho Superior do Cinema e Poder Legislativo*, anexo (B) do Relatório de AIR, página 159 e seguintes. Os parágrafos (16) até (32) descrevem os debates do CSC a partir dos elementos reunidos pelo GT formado para a análise desses assuntos. Não houve consenso sobre o modelo proposto, embora o então Ministério da Cultura tenha sido autorizado a detalhar a proposição legislativa com o modelo híbrido para compartilhamento e posterior debate no plenário do Conselho. O final da gestão interrompeu este processo, que até aqui não foi retomado. Em termos de proposição legislativa, o que há, neste momento, são o PL 8.889/2017, do Deputado Paulo Teixeira, atualmente em tramitação na CCTCI (Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática) da Câmara dos Deputados, e o PLS 57/2018, do Senador Humberto Costa, que tramita na CAE (Comissão de Assuntos Econômicos) do Senado Federal. Os projetos têm teor semelhante, resumido no Anexo (B) da AIR.

O principal argumento da Claro em favor desse modelo híbrido fala da flexibilidade da proposta, em contraponto a um possível engessamento dos modelos de incidência única seja sobre assinaturas/transações ou receitas. A empresa entende que novos modelos de negócio podem até mesmo ser impedidos por qualquer desses tratamentos tributários. No entanto, é importante lembrar que as alternativas internacionais mais importantes trabalham com a taxa dos serviços proporcionalmente às suas receitas. Ainda, os principais tributos hoje incidentes sobre esses serviços (ISS, ICMS, COFINS, Contribuição para o PIS) têm, de alguma forma, as receitas auferidas na sua base de cálculo, sem que necessariamente se observe um engessamento de qualquer tipo nos negócios tributados.

Para não provocar os citados efeitos nocivos sobre a grandeza dos catálogos, o modelo teria de achatar as diferenças entre as obrigações tributárias dos pequenos e grandes catálogos. Novos problemas teriam que ser enfrentados, como o tratamento dos capítulos de novelas e outras séries com número de episódios e duração muito diferentes entre si. No caso da incidência sobre assinaturas e/ou transações, a ideia fica mais próxima da capacidade contributiva do agente, mas os negócios bancados por venda de publicidade teriam que ser abordados de forma diferenciada. Também seriam criadas complexidades novas, oriundas

das diferenças de preço entre as assinaturas dos diversos serviços, os títulos transacionados (episódios e sua duração, obras de lançamento ou de estoque, temporadas etc.) e entre os modos de licenciamento (venda/download ou locação/streaming).

A reunião das duas hipóteses de incidência sob o mesmo tributo, submetidas à escolha facultativa do provedor, tende a carregar todos esses problemas e ampliar a dificuldade de administração tributária.

A Telefonica começa sua análise sobre o tratamento tributário do VoD pelas considerações da AIR sobre as CONDECINEs remessa e teles. A empresa manifesta contrariedade quanto à observação de que a Lei não prevê relação entre a segmentação do mercado audiovisual e a incidência desses dois tributos.

TELEFONICA: “IV - Tratamento tributário de VoD”

Da análise dos termos dispostos na AIR, a TELEFONICA entende que a ANCINE pretende se envolver na estruturação, evolução e definição do enquadramento tributário do VoD.

Nesse sentido, parte fundamental da proposta da ANCINE toca em aspectos tributários como, por exemplo, (i) a interpretação de que, tanto a Condecine-Remessa (art. 32, §único da Medida Provisória nº 2228-1, de 06 de setembro de 2001 — “MP nº 2228-1/01”), quanto a Condecine- Teles (art. 32, inciso II, da MP nº 2228-1/2001) não possuem distinção entre os segmentos do mercado audiovisual e SeAC, e (ii) a criação de uma nova modalidade de Condecine específica para o mercado de VOD.

A TELEFONICA defende o posicionamento de que, no caso da Condecine-Teles, a interpretação da AIR está equivocada. Isso porque as empresas que exploram o mercado de VoD não são, em sua grande maioria, prestadoras de serviço de telecomunicações e, assim sendo, não possuem os meios e a infraestrutura referidos na Lei de SeAC que, efetiva ou potencialmente, permitem a prestação dos SeAC, fato gerador da referida obrigação tributária.

O que de fato acontece é que os provedores de VoD utilizam a infraestrutura de telecomunicações das prestadoras para fornecer seus serviços OTT. Desse modo, se fosse possível cobrar das empresas a Condecine-Teles, qual é a base de cálculo tributável? Respondemos: Não existe!

Assim, por contrariar claramente os termos da MP nº 2228-1/01, em especial no tocante às bases de cálculo de cada uma das modalidades de Condecine, defende a TELEFONICA não ser aplicável a Condecine-Teles para empresas que tão-somente prestam o VoD.”

Em relação à contribuição da Telefonica, esclarece-se que a AIR não imagina que os provedores de VoD tenham obrigações tributárias referentes à CONDECINE-teles. Também não discute o fato de que os provedores utilizam a infraestrutura para prestar seus serviços e, na maioria das vezes, o fazem sem relações societárias com o proprietário da rede. A afirmação do Relatório é bem mais simples, pois apenas descreve analiticamente o modelo tributário atual, contrastando esses tributos com a situação da CONDECINE-título. Enquanto, nesse último caso, a incidência é renovada a cada segmento, a Lei faz incidir CONDECINE-remessa e teles sobre a totalidade do mercado audiovisual, apenas uma vez, sem distinção de segmento ou modalidade. Ou seja: a Lei prevê um regime de múltipla incidência de CONDECINE-título, o que não ocorre nos outros dois tributos.

Isso é mencionado na AIR, primeiro, para que se distinga cada um dos três tributos em sua finalidade e funcionalidade próprias, de forma a deixar claro na caber em um primeiro momento argumentos de substituíbilidade, bitributação, etc. Segundo, para mais uma vez indicar que a infraestrutura e os serviços audiovisuais propriamente ditos constituem atividades distintas. Isso fica cada vez mais claro, à medida que quase todos os diferentes serviços de TV e VoD passam a utilizar da mesma rede para distribuir seus conteúdos, quebrando os vínculos entre infraestrutura e conteúdo existentes há algumas décadas. O assunto é tratado nos parágrafos (189), (190) e (191) da AIR, transcritos abaixo.

“(189) Nas duas primeiras situações (CONDECINE-teles e remessa), a obrigação tributária não distingue segmentos do mercado audiovisual. A incidência do tributo ou é posterior à exploração comercial em si (caso da remessa), afetando rendimentos auferidos indistintamente ao modelo de negócios audiovisuais; ou, anteriormente à circulação dos conteúdos, atinge atividades utilizadas para o provimento de serviços audiovisuais genéricos, compondo os insumos de sua prestação independentemente do segmento a que se refere.

(190) Neste último caso (CONDECINE-teles), a obrigação tributária afeta a infraestrutura que, efetiva ou potencialmente, permite a prestação de serviços audiovisuais, destacadamente a rede de acesso à internet. A distribuição de conteúdos pela internet apresenta aderência evidentemente maior aos negócios de VoD. Isso acontece inclusive pela exigência de interatividade para a fruição não linear, funcionalidade provida pela rede. No entanto, repita-se, esses ambientes tecnológicos não distinguem o VoD dos demais segmentos. Os serviços de televisão aberta e por assinatura há muito utilizam-se da internet para a entrega de conteúdos, inclusive para fruição linear, não apenas *catch-up TV*. No caso do cinema, a distribuição satelital, hoje quase universal, enquadra-se na mesma lógica. Todas essas atividades estão no campo de incidência da CONDECINE-teles.

(191) Em relação à CONDECINE-remessa, o texto legal faz incidir o tributo sobre as rendas remetidas ao exterior provenientes da exploração de *obras cinematográficas* e *videofonográficas* [29] no Brasil. Trata-se de uma contrapartida dos agentes econômicos estrangeiros aos brasileiros pela faculdade de explorar o mercado interno. [30] Apesar da taxonomia utilizada, a norma não restringe essa exploração a qualquer segmento de mercado em particular. Isso atinge mesmo obras cinematográficas, as que mais claramente vinculam-se a um segmento de destinação inicial, porque são produtos de comércio comum em televisão, vídeo doméstico ou VoD. Portanto, a exploração de qualquer obra audiovisual em qualquer segmento, VoD inclusive, implica incidência de CONDECINE-remessa.”

A Telefonica acrescenta outras observações sobre o tratamento tributário do VoD. A empresa é contrária a uma nova Contribuição incidente sobre os serviços de VoD. Corretamente, avalia que um novo modelo de CONDECINE sobre receitas, catálogos ou assinaturas e transações de VoD demandaria nova Lei. Em todo o seu texto, a AIR defende a constituição de novo marco legal para tratar desse e outros temas relacionados ao VoD. Isso, porém, não implica na negação da norma ora vigente sobre CONDECINE-título, inclusive para o VoD.

TELEFONICA: “Ainda considerando o quanto exposto pela AIR com relação à tributação, a TELEFONICA, ao contrário do indicado pela análise desta D. Agência, entende que para ser criado um tributo específico para VoD, denominado “Condecine-VoD”, por incidência sobre as receitas, sobre as operações financeiras, assinaturas e transações ou sobre o catálogo, é imprescindível que a nova obrigação tributária seja determinada por Projeto de Lei Ordinária ou Projeto de Conversão de Medida Provisória, como prática recorrente do Congresso Nacional.”

A Telefonica defende a exclusão dos serviços de telecomunicações do campo de incidência de qualquer nova CONDECINE, uma vez que sua atividade já é tributada pela CONDECINE-teles. Afirma que, por esse tributo abranger a distribuição de conteúdo audiovisual, nova Contribuição sobre o VoD atingiria a mesma base de incidência.

TELEFONICA: “O setor de telecomunicações não deve ter a incidência de Condecine-VoD, pois já é contribuinte da Condecine-Teles, que tem por fato gerador a prestação de serviços que se utilizam de meios que possam, efetiva ou potencialmente, distribuir conteúdos audiovisuais (art. 32, II, MP 2.228/01). Ou seja, como o fato gerador é amplo e já abrange a distribuição de conteúdo audiovisual, a instituição da Condecine-VoD seria aplicada sobre parte da mesma base de incidência.

Dessa forma, a proposta da TELEFONICA se traduz na não incidência da Condecine-VoD para o setor de telecomunicações, como forma de se alcançar alternativa isonômica para o cenário atual, no qual os provedores de VoD não pagam qualquer tipo de Condecine e o setor de telecomunicações já arca com a Condecine-Teles.

Por outro lado, caso essa d. Agência opte pela adoção da Condecine-VoD, inclusive para o setor de telecomunicações, deve-se buscar um cenário de isonomia entre os todos os *players* do mercado, franqueando às prestadoras de serviços de telecomunicações a possibilidade de creditar a Condecine-Teles já paga do valor eventualmente devido a título de Condecine-VoD.

Ainda que seja contrária à criação de uma nova modalidade de Condecine, de forma a contribuir para o debate, a TELEFONICA entende que a incidência da Condecine-VoD sobre a receita (que já é base de cálculo para a incidência da Condecine-Teles) prejudicaria demais as empresas de telecomunicações. Nesse sentido, o modelo de incidência sobre os catálogos seria menos prejudicial, desde que sejam aplicados valores razoáveis e que haja o devido crédito proporcional para as prestadoras de serviços de telecomunicações que já recolhem a Condecine-Teles.

Por fim, a TELEFONICA entende, ainda, ser imprescindível que a instituição da Condecine-VoD seja feita por iniciativa do Congresso Nacional, já que essa nova modalidade de tributo não está prevista no atual arcabouço jurídico como, aliás, demandam os ditames constitucionais.”

No contexto proposto pela AIR, a CONDECINE-VoD, que substituísse a atual incidência da CONDECINE-título sobre os serviços de vídeo sob demanda, não atingiria os serviços de telecomunicações. Se alguma companhia de infraestrutura atuar como provedor de VoD, não será o serviço de telecomunicações que estará sendo tributado. Sob essa hipótese, a Telefonica reivindica a possibilidade de utilizar a CONDECINE-teles como crédito para pagar o novo tributo em nome da isonomia com os demais provedores. Provimento de VoD não é parte dos serviços de telecom, mas atividade autônoma, que, ademais, mesmo quando exercida por concorrentes, contribui para a remuneração da rede ao ampliar o tráfego de dados. Dessa forma, a reivindicação da Telefonica acabaria por desequilibrar ainda mais esse mercado, em especial na relação com os provedores nacionais mais vulneráveis, e por estimular a concentração, tanto pela distorção no tratamento tributário como pelo incentivo à integração entre serviços audiovisuais e infraestrutura.

Na sua contribuição, a Telefonica vincula a tributação do VoD à tributação das telecomunicações. Considera haver “discrepância no tratamento tributário dispensado ao setor de telecomunicações quando comparado a outros setores da cadeia de fornecimento audiovisual.” Faz críticas à decisão legislativa que colocou os serviços de *streaming* entre as hipóteses de incidência do ISS. Acrescenta considerações sobre a CONDECINE-remessa sobre o VoD. E, embora entenda o modelo sobre catálogos como menos prejudicial, conclui que nenhum dos modelos de CONDECINE examinados na AIR deve ser aplicado às telecomunicações. O conjunto desses assuntos foi analisado em detalhe pela AIR. Nesta análise, cabe acrescentar apenas algumas observações pontuais.

TELEFONICA: “Importante ressaltar que o setor de telecomunicações é um dos mais onerados tributariamente. Como já mencionado nesta Carta, para que um usuário possa usufruir dos serviços de VoD, é pressuposto que contrate ou tenha acesso aos serviços de telecomunicações, especificamente o SMP ou o SCM, serviços que já apresentam uma altíssima carga tributária.

Ademais, recentemente o VoD foi objeto de aumento de carga tributária devido à aprovação da Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016, que definiu a “*disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet*” como sujeita à cobrança de Imposto sobre Serviços (“ISS”).

Sendo assim, quando a ANCINE planeja criar mais um tributo sobre o mesmo fato, qual seja o fornecimento de material audiovisual pela Internet, o efeito principal é o aumento da carga tributária sobre o serviço de VoD.

As prestadoras de serviços telecomunicações, que já atuam como distribuidoras, já estão sujeitas a outras modalidades de Condecine.

O modelo de negócio adotado pelas prestadoras de serviços de telecomunicações é diferente daquele adotado por programadoras. Enquanto as prestadoras apenas comercializam o aplicativo para os seus usuários, empresas como a Amazon, entre outros, licenciam e produzem conteúdo.

Quanto à Condecine-Remessa, os pagamentos realizados aos programadores no exterior já abarcam a modalidade Condecine Remessa de SeAC, bem como de VoD. Em outros termos: os valores dos contratos contemplam as duas modalidades de Condecine, portanto não há razões financeiras ou comerciais que suportem a ideia de pagamento de Condecine novamente sobre o VoD, usando como base de cálculo os títulos ou a receita.

Vale lembrar que prestadoras de serviços de telecomunicações também são obrigadas a recolher o Condecine-Teles, sendo que sua base de cálculo é bastante abrangente. Ou seja, para as prestadoras, distribuir conteúdos audiovisuais por meio de VoD é distribuir material já tributado por uma Condecine!”

O escopo da AIR e desta análise não abrange o tratamento tributário das telecomunicações em sua integralidade. É reconhecido que esses serviços são fortemente tributados em nível estadual,^[31] especialmente porque estão entre os serviços e produtos de maior amplitude e facilidade arrecadatória. Em relação à CONDECINE-teles, é também sabido que sua instituição, em 2011, não

representou acréscimo de ônus tributário para as empresas ou de arrecadação para a União, uma vez que foi acompanhada por corte proporcional da Taxa de Fiscalização de Funcionamento (TFF) cobrada pela ANATEL.^[32]

Quanto ao ISS, não houve aumento, mas redução substancial da carga tributária sobre o VoD (mais precisamente, sobre o *streaming*), a partir da Lei Complementar nº 157, de 2016. Até então, havia disputa entre Estados e Municípios em torno da incidência de ICMS ou ISS sobre os serviços. Dado o nível desigual das alíquotas dos dois impostos, a alteração legislativa mereceu o apoio das entidades de TI e empresas do setor.

Observações semelhantes às referentes à CONDECINE-teles valem para a CONDECINE-remessa. Em nenhum dos dois casos pode-se falar em dupla tributação, em razão da incidência de uma CONDECINE-VoD sobre receitas ou qualquer outra hipótese. Trata-se de tributos diferentes na quase totalidade de seus elementos principais e unidos apenas pela destinação dos recursos arrecadados.

A empresa prossegue em sua reivindicação de isonomia, mencionando os mecanismos de incentivo fiscal aos investimentos em produção independente por conta de remessas internacionais, e reclama das restrições à produção e à aquisição de direitos sobre conteúdos, impostas às telefônicas pelo artigo 6º da Lei nº 12.485.

TELEFONICA: “Não é possível imaginar um cenário isonômico de aplicação da Condecine sem que seja levada em consideração a discrepância no tratamento tributário dispensado ao setor de telecomunicações quando comparado a outros setores da cadeia de fornecimento audiovisual. Segundo a AIR, existe a opção de as empresas investirem parte do Condecine em produções locais. Essa situação privilegiaria as empresas produtoras em detrimento das distribuidoras que não fazem produção.

Com efeito, a Lei do SeAC estabelece em seu art. 6º que é vedado às prestadoras de serviços de telecomunicações produzir conteúdo audiovisual para veiculação no SeAC, seja por meio da aquisição de direitos relacionados a eventos de interesse nacional ou por meio da contratação de talentos artísticos nacionais, incluindo direitos sobre obras de autores nacionais.

Em razão dessa vedação, o benefício fiscal previsto na AIR somente poderá ser usufruído pelas programadoras, em especial as programadoras que também realizam a distribuição, em detrimento das empresas distribuidoras.”

O art. 6º impede que as distribuidoras de TV por assinatura adquiram insumos importantes para a produção e programação de conteúdos no Brasil, destinados à exploração em TV aberta ou por assinatura. De fato, o dispositivo pretende complementar a vedação de exercício dessas atividades pelas distribuidoras, imposta pelo art. 5º. Ou seja: em face de sua posição privilegiada, as empresas de telecomunicação não podem concorrer com as programadoras seja na oferta de canais, seja na detenção de direitos necessários à produção e à programação. Isso se estende às empresas do mesmo grupo econômico.

Cabe aqui ressaltar que tais dispositivos, em especial o art. 6º, repercutem também sobre os serviços de VoD, uma vez que os produtos veiculados nos dois segmentos são os mesmos. É por isso que a AIR, em seu parágrafo (254) identifica a atuação limitada de distribuidoras/empacotadoras de TV como *hubs* dos serviços de VoD das programadoras dos canais veiculados, sem relação direta com o licenciamento de conteúdos até onde chegavam as informações disponíveis.

As contribuições da Telefonica em relação à AIR inclui fórmulas apresentadas em outros foros e termos não empregados pelo Relatório. É o caso da expressão *outras formas de monetização*, utilizada na proposta do Grupo de Trabalho criado pelo Conselho Superior do Cinema, que indicou um modelo de CONDECINE sobre a receita operacional bruta do VoD. Nessa fórmula, o sentido da base de cálculo sugerida procurava, abarcar todas as receitas decorrentes da exploração de conteúdos em VoD (de regra, assinaturas, transações, publicidade), sem se preocupar com a precisão demandada a uma norma jurídica.

TELEFONICA: “Dentre os muitos problemas encontrados com relação à tributação, existe na proposta apresentada um erro de entendimento básico da Lei tributária. Como determinam os

ditames tributários, toda norma tributária precisa definir, com precisão, aquilo que se pretende tributar.

Nesse sentido, a expressão “*qualquer forma outra forma de monetização*” utilizada pela AIR não atende ao requisito legal apontado.

Da mesma forma, também foi proposta que a base de cálculo poderia ser o valor percebido como a receita de publicidade. Neste caso, temos o seguinte problema: toda base de cálculo precisa guardar íntima relação com o fato gerador tributado.

Assim, defende a TELEFONICA que a base de cálculo dos serviços de VoD deve se ater, tão-somente, à essência econômica do produto. Por este motivo, o valor cobrado pela disponibilização e oferta do VoD jamais poderá ter receitas acessórias ou laterais, como de publicidade, para fins de incidência da Condecine-VoD.

Ressalta-se que a publicidade digital também é tributada pelo ISS desde janeiro de 2018, em razão da inclusão do item 17.25 na Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre a adição de “*inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, em qualquer meio*” na lista de serviços. Assim, mais uma vez tem-se a incidência dupla sobre a mesma prestação de serviços de VoD para empresas que auferem receitas não somente por meio de assinatura.

Por fim, essencial apontar que existem vários produtores de VoDs e OTTs que ofertam serviços relacionados a esportes e notícias, que atualmente são isentos de Condecine-Remessa. Entretanto, não existe na AIR qualquer menção à isenção sobre este tipo de conteúdo para VoD!

Pelo apresentado, na eventualidade da aprovação do Condecine-VoD, entende a TELEFONICA que o tributo deve ser creditável, ou seja, o valor de Condecine-Remessa e Condecine-Teles deveria ser deduzido do total a pagar do Condecine sobre a disponibilidade ou oferta de VoD.

Diante de todo o exposto, fica evidenciado que nenhum dos modelos de tributação propostos na AIR deve ser aplicado para o setor de telecomunicações, pois trata-se de setor totalmente distinto do mercado tradicional de VoD.”

É válida a atenção para a necessidade de redação adequada de um futuro marco legal, nem sempre encontrada na legislação tributária do audiovisual. A definição do fato gerador deve conferir clareza à obrigação tributária pela descrição da situação hipotética necessária e suficiente para produzi-la. Para isso, é recomendável que a hipótese de incidência seja composta com atenção a todos os critérios ou aspectos sugeridos pela doutrina (critérios material, temporal, espacial e pessoal).^[33] A relação entre esse fato gerador e a base de cálculo não é diferente dos preceitos jurídicos em geral. Enquanto o fato gerador tem um caráter descritivo da situação hipotética, a base de cálculo é um dos componentes quantitativos da sua consequência (o fato imponível pelo Estado no caso de ocorrer a hipótese prevista).^[34] Tem um caráter prescritivo, portanto. Como indicação geral, a definição da base de cálculo relaciona-se com o critério material^[35] da hipótese de incidência, como elemento que *mede* a ação ou estado previstos no núcleo do fato gerador. Dessa forma, pode-se afirmar que a função principal da base de cálculo está em determinar a força econômica do fato e do agente a que se pretende impor uma obrigação. Dito de outra forma, em atenção à orientação constitucional (art. 145, §1º), a base de cálculo deve ser um *parâmetro de medida da capacidade econômica do contribuinte*.

Sob essas ideias, a inclusão ou não das receitas de publicidade na base de cálculo de uma futura CONDECINE-VoD deve levar em conta que vendas de espaços publicitários estão no núcleo da atividade comercial das plataformas de compartilhamento de vídeos e dos serviços de AVoD, que, de resto, são assim denominados por essa relação especial. Incluir tais receitas na base de cálculo da CONDECINE significa, de fato, incluir na esfera tributária alguns dos principais agentes e forças econômicas do mercado audiovisual, sob critérios semelhantes aos que submetem os demais agentes econômicos

Finalmente, a Telefonica menciona existir *isenção de CONDECINE-remessa* sobre serviços de VoD, baseados em esportes e notícias, cobrando abordagem da AIR sobre esse assunto. Na visão da AIR e desta análise, não há casos identificáveis em que caiba isenção de CONDECINE-remessa em serviços de comunicação audiovisual. Embora os elementos trazidos pela empresa sejam insuficientes para identificar os casos a que se refere, pode-se inferir que esteja a tratar da transmissão de eventos esportivos na internet,

realizada por sites e redes sociais não dedicadas apenas a conteúdos audiovisuais. Nessas situações, a AIR propõe como critério, em um primeiro momento, o disposto em seu parágrafo (14), que é coerente com a norma atual da CONDECINE-remessa. Se a oferta de conteúdos audiovisuais é uma prestação meramente acessória, o serviço não participa do mercado de comunicação audiovisual, nem obtém seus rendimentos da *exploração de obras cinematográficas e videofonográfica*, não cabendo falar-se de incidência do tributo, nem de isenção. Um exemplo apresentado pela AIR é o dos portais de jornalismo que integram suas matérias escritas com a associação de vídeos. No entanto, de fato a questão merece aprofundamento. Nesse sentido, em face da manifestação da Telefonica, recomenda-se que a ANCINE verifique o entendimento e o tratamento dado pela Receita Federal para recolhimento da CONDECINE-remessa em relação a serviços de VoD, conforme abordado pela Telefonica, de forma a avançar no debate.

A Câmara e-net inicia o debate sobre a tributação, rerepresentando argumentos sobre a substituíbilidade entre serviços de SVoD e TV por assinatura, já analisados em seções anteriores, com a finalidade de justificar as diferenças de tratamento tributário entre os dois serviços.

CÂMARA E-NET: “5. Ineficiência Produtiva e Alocativa do Modelo de Tributação Proposto para VoD (...)”

5.1. Premissas para a Definição do Tratamento Tributário para VoD

Logo no início da abordagem do tratamento tributário das VoDs, a Ancine menciona que dois tributos incidem sobre as operações e o consumo de VoD: ISS (com alíquotas que variam entre 2% e 5%) e Condecine, ao passo que a TV por Assinatura está sujeita ao pagamento de Condecine e ICMS (com alíquotas de 10% a 15%). A Ancine atribui essa diferenciação ao fato de que o legislador decidiu não considerar as relações de competição existentes entre VoD e TV por Assinatura. Dessa forma, haveria uma assimetria tributária entre os dois serviços, sobretudo considerando o tratamento que outros países dão ao VoD.

Existem alguns problemas nas premissas utilizadas pelo relatório para sustentar um debate pautado na comparabilidade da carga tributária aplicável à TV por Assinatura e às VoDs, premissas essas que já foram objeto de discussão ao longo desta manifestação. De qualquer forma, é importante relembrar que os serviços (VoD e TV por Assinatura) não são serviços substitutos, mas sim complementares, o que justifica a adoção de alíquotas e mesmo tipos de tributos diferenciados, dado que não ficou sequer comprovado o impacto negativo que as OTTs de VoD têm sobre os serviços regulados por meio da Lei do SeAC, existindo, inclusive, estudos internacionais no sentido contrário, em que a tendência global indica, na verdade, que os serviços VoD têm o potencial de aumentar assinaturas e a demanda por conectividade, impactando positivamente a receita das empresas de TV por Assinatura. Falar em efeitos negativos decorrentes de um tratamento diferenciado entre as tecnologias (VoD e TV por Assinatura) novamente não encontra respaldo na realidade da interação dos dois serviços.

Além disso, a iniciativa de regulação tributária via Condecine para o setor de VoD é algo que vai na contramão dos compromissos que vêm sendo assumidos pelo Governo na esfera internacional, desde que foi formalizado o pedido brasileiro de acesso à OCDE, que incluem uma agenda de redução de gasto público e burocracia, além de obrigações no sentido de facilitar a realização de negócios no Brasil e a possibilidade de investimentos estrangeiros, o que necessariamente envolve uma reforma para simplificar e reduzir a carga tributária no Brasil. Dessa forma, a sugestão de uma agenda tributária mais expansionista e complexa para o setor de conteúdo audiovisual parece antagônica ao *status* atual da agenda brasileira macro e microeconômica, ainda mais para um setor que, como visto, ainda está em desenvolvimento e cujo grau de maturação do modelo de negócios (além dos seus benefícios e possibilidades) se encontra ainda incerto.”

Essa análise já abordou a questão da relação entre TV por assinatura e VoD. A TV por assinatura entrega serviços caros ao usuário e indisponíveis no VoD. Por isso, sua manutenção e crescimento dependem de investimentos em conteúdos atrativos, se sua estrutura for preservada e se a regulação do mercado audiovisual enfrentar os atuais desequilíbrios concorrenciais. A tributação é parte evidente desses desequilíbrios, mas não único.

A contribuição da Câmara e-net não considera a assimetria tributária entre os serviços de TV e SVoD como problema regulatório que justifique as alternativas de solução analisadas na AIR. De fato, tanto a descrição do problema regulatório referente à tributação, quanto a análise do modelo atual e das

alternativas de solução não se concentram especificamente nessas relações assimétricas. Embora a análise seja pautada pela busca de neutralidade tributária e isonomia concorrencial entre os serviços, não se imagina que a CONDECINE seja o instrumento adequado ou principal para o reequilíbrio regulatório entre serviços que sofrem tratamento fortemente desigual no ISS e ICMS.

CÂMARA E-NET: “5.2. Ausência de Razões Regulatórias a Justificar a Condecine sob Qualquer Modalidade

Embora o relatório identifique uma assimetria tributária e descreva em detalhe alternativas regulatórias para suprir falhas do modelo de Condecine-Título em voga para VoD, não existe uma avaliação sobre o problema regulatório que se pretende endereçar a partir da tributação sugerida (dado que a simples assimetria tributária entre os dois serviços não pode ser encarada como um problema regulatório *per se*, estando inclusive justificada pelos pontos anteriormente explicados nesta manifestação), sendo certo ainda que, antes de se criar uma modificação do tributo, mostra-se necessário que o regulador avalie os resultados da política, bem como o problema regulatório associado ao VoD que poderá ser endereçado a partir da sua extensão.

De acordo com as melhores práticas regulatórias, as agências devem elaborar exames periódicos dos seus atos normativos, de forma a avaliar se o objetivo de política pública associado àquela regulação ainda permanece válido, “[...] visando averiguar a pertinência de sua manutenção ou a necessidade de sua alteração, atualização ou revogação, tendo em vista sua efetividade, atualidade, consistência com o arcabouço normativo, etc.”. A pertinência da Condecine é algo que deveria ser avaliado com maior cuidado por parte do regulador antes mesmo de ponderar as diferentes modalidades que o tributo pode ter, o mesmo valendo para os seus parâmetros.”

Destaque-se que, já em 2008, a ANCINE elenca como um norteador de seu planejamento, o *princípio da avaliação permanente*, descrito nos seguintes termos: “A ANCINE deve avaliar o impacto e a efetividade da ação regulatória e consultar os principais agentes envolvidos, tanto para a instituição da ação, quanto para sua eventual correção.”^[36] A Agência tem seguido esse princípio dentro de suas competências legais. No caso da CONDECINE-título, a avaliação dos efeitos nocivos da forma atual do tributo está presente na AIR do VoD e em análises anteriores da Agência

A Câmara e-net passa então a tratar da destinação da CONDECINE, a partir da constatação do contingenciamento de parte dos recursos arrecadados. Deduz disso e do fato de que “a arrecadação já está em patamares superiores ao aplicado”, que a incidência da CONDECINE sobre os serviços de VoD é desnecessária para o desenvolvimento da indústria audiovisual.

CÂMARA E-NET: “Parece difícil imaginar um impacto relevante a partir de novos modelos tributários baseados na Condecine, dado que o Fundo Setorial do Audiovisual tem por hábito contingenciar boa parte dos seus recursos. Isso significa dizer que um aumento da Condecine, por um incremento da cobrança ou mesmo a partir da sua aplicação para novos atores do mercado audiovisual, teria efeito incipiente na indústria cinematográfica, tendo em vista que a arrecadação já está em patamares superiores ao montante que é aplicado, existindo um volume muito significativo de recursos não utilizados para produções no mercado audiovisual independente, como se vê abaixo.

Em 2018, considerando o montante do fundo disponibilizado para projetos selecionados (i.e., produção de cinema, produção de TV, jogos eletrônicos etc.), menos da metade desse valor chegou a ser efetivamente desembolsado:

Gráfico 01 — Evolução do FSA em milhões

(Imagem presente no original)

Fonte: Ancine (2018)” ^[37]

Ao mesmo tempo, a Câmara e-net relata as preocupações da ANCINE com o contingenciamento. É preciso esclarecer, porém, que as observações do Relatório de Gestão da ANCINE, citadas pela associação, não se referem ao FSA, mas aos recursos do OGU destinados às funções administrativas da Agência, que não podem ser cobertas pelo Fundo ou pela arrecadação da CONDECINE.

CÂMARA E-NET: “Não à toa, preocupações relacionadas ao contingenciamento de recursos, até mesmo para atividades de gestão da Ancine, foram relatadas no “Relatório de Gestão 2018” da Ancine:

“O contingenciamento fiscal tem dificultado o planejamento das compras e licitações, impossibilitando a execução total do orçamento em 2018 por falta de tempo hábil para a conclusão de processo licitatório quando da liberação do orçamento. **Estima-se que o ano de 2019 será ainda mais restritivo, com o risco de licitações canceladas por indisponibilidade orçamentária.** Melhoria da comunicação da área de compras e licitações para com os setores requisitantes de contratações de modo a reduzir/prevenir erros na elaboração dos Termos de Referência e demais documentos de planejamento da contratação” (p.104). [...] **“Quanto às fraquezas e riscos, podemos destacar a contingência orçamentária que não só prejudica a aquisição de recursos tecnológicos, mas principalmente a capacitação dos servidores da GTI.** A maioria das capacitações em 2018 foi gratuita ou por iniciativa do próprio servidor, o que prejudica em muito a área, reconhecidamente uma área extremamente demandante de atualização em virtude da contínua evolução e mudança tecnológica”.

Em acréscimo, recentemente, o Governo Federal anunciou um corte de 43% do fundo audiovisual. O valor previsto para 2020 será o menor desde 2012.”

A associação também questiona a finalidade do próprio FSA e a correção das políticas de financiamento à produção independente brasileira, que definem a necessidade da CONDECINE. Argumenta que os serviços de VoD têm um modelo próprio de produzir conteúdo nacional, que dispensa os investimentos feitos pelo Fundo. Discute, ademais, a eficiência do modelo de financiamento do FSA, tomando como base a evolução dos ganhos de bilheteria dos filmes brasileiros, sua disparidade com relação a dos estrangeiros, vis-à-vis o crescimento da produção nacional, indicando assim que isso pode significar mau emprego dos recursos. Em face disso, considera que caberia à AIR demonstrar a correção de tais políticas e a necessidade de sua extensão ao VoD.

CÂMARA E-NET: “Além de verificar o uso da Condecine, é importante analisar se sua finalidade ainda faz sentido, levando em consideração a mudança no perfil de produção e consumo de conteúdo em tempos de novas tecnologias, o que tem impactado como o consumidor se relaciona com o conteúdo audiovisual. Como as VoDs desenvolveram um modelo próprio para investir e difundir conteúdo nacional, seria necessário verificar se faria sentido empreender políticas de subsídio cruzado, alocando recursos das VoDs em uma política pública que vem apresentando falhas de aplicação. É necessário empreender uma análise sobre o incremento das produções e sobre a aderência e visibilidade alcançada, verificando se os esforços estão bem direcionados. Ou seja, caberia à AIR formulada pela Ancine o ônus de demonstrar por que o marco regulatório de fomento deveria evoluir para uma política de subsídio cruzado entre novas tecnologias (e, consequentemente, novos formatos de conteúdo) e os modelos tradicionais de produção audiovisual.

Tal análise se torna particularmente importante porque onerar as OTTs de VoD pode interferir no seu modelo de negócios, levando à redução de *players* no mercado brasileiro, redução da lucratividade; aumento dos preços ao consumidor; alteração das decisões relacionadas a volume de negócios e CAPEX; e, como consequência imediata, redução dos canais de difusão do conteúdo nacional, bem como da empregabilidade e lucratividade dos produtores.

Em contribuição fornecida no âmbito de Consulta Pública da Ancine sobre o mercado de VoD, formulada em 2017, a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, critica a tentativa de aplicar modelos regulatórios praticados nas janelas clássicas do audiovisual para um serviço que, notadamente, é muito mais dinâmico. Nesse escopo, a contribuição menciona, por exemplo, os resultados incipientes que vêm sendo obtidos pela política de incentivo do cinema nacional. Isso porque, não obstante as cotas de tela já existam há um tempo significativo, os ganhos em termos de bilheteria não vêm acompanhando o crescimento da produção audiovisual nacional, o que pode significar o mau emprego dos recursos.

Nesse sentido, dados do Sistema de Acompanhamento da Distribuição em Salas de Exibição (SADIS/Ancine, 2018) mostram que há grande disparidade entre os resultados obtidos por filmes nacionais *vis-à-vis* estrangeiros:

Gráfico 02

Renda bruta obtida por Filmes Nacionais x Estrangeiros

(Imagem presente no original)

Gráfico 03

Público - Filmes Nacionais x Estrangeiros

(Imagem presente no original)

Fonte: Ancine (2019)⁴

Diante dos dados apresentados acima, parece, então, que a proposta de onerar essas OTTs de VoD por meio da expansão de um modelo que não possui eficiência comprovada não parece observar as especificidades das VoDs ou os interesses dos consumidores.”

De início, observe-se que avaliar as políticas de financiamento do FSA não está entre os mandatos ou o escopo da AIR de VoD. Isso não impede algumas considerações pertinentes ao marco legal dos serviços de vídeo sob demanda, mas essas notas só poderão ser pontuais e pouco sistemáticas.

Todos os países com alguma atenção para essa questão cuidam de prover recursos subsidiados para a produção audiovisual. Para não exemplificar com países asiáticos mais inclinados a políticas intervencionistas, resalte-se que todos os trinta e sete países-membros da OCDE, inclusive os Estados Unidos, origem dos principais serviços de VoD, praticam subsídios importantes à sua produção audiovisual. No caso norte-americano, isso ocorre por meio de inúmeros mecanismos de crédito fiscal, em nível federal e estadual, que investem bilhões de dólares anuais e chegam a suportar todo o custo de produção de um filme.

A criação e circulação de propriedade audiovisual brasileira e independente são objetivos previstos constitucionalmente, o que por si deveria justificar as ações regulatórias e de fomento praticadas nos vários níveis da federação. Certamente, o grau de eficiência dessas políticas, na alocação de recursos, é matéria importante a demandar cuidados, debates e fiscalização permanentes. A ponderação dessa eficiência, porém, não pode prescindir ou passar ao largo de alguns fatos. Primeiro, que os produtos trabalhados sob essas políticas são obras de autor, além de protótipos sujeitos à reprodução e distribuição comercial. Por isso, a audiência ou a bilheteria não podem ser critérios únicos para a mensuração de sua qualidade e necessidade. Segundo, os produtores e distribuidores independentes não dispõem dos principais canais de circulação dessa produção, ao contrário das programadoras de TV e provedores de SVoD em relação à sua produção própria. Mais do que isso, precisam enfrentar obstáculos especialmente fortes na colocação de seus conteúdos, originários de mercados altamente concentrados (cinema, TV e, agora, VoD), ocupados por obras estrangeiras ou não independentes, que circulam no país em larga escala sob custos marginais difíceis de equiparar. Por conta disso, há muitos filmes produzidos, em todos os países e às centenas no mercado norte-americano, que sequer chegam às telas. Terceiro, o mercado audiovisual, em qualquer dos seus segmentos e mais ainda no VoD, não pode prescindir de volume e diversidade de títulos. Isso vale não apenas para que a produção atinja cada nicho do mercado potencial. Como outras atividades similares de alto risco, o audiovisual depende de investimento em múltiplos projetos para gerar dinamismo e produzir alguns sucessos

A Câmara e-net ressalta que o VoD já tem um modelo próprio para produzir conteúdo nacional. Esse é um ponto importante da análise regulatória, em face dos objetivos de desenvolvimento assumidos pelo país. A televisão brasileira também pode afirmar que, a partir dos instrumentos regulatórios e financeiros instituídos pela Lei nº 12.485, dispõe de uma estrutura de múltiplas parcerias com os produtores independentes brasileiros, que não dispunha antes das cotas de conteúdo e do apoio do FSA. O modelo rompeu alguns obstáculos para o licenciamento do produto independente nas TVs, dinamizou a programação, gerou emprego e valor econômico e multiplicou a criação de propriedade intelectual nacional. As relações contratuais entre programadoras e produtoras são balizadas por parâmetros e acompanhamento da ANCINE, que observam o poder dirigente dos produtores sobre as obras, garantindo sua independência e nacionalidade.

Algumas observações da Netflix são importantes para esclarecer essa questão do modelo de produção nacional dos provedores de VoD. Na sua manifestação, a empresa líder do SVoD discute o conceito de obra brasileira utilizado pela ANCINE, em face das hipóteses regulatórias relacionadas à proeminência e a cota de conteúdo. Esses assuntos serão focalizados mais adiante. Aqui, essa menção é feita a fim de discutir a ideia da Câmara e-net de que já haveria no VoD um modelo de produção nacional em vigor.

NETFLIX: “(d) Conceito de “obra cinematográfica/videofonográfica brasileira”

Subjacente às cotas e à proeminência, apresenta-se a questão da conceituação do que seria uma obra nacional.

A MP nº 2228/20014 conceitua obra brasileira como sendo aquela (i) produzida por empresa produtora brasileira registrada na Ancine, dirigida por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no País há mais de 3 (três) anos, que utilize, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 5 (cinco) anos; (ii) realizada por empresa produtora brasileira registrada na Ancine, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil mantenha acordo de co-produção cinematográfica e em consonância com os mesmos; ou (iii) realizada, em regime de co-produção, por empresa produtora brasileira registrada na Ancine, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de co-produção, assegurada a titularidade de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) dos direitos patrimoniais da obra à empresa produtora brasileira e utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 3 (três) anos.

Adicionalmente, fazendo-lhe eco, a Lei nº 12.485/2011 estabelece que, para que a obra seja considerada como brasileira, é necessário que a produção seja realizada: por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no país há mais de 3 anos, com equipe constituída por pelo menos 2/3 de brasileiros ou residentes no país há mais de 5 anos e por empresa constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no país, cuja maioria do capital seja de titularidade direta ou indireta de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos.

Dessa forma, tem-se que, para que uma obra seja considerada brasileira, não basta que ela seja produzida em território nacional, integralmente em português e com equipe exclusivamente local com plena liberdade criativa, é necessário, ainda, que a empresa detentora dos direitos patrimoniais sobre a obra tenha seu capital controlado por brasileiros natos ou naturalizados, condição esta que, como paradigma, não está presente mesmo na revisão da AVMSD, apontada como referência na AIR submetida a Consulta Pública, ainda que seja adotada em uma ou outra jurisdição.

Sob esta definição legal, títulos como 3%, Sintonia, O Mecanismo e Coisa Mais Linda, para mencionar apenas algumas das produções da NETFLIX feitas no Brasil, com produtoras e equipes brasileiras, com grande aceitação por parte dos públicos nacional e internacional como obras brasileiras, não são considerados como tal, o que faz com que hipotéticas normas de cotas e proeminência de conteúdo as desconsiderem e, mais do que isso, até as desfavoreçam frente a outras obras que cumpram as mencionadas exigências, em detrimento do interesse dos consumidores e dos técnicos e artistas brasileiros que nelas tomam parte.”

A Netflix aponta que suas produções locais não são consideradas brasileiras pela ANCINE, apesar de serem produzidas no Brasil com a participação de brasileiros. Aponta que as cotas de 30% para conteúdos europeus nos catálogos de VoD, determinados por Diretiva da UE, atendem a parâmetros diversos. No entanto, ressalta-se que tanto no Brasil como em outros países, é levado em conta o poder dirigente sobre essas obras, o que equivale a dizer o controle sobre a produção, o poder decisório sobre a exploração das obras nos diversos segmentos e territórios do mercado audiovisual e a capacidade de fruição dos rendimentos decorrentes. A detenção desse tipo de poder sob uma empresa brasileira, nos termos da legislação, é o que define a obra como nacional, diferenciando-a assim de uma prestação de serviço. Deve-se destacar que, apesar disso, esse modelo de produção recomenda creditar méritos à Netflix pelos investimentos e geração de trabalho no Brasil. Para muitas empresas, esse modo de exportação de serviços pode significar os recursos necessários para realização de investimentos e, muitas vezes, a sua própria sobrevivência. Mas abraçar essa fórmula como parâmetro estratégico para o mercado audiovisual brasileiro exige cautela, dado seu conflito em relação às diretrizes de valorização da produção nacional independente.

Na seção seguinte de sua contribuição, a Câmara e-net trata de custos e preços do VoD, em relação à TV por assinatura e à tributação.

CÂMARA E-NET: “5.3. Impactos Negativos para o Setor de VoD a partir de Tributação via Condecine

Antes de avançar na análise sobre os impactos, é preciso mencionar os benefícios da democratização do acesso a conteúdo que vem sendo preconizados pelas VoDs. Já é recorrente o entendimento de

que o desenvolvimento da internet diversificou o acesso a conteúdo, sendo responsável pela diminuição dos custos em relação aos modelos tradicionais.

Nesse esteio, a democratização do conteúdo foi responsável por romper antigos padrões do mercado e diluir barreiras à entrada para conteúdos antes inexistentes ou restritos a um público específico (e, portanto, preteridos pelos provedores), diversificando e multiplicando o acesso para consumidores. E isso foi possível a partir de um modelo de negócios baseado em escala e preços baixos, sendo necessário um número substancial de usuários/assinantes para manter a atividade viável sob o ponto de vista econômico, levando em consideração o sistema de precificação que é por elas utilizado (em valor bem menos significativo do que o registrado pelas TVs por Assinatura), sobretudo diante da necessidade de constantes e reiterados investimentos em produção diversificada de conteúdo para manter a variedade e, conseqüentemente, a atratividade do serviço para os seus usuários.

A ampliação da carga tributária, entretanto, colocaria em xeque a liquidez do modelo das VoDs, acarretando ainda outras conseqüências negativas, sendo a primeira delas o inevitável aumento de preços do serviço, o que o torna menos atrativo e reduz o processo de democratização do conteúdo audiovisual, impactando, pelo lado da demanda, o nível de acesso a conteúdo disponibilizado para o consumidor brasileiro. Dessa forma, impor uma regulação inapropriada às VoDs significa limitar as oportunidades para produção e difusão de conteúdo e reduzir a diversidade do conteúdo veiculado, levando a um retorno ao comportamento anterior e causando prejuízos à liberdade de expressão⁵¹. Ressalte-se que os usuários de VoD são extremamente sensíveis a preço, principalmente porque já estão sujeitos a todos os custos derivados do acesso à internet e dos respectivos dispositivos de acesso, sem contar com o fato de que as empresas estabelecidas no Brasil já estão sujeitas ao pagamento de impostos.

Paralelamente, uma redução na rentabilidade das OTT de VoD também produz efeitos deletérios no acesso a conteúdo diversificado pelo lado da oferta. Assim, o que deveria ser uma política de fomento (i.e., arrecadação de recursos para o FSA), na verdade, assume sentido inverso, erodindo novas oportunidades de difusão do conteúdo nacional em VoDs, que já começam a ser desenvolvidos. Nesse cenário, as OTT de VoDs teriam menos justificativas para realizar investimentos tendo em vista a perspectiva de redução da lucratividade.

Não obstante, outra conseqüência é a possível distorção regulatória, com a indução de modelos de preferência ultrapassados. A imposição da Condecine tem condão para influenciar negativamente o acesso dos consumidores ao conteúdo que hoje é disponibilizado nos VoDs por diminuir sua escalabilidade, em detrimento das preferências manifestadas pelo consumidor. Para exemplificar esse ponto, o dado abaixo demonstra que o consumo de conteúdo por meio da internet vem crescendo significativamente, considerando SVoD, TVoD e Download de vídeos:

Gráfico 04 — Evolução do uso de SVoD, TVoD e EST

(imagem presente no original)

Fonte: Statista (2019)

Esse crescimento é favorecido pelo crescimento constante do número de usuários de internet no Brasil, especialmente por meio de aparelho móvel, conforme exemplifica o gráfico 5:

Gráfico 05 — Evolução do uso de internet móvel e fixa no Brasil

(imagem presente no original)

Fonte: MCTIC (2019)

Ademais, a entrada das VoDs no mercado audiovisual, com preços diversificados, acaba contribuindo para difundir conteúdo para uma parcela da população (antes restrita, por exemplo, aos filmes da programação limitada da TV aberta) e, ao mesmo tempo, para reduzir os incentivos para piratear conteúdo.”

Se por um lado, é verdade que novas tecnologia de fruição de conteúdo de fato permitiram maior democratização do mesmo, por outro, é importante reconhecer também que tal processo deve ser visto em diferentes escalas e perspectivas, de forma que os conteúdos sujeitos a restrição de circulação nas mídias tradicionais muitas vezes acabam por sofrer dificuldades similares no VoD. Para comprovar isso, basta verificar quão pequena é a quantidade de séries e filmes nacionais disponíveis nos principais catálogos internacionais de SVoD dirigidos ao público brasileiro.

Além disso, a ideia de que haveria inevitável aumento de preços, decorrente da incidência da CONDECINE sobre os serviços também é argumento que vale para qualquer tributação, e remete o debate

não ao modelo tributário em si, mas ao impacto de cada alíquota sobre o funcionamento dos serviços e ao *quantum* assimilável pelos diversos modelos e dimensões de negócio.

A Contribuição da Câmara-e net considera ainda que os serviços não abarcados pelo VoD são “modelos de preferência ultrapassados”. Argumenta com a evolução do uso de internet no Brasil e com projeções do número de usuários de VoD no mundo. Tal visão merece a devida crítica. Assim como a TV por assinatura, é muito improvável que o SVoD obtenha no Brasil o alcance universal conquistado pela TV aberta e o vídeo doméstico no passado. O que se espera é a convivência e integração entre serviços, com a redefinição de algumas relações entre suas atividades constituintes, como cenário mais provável.

Sobre a CONDECINE-título e as alternativas analisadas pela AIR, a Câmara e-net faz, inicialmente, um resumo das considerações publicadas no Relatório sobre a tributação sobre receitas.

CÂMARA E-NET: “5.4. Dificuldades Práticas para as Diferentes Modalidades de Condecine Receita

A Ancine apresentou críticas ao modelo de Condecine-Título atualmente em voga no Brasil. A principal crítica foi ao fato de que a incidência de uma cobrança sobre todos os títulos (salvo aqueles isentos) acaba nivelando os serviços ofertados por provedores sem considerar a sua lucratividade, bem como a dimensão ou valor do catálogo em si. Para endereçar essas críticas, a Ancine apresentou algumas alternativas de ação, subdivididas em quatro grupos (i.e. (a) incidência sobre receitas; (b) incidência sobre assinaturas e transações; (c) incidência sobre os catálogos; (d) hipóteses híbridas). A análise elaborada pela Ancine identificou vantagens na modalidade de cobrança da Condecine incidente sobre receitas, chamando a atenção, no entanto, para defender que, independentemente da modalidade, seria recomendável observar premissas associadas à capacidade contributiva dos agentes econômica e à neutralidade entre os serviços.

Embora o relatório tenha sugerido a cobrança do tributo sobre a receita, essa possibilidade se subdivide em três possíveis categorias: (i) incidência sobre as receitas de todo o mercado audiovisual; (ii) incidência sobre as receitas de VoD; e (iii) incidência sobre as operações financeiras de VoD. Em todas essas modalidades, a Agência realizou uma análise de prós e contras de forma a averiguar os impactos sobre o setor, o que se resume abaixo para posterior explicação.

A primeira hipótese, dentre as três que tratam de aplicação sobre a receita, é apresentada como a “mais radical”. Essa hipótese consiste em substituir a CONDECINE-Título pela aplicação de um tributo aplicável de forma semelhante a todos os setores do mercado audiovisual sob alíquotas percentuais. A Ancine apresenta como vantagem o fato de que essa hipótese, a seu ver, guardaria o princípio da isonomia tributária de maneira mais objetiva, simplificando os procedimentos para cálculo e cobrança, gerando economias para agentes públicos e privados; e a cobrança só ocorreria após a exploração da obra, o que traz benefício ao contribuinte, que deixa de fazer o pagamento antes de obter receita. Como desvantagens, a Ancine menciona os seguintes aspectos: pode haver um trabalho extenso de modelagem tributária e um custo político elevado, tendo em vista a provável insatisfação na parcela dos agentes de mercado que terá que pagar mais impostos.

A segunda hipótese desse grupo é a incidência sobre as receitas VoD; nessa hipótese a aplicação ocorre exclusivamente sobre as receitas dos serviços de VoD. Por exemplo, uma provedora de TVoD será devedora de parte da receita dos títulos que é repassada ao distribuidor/agregador. De modo semelhante ao modelo anterior, as vantagens dizem respeito à simplificação do cálculo do tributo, cobrança posterior a exploração da obra, diluição do efeito negativo que a cobrança por obra tem na dimensão dos catálogos, propiciando a entrada de obras de menor potencial. Em contraposição à proposta anterior, a incidência sobre as receitas VoD, ao ver da agência, simplificaria o trabalho de modelagem tributária e diminuiria o custo político. Como principal desvantagem apontada pela Ancine está a necessidade de estabelecer metodologias de cálculo diferentes para os tipos de VoD, o que prejudica a isonomia tributária do setor e pode trazer insatisfação.

Por fim, uma última hipótese de incidência sobre a receita é a cobrança da Condecine com base nas operações financeiras de VoD. Nesse modelo, a cobrança estaria restrita aos valores entregues por meio eletrônico em pagamento pelos serviços (i.e., assinatura de catálogo, venda de licença de uso de conteúdo etc.). Segundo a Ancine, as vantagens específicas desse modelo seriam: maior simplificação do cálculo e cobrança da contribuição; facilidade na tributação das operações realizadas por provedores do exterior; acesso a dados de transações e assinatura; e acompanhamento da evolução do mercado de VoD. Como desvantagem, por outra via, estão:

(i) a modelagem do tributo exigiria a participação do Banco Central para o planejamento das fórmulas legais e integração de sistemas eletrônicos; (ii) algumas receitas deixam de ser tributadas (como os ganhos publicitários); e (iii) a diferença entre os critérios para o cálculo da contribuição no VoD e nos outros prejudicaria a isonomia e poderia gerar insatisfação.”

De modo geral, esse resumo reflete adequadamente a análise. Duas observações complementares são importantes para esclarecimento. Na segunda hipótese mencionada, a tributação sobre TVoD incidiria sobre o valor total da transação. Na praxe dos negócios com lojas virtuais, haveria dois contribuintes (normalmente, um fica com 70% do valor e a loja com 30%). Por facilidade de cobrança e controle, a AIR recomenda definir a loja virtual ou qualquer outro agente que atue como provedor de última instância, como responsável tributário pela parte da Contribuição que não lhe é própria (relativa aos 70%, no caso citado), além de ser contribuinte relativamente ao restante (30%). Outro destaque refere-se à tributação sobre operações financeiras e ao uso do SPB na arrecadação. O modelo pode ser usado de forma complementar a qualquer uma das duas outras hipóteses, evitando algumas das dificuldades mencionadas.

A seguir, a associação faz algumas críticas e ressalvas a esses elementos de análise, pontuadas em três itens.

CÂMARA E-NET: “Embora a análise elaborada pelo relatório tenha identificado prós e contras das diferentes modalidades de Condecine que incidem sobre receitas, alguns parâmetros básicos sobre a possibilidade da cobrança permanecerem sem ser propriamente endereçados. As seguintes ressalvas, aplicáveis indistintamente da modalidade sobre a receita, merecem observação:

(i) A AIR não apresenta uma discussão aprofundada a respeito da necessidade de um limite sobre as tributações em cima da receita, o que seria necessário não apenas para evitar modelos que importem em tributação excessiva das VoDs, mas também para manter a atratividade de novos investimentos para o país;

(ii) A AIR não esclareceu se a cobrança da Condecine deve considerar unicamente o valor líquido das receitas de VoD, o que pode gerar uma distorção na base de cálculo do tributo regulatório, tendo em vista que outros valores recebidos pelas empresas, a exemplo dos impostos pagos pelos consumidores finais (como, por exemplo, ISS, PIS e COFINS, que serão repassados ao governo) não podem ser considerados como receita, mas apenas fluxo de caixa; e

(iii) A AIR não segrega a receita por linha de serviço (por exemplo, para concentrar a sua base de cálculo exclusivamente em VoD), as companhias que oferecem serviços de VoD normalmente desenvolvem uma série de atividades diferentes (há situações em que, por se tratar da mesma entidade legal, seria necessário fazer a separação de registros contábeis, sob pena de as autoridades fiscais cobrarem tributos sobre receitas auferidas em serviços diferentes do VoD também oferecidos pela companhia).

Especificamente para a modalidade de cobrança da Condecine incidindo sobre as operações financeiras envolvendo VoD, os custos burocráticos se aliarão também a questões relacionadas à governança e proteção de dados, uma vez que atividades de inspeção poderão levar ao compartilhamento de informações/dados confidenciais, o que pode envolver problemas associados ao devido cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados. É importante esclarecer que é necessário que a agência desenvolva toda uma governança própria para assegurar a privacidade dos dados solicitados, o que demonstra dificuldades bastante relevantes associadas à cobrança de Condecine em uma modalidade que incida sobre operações financeiras.”

As dúvidas listadas são pertinentes e merecem reflexão. A primeira questão tem relação com o estudo das alíquotas mais adequadas, cuja grandeza tenha significado arrecadatório e, ao mesmo tempo, não afetem a atratividade dos serviços. A AIR não fez especulações sobre essa matéria pelos motivos já mencionados. Considerou-se mais importante um debate prévio sobre o modelo tributário a ser implantado. A dimensão das alíquotas e do ônus tributário decorrente pode ser regulada a partir disso, sem maiores dificuldades, se a opção for por alíquotas percentuais. Nessa situação, a AIR sugere aplicar um fator de progressividade em relação ao volume de receitas da empresa e incluir um patamar de isenção. Também pode ser conveniente incluir redutores que premiem a inserção de conteúdos brasileiros independentes nos catálogos. Podem incidir sobre as alíquotas ou, em valores absolutos, sobre os montantes devidos. No caso das alternativas com alíquotas em valores fixos, é recomendável a coleta de mais informações sobre as

receitas auferidas por serviços de diversos portes e sobre a composição dos catálogos, conforme o caso, para uma análise mais apurada do impacto econômico do tributo e a projeção de sua arrecadação.

A segunda questão discute a base de cálculo do modelo de incidência sobre receitas. A alternativa analisada na AIR, expressamente, trabalha com as *receitas brutas de vendas, publicidade e serviços*; ou seja, a receita operacional bruta das empresas. Sob este conceito, não há que se falar em dedução de tributos, como ISS e PIS/COFINS. Em relação à utilização da receita operacional líquida como base de cálculo, sugerida pela associação, deve-se levar em conta alguns complicadores e o fato de que os mesmos benefícios poderiam advir de um eficiente manejo das alíquotas. Por conta disso, outros tributos incidentes sobre faturamento não fazem essa opção. O cálculo da ROL pode exigir investigar, nos demonstrativos das empresas, os reembolsos e descontos comerciais aplicados sobre os preços. No caso dos tributos, a situação fica ainda mais complexa se for considerada a opção pela PIS/COFINS não cumulativa e as compensações legais decorrentes. Neste sentido, por simplicidade e economia procedimental, a base de cálculo sugerida foi a receita operacional bruta. Essa escolha não está livre de desafios. No caso de incidência sobre os serviços de televisão, seria preciso fixar na legislação se o tributo alcança ou não as receitas de provimento de TV das distribuidoras.

O último assunto trata da necessidade de segregação contábil das receitas decorrentes da prestação de serviços de VoD das oriundas de outras vendas ou serviços. Essa exigência tem mais impacto no modelo incidente apenas sobre as receitas de VoD, especialmente pela integração das programadoras de TV no negócio. Esse é um dos aspectos que a AIR leva em conta quando percebe, no modelo, “um custo maior de planejamento e modelagem do tributo, (...) para ganhos mais expressivos na execução”. Em primeira análise, a recomendação é que, na TV, o contribuinte e responsável tributário (o agente que paga o tributo) seja a programadora (e não a distribuidora), ao contrário do TVoD em que as lojas e demais provedores de última instância podem ser responsáveis pelo recolhimento de todo o tributo correspondente. No caso dos serviços de VoD oferecidos por distribuidoras, é recomendável a *segregação funcional* (não apenas contábil) dessas atividades, em compasso com as atuais exigências da ANATEL para a oferta de SVAs pelas distribuidoras. A partir dessas definições e responsabilidades, podem ser criados mecanismos para evitar dupla incidência na cadeia dos serviços e permitir os incentivos que sejam eventualmente definidos pela legislação.

Entre suas conclusões, a Câmara e-net acrescenta outras preocupações, destacadamente, a possibilidade de uma “agenda tributária mais expansionista” que seria antagônica a compromissos assumidos pelo governo federal para os próximos anos. A associação finaliza com uma lista de possíveis consequências negativas para o país e as atividades de VoD decorrentes da tributação analisada.

CÂMARA E-NET: “6. Conclusão (...)

Por último, parece igualmente claro que a definição da necessidade de aplicação de um tributo nos moldes da Condecine para o setor de VoD precisa ser avaliado com cuidado, levando em consideração as possíveis distorções que as diferentes modalidades podem provocar a partir de premissas que estejam baseadas em reduzir a assimetria com a TV por Assinatura, já que:

(v) A própria iniciativa de regulação tributária via Condecine para o setor de VoD parece antagônica à agenda brasileira para os próximos anos, levando em consideração o compromisso assumido pelo Governo no sentido de reduzir gasto público e burocracia, com obrigações explícitas no sentido de facilitar negócios e investimentos estrangeiros, para o que se discute uma agenda de reforma para simplificar e reduzir a carga tributária no Brasil;

(vi) A sugestão de uma agenda tributária mais expansionista e complexa para o setor de conteúdo audiovisual perde completamente o sentido dado que os mesmos problemas regulatórios que deram origem ao tributo não permanecem ou são verificados no novo modelo de negócios caracterizado pelas VoDs, sendo certo ainda que existem elementos a respeito da eficácia da política pública materializada pela Condecine que precisam ser verificados com atenção pelo regulador, sobretudo para avaliar os benefícios para a sociedade e para a concorrência derivados de um modelo de subsídio cruzado para formatos que basicamente desconsideram a evolução no desenho das preferências dos consumidores brasileiros de conteúdo audiovisual;

(vii) Existem inúmeras possibilidades de distorções a partir das diferentes modalidades de Condecine para o VoD, incluindo possível (a) redução dos incentivos para que *players* que ofertam serviços em escala global disponibilizem seus serviços ou invistam especificamente no mercado brasileiro, o que repercute em diversas instâncias, como redução dos canais de venda da produção nacional, empregabilidade e menor arrecadação fiscal; (b) impacto negativo na lucratividade do setor, com potencial retração da entrada de novos *players* no Brasil e/ou aumento de preço ao consumidor; e/ou (c) alteração das decisões de volume de negócios e Capex, minimizando os investimentos a serem feitos no país, inclusive em conteúdo nacional.”

A avaliação de quase todas essas preocupações está contida na análise exposta até aqui. Para um resumo não exaustivo, cabe fixar, por primeiro, que a revisão e eventual substituição do atual modelo de CONDECINE-título não compõem uma *agenda tributária expansionista*, uma vez que não propõe a criação de novo tributo, mas sim sua reforma. Destaque-se também que a CONDECINE é tratada em toda a AIR, menos por sua função arrecadatória (de provedora de recursos para o desenvolvimento do setor), do que pelos desequilíbrios regulatórios e concorrenciais que produz ou que pode produzir em cada modelo. Saliente-se ainda que, por definição legal, a Contribuição não provê recursos para “gasto público e burocracia”, mas retorna ao setor audiovisual, na forma de investimentos que qualificam suas atividades. Quanto à eficácia desse modelo, o caso da programação de TV por assinatura, a dinâmica de parcerias entre produtoras e programadoras e o prestígio e reconhecimento interno e internacional dos conteúdos nacionais são indicadores que balizam a avaliação positiva defendida pela AIR, corroborada por diversas pesquisas de opinião e consumo disponíveis.[\[38\]](#)

A contribuição da MPA-AL sobre a incidência da CONDECINE defende uma contradição entre o reconhecimento do VoD como segmento do mercado audiovisual e a incidência do tributo sob a inscrição *outros mercados*.

MPA-AL: “II.3.2— Das reais ameaças ao crescimento do mercado de VoD: a CONDECINE Título criada para VoD.

O Estudo endereça o tema do tratamento tributário do VoD em seu capítulo IV, cuja seção (C), intitulada “Consequências e Dificuldades do Modelo Atual de CONDECINE-Título”, recomenda: “considerando as dificuldades de reforma do modelo e as anotações feitas até aqui, é recomendável que a ANCINE reavalie procedimentos e normas infralegais e recomponha recursos e esforços administrativos para a ação de fiscalização da CONDECINE-título no vídeo sob demanda” (parágrafo 216).

Fato novo é que no Estudo a ANCINE admite formalmente, pela primeira vez, que o VoD é “um segmento definido e não uma modalidade omissa normalmente identificada como ‘outros mercados’” (conforme parágrafo 7).

A MPA-AL, entretanto, reputa insuficiente qualquer recomendação relativa ao tema que não seja a de declaração pela ANCINE de **nulidade da CONDECINE Título para VoD**, com efeitos retroativos.

A CONDECINE é uma contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) instituída pelos arts. 32 e seguintes da Medida Provisória 2.228/2001. Entre suas modalidades, encontra-se a “CONDECINE Título”, que incide sobre a exploração de obras audiovisuais em diferentes segmentos de mercado no Brasil (salas de exibição, vídeo doméstico, tv por assinatura, tv aberta e outros mercados). Na condição de CIDE de *indução positiva*, deve ser instrumento de atuação ou “intervenção” no próprio segmento econômico ou mercado em que é arrecadada (arts. 34 e 47 da citada MP); e, *a contrario sensu*, sua **cobrança** e arrecadação não podem **afetar nem prejudicar** o desenvolvimento da indústria audiovisual que ela pretende desenvolver, sob pena de invalidade (art. 149 da Constituição Federal).

O valor da CONDECINE Título é definido pela MP com **alíquota** fixa (seja para um *blockbuster* recém-lançado, com imenso público potencial, seja um título antigo e de nicho, com público potencial reduzido). Se tal alíquota tiver valor que prejudique o desenvolvimento de um mercado específico, sua cobrança será inconstitucional. Tal alíquota, portanto, deve ser adequada àquele mercado específico ou não poderá ser cobrada.

Em 2012, a ANCINE, por meio de norma infralegal (inciso I, do § 2º do art. 21 da IN 105/12), decidiu incluir o VoD como parte do segmento “outros mercados” com a finalidade de cobrar CONDECINE Título em VoD. A expressão “outros mercados” (art. 33, inciso I, alínea *e* da citada

MP) é genérica; o VoD sequer existia quando da criação da CONDECINE Título sobre “outros mercados” (isso é, tal alíquota, de valor fixo, não foi criada tendo por parâmetro o mercado de VoD); e é atualmente consensual e notório que tal alíquota é inadequada e prejudicaria o crescimento dos serviços de VoD no Brasil: tudo torna questionável a legalidade da sua previsão e reforça que a ANCINE não atendeu à finalidade constitucional desse tributo e às características fáticas do segmento de VoD.

Reitere-se: a ANCINE **admitiu** formalmente **no Estudo**, pela primeira vez, que o VoD é “um segmento definido e não uma modalidade omissa normalmente identificada como ‘outros mercados’” (parágrafo 7).

Em sentido contrário, há afirmação vaga no Estudo de que “a norma não relaciona especificamente como segmento do mercado do vídeo sob demanda, que não existia em 2001, mas busca em seu espírito, ao incluir em seu escopo o segmento outros mercados, instituir a tributação para todo o mercado audiovisual de forma genérica” (parágrafo 113). Despiciendo mencionar que, em matéria constitucional tributária, interpretações “genéricas” baseados na busca “em seu espírito” violam frontalmente o princípio da legalidade restrita que orienta o ambiente tributário e apenas contribuem para tornar mais inseguro o ambiente jurídico, institucional e negocial do VoD no Brasil.

Dessa lógica inadequada resulta que a aplicação da CONDECINE Título ao VoD teria natureza confiscatória, contrariaria a finalidade da exação e sufocaria o setor. A validade e legalidade de tal tributo também são questionáveis por violação da capacidade contributiva e do princípio não confisco e da violação da legalidade estrita e do art. 97 do Código Tributário Nacional, além de caracterizar desvio de finalidade (ao inserir o VoD entre os outros mercados passíveis de cobrança da CONDECINE Título) e de estar ausente a análise de motivos/motivação para tal inserção.

É insuficiente, diante de todo o exposto, a recomendação no Estudo de que “a ANCINE reavalie procedimentos e normas infralegais e recomponha recursos e esforços administrativos para a ação de fiscalização da CONDECINE-título no vídeo sob demanda” (parágrafo 216). Mais que isso, a ANCINE deve exercer imediatamente seu poder-dever de autotutela, declarar nulo tal tributo e deixar de efetuar **qualquer** cobrança **relativa** à CONDECINE **Título** no mercado de VoD.”

É de conhecimento geral que a ANCINE, desde antes da implantação efetiva do VoD no Brasil, aponta o vídeo sob demanda como segmento do mercado audiovisual, autônomo em relação aos demais, a despeito das relações de complementaridade e concorrência. O art. 1º, LII, da Instrução Normativa nº 91, de 2010 e o art. 21, §2º, da Instrução Normativa 105, de 2012, são dois exemplos desse tratamento. Esta segunda regra detalha o *locus* do VoD na legislação da CONDECINE, entre os segmentos classificados como *outros mercados*. Todo capítulo inicial da AIR e parte importante desta análise foram dedicados a debater visões contrárias à autonomia do VoD como segmento, a fim de promover uma definição mais clara de suas características e relações. No entanto, não coube à AIR, nem a essa análise, se aprofundar em qualquer questionamento jurídico em relação à validade e legalidade da aplicação da norma vigente. Ainda nesse sentido, vale mencionar que a ANCINE abriu em outubro de 2020 uma [Consulta Pública sobre Notícia Regulatória para analisar os segmentos “outros mercados” e “vídeo doméstico”](#), elencados no art. 1º da MP 2.228-1/01, no que diz respeito à sua conveniência regulatória, bem como aos impactos na cadeia econômica do setor audiovisual e na arrecadação da CONDECINE. Com isso, a agência pretende analisar as especificidades do segmento “outros mercados”, com vistas a apontar caminhos para uma regulação que promova a competição e o desenvolvimento econômico.

A contribuição da Oi defende um tratamento tributário do VoD com incidência restrita ao ISS. Explicitamente, contrapõe-se à cobrança de CONDECINE-título, mencionando seu aspecto temporal, o momento do registro das obras, prévio à veiculação.

OI: “Tributação

Do ponto de vista tributário, a Oi entende que o serviço deve ser onerado apenas pelo ISS, não devendo incidir cobrança de condecine-título ou qualquer outra quando do registro da obra na Ancine.

Tal medida estimulará a demanda, facilitará sua penetração, e manterá os recursos arrecadados no local do consumo do serviço - criando receitas para municípios.”

O aspecto temporal da CONDECINE-título merece ser destacado como um dos elementos que podem burocratizar desnecessariamente os serviços audiovisuais e as atividades da administração pública. Para os agentes econômicos, esse modelo exige prestações antecipadas que, em alguns casos, pela quantidade de títulos veiculados, geram um custo de transação significativo.

A sugestão de limitar a tributação do VoD ao ISS possui alguns problemas, já mencionados, de assimetria regulatória e quebra de isonomia com outros serviços audiovisuais. Tributação baixa pode estimular a demanda e ampliar o espectro social dos serviços, desde que tais benefícios repercutam sobre os preços. A médio prazo, para que isso ocorra, a alta concentração atual tem de ser eliminada. Sob um regime sem controle de preços, somente a competição evita que benefícios fiscais sejam incorporados ao lucro das empresas. Isso tende a ser especialmente verdadeiro em momentos de arrefecimento da atividade econômica, como o vivido pelos brasileiros desde 2015. Ainda, a penetração dos serviços pagos pelo usuário, particularmente o SVoD, enfrenta limitações importantes no Brasil pela queda da renda dos públicos mais massivos e suas condições de acesso à internet. Esses limites não serão removidos mesmo sob um regime de isenção completa dos serviços de VoD. Quanto à distribuição dos recursos fiscais e a geração de receitas para os municípios, é de se ressaltar que muitos Estados também vivem crise fiscal profunda. Afora isso, é importante lembrar do efeito positivo produzido pelo investimento dos recursos da CONDECINE sobre a própria atividade audiovisual.

A manifestação da Algar sobre tributação descreve e critica o tratamento assimétrico entre os serviços de *streaming* de VoD e de TV por assinatura, em relação à incidência de ISS e ICMS. Lembra que isso pode gerar reclamações judiciais dos agentes prejudicados, com base no art. 150, II, da CRFB, que preceitua isonomia tributária, e sugere solução pela extensão do tratamento menos oneroso (o ISS) também à TV por assinatura.

ALGAR: “Considerando a legislação tributária atual, no âmbito municipal o serviço de *streaming* sofre a incidência do ISS, por força de expressa previsão legal, conforme disposto no Anexo da Lei Complementar nº 116/2003, item 1.09, incluído pela Lei Complementar nº 157/2016, enquanto que, no âmbito federal, se sujeita a incidência do IR, PIS, COFINS e CSLL.

Apesar de sujeitar-se a uma carga tributária robusta, os Provedores do Segmento de Vídeo Sob Demanda (VoD) acabam por se sobressair economicamente frente as operadoras de TV por assinatura (SeAC), que além de recolher os tributos federais acima elencados, também se sujeitam aos tributos regulatórios e as altas alíquotas do ICMS no âmbito estadual, uma vez que a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº 12.485/2011, está sujeita ao ICMS-Comunicação, previsto no art. 155, II, da Constituição Federal.

Não obstante o VoD e o SeAC serem, por definição, serviços de distribuição de conteúdo audiovisual, providos tanto pelas Operadoras de Pequeno Porte — que também oferecem estrutura, quanto pelas empresas de OTT, sofrem tratamentos tributários muito diferentes.

Dado esse cenário, bem como considerando a variedade de tipos de serviços de distribuição de conteúdo, é importante compreender que a tributação, seja pelo ICMS ou pelo ISS, deve ser definida de acordo com o gênero do serviço prestado, a atividade fim, desconsiderando o meio tecnológico utilizado para cumprir a finalidade do contrato.

No presente caso, a hipótese de incidência tributária é distribuição de conteúdo audiovisual e, como tal, conferir tratamento tributário isonômico para todos os provedores desse serviço deve ser pilar essencial para um marco regulatório, sob pena de promover desequilíbrios concorrenciais irreversíveis para todo um segmento da cadeia de valor do audiovisual.

A esse respeito, inclusive, não se pode ignorar que recentemente no julgamento do RE 651.703, realizado sob a sistemática da repercussão geral, o STF firmou entendimento no sentido de que o conceito de “serviço” tributável pelo ISS está relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, obtida pelo exercício de atividades materiais ou imateriais realizadas com habitualidade e intuito de lucro, que pode estar atrelada ou não à entrega de bens. Logo, de acordo com o conceito recentemente fixado pela suprema corte, a existência de uma obrigação de fazer é irrelevante para incidência do ISS, inexistindo, portanto, óbices à incidência do tributo municipal sobre a atividade de *streaming*.

Isso porque quando se analisam as características do serviço previsto no subitem 1.09 (da Lista de serviços tributáveis pelo ISS), constata-se que não há uma transferência do conteúdo para o tomador do serviço, daí porque a disponibilização ocorrer sem a cessão definitiva, afinal, o que se busca ao contratá-lo é ter acesso ao conteúdo disponibilizado. E para que seja possível a disponibilização, há um empenho, através de diversas atividades desenvolvidas por parte do prestador, para que o serviço seja efetivamente prestado.

Nesse sentido, com a reformulação do conceito de serviços, a preocupação em adequar o diploma tributário ao contexto atual, em que empresas se valem do meio digital para fornecer serviços cada vez mais lucrativos, decerto é possível notar que o Direito Tributário precisa se manter efetivo frente às transformações que ocorrem na sociedade.

Dentro dessa lógica, sendo certo que o Serviço de Acesso Condicionado trata-se igualmente de um serviço e, para tanto, insculpido no conceito de obrigação de fazer na medida em que sua “recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes”, e para fins de incidência do ISS deve ser configurado tão somente o oferecimento de uma utilidade para outrem — tal como disciplinou o STF, é oportuno afirmar o SeAC, assim como o VoD, devem ser tributados de maneira isonômica, oportunamente como base de incidência do imposto municipal.

Este entendimento está assegurado em bases constitucionais, sobretudo pelo princípio da igualdade tributária, cujo postulado nos leciona que a igualdade se perfaz diante de diversas situações e elementos; deve dar azo à isonomia dos contribuintes, de sorte a estabelecer critérios para o tratamento igualitário àqueles que se encontram em situações análogas.

O princípio da igualdade encontra-se positivado no campo do direito tributário com o disposto no art. 150, II, da CF, ao prescrever a vedação de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibindo qualquer forma de distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Como desdobramento do princípio da igualdade, o princípio da capacidade contributiva apresenta-se como uma continuação à lógica da isonomia. O art. 145, §1º, da CF dispõe que “sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte...”, razão pela qual uma das formas de se atender a este princípio é a progressividade das alíquotas de acordo com a capacidade econômica do sujeito passivo.

Frente o exposto e a partir de uma análise mercadológica, o que pode se aferir, portanto, é uma notória assimetria de obrigações imputáveis entre os prestadores de Serviço de Acesso Condicionado, sobretudo os Operadores de Pequeno Porte e os agentes econômicos que atuam na distribuição de vídeo sob demanda, representando, desta forma entraves ao desenvolvimento isonômico da cadeia de valor de ambos os segmentos.”

De modo geral, esses argumentos da Algar acompanham as observações apresentadas na AIR e nesta análise sobre a assimetria tributária entre *streaming* de VoD e TV por assinatura. As consequências sobre a competição e os estímulos desiguais ao desenvolvimento dos serviços complementam as ideias expostas. Em acréscimo, cabe comentar a solução proposta pela Algar para o problema. A empresa afirma que a tributação da TV por assinatura pelo ISS, ao invés do ICMS, igualaria o tratamento de serviços similares, dando melhores condições para a oferta de canais de programação e gerando mais isonomia competitiva para esses serviços. No entanto, as dificuldades para essa solução devem ser lembradas. Em face da previsão constitucional de incidência de ICMS sobre as comunicações e a integração do provimento de TV com esses serviços, pode haver dificuldades jurídicas para um caminho legislativo como esse. Além disso, é provável que uma medida nesse sentido encontre forte resistência dos governos estaduais preocupados com a queda de arrecadação. A solução mais adequada e definitiva seria, obviamente, a unificação dos tributos em torno de um IVA, matéria com largo trâmite nas duas casas legislativas, mas ainda sem decisão terminativa.

A empresa também pleiteia que a ação regulatória da ANCINE sobre a prestação de VoD observe um fator de assimetria nas medidas a serem adotadas sob futuro marco legal, a fim de fortalecer a posição dos prestadores de pequeno porte e equilibrar as condições de competição. O assunto não se restringe à questão tributária, mas reflete os parâmetros de isonomia adotados nessas análises do Relatório. Como é sabido e repetido, o complemento do princípio da isonomia exige tratamento desigual para os desiguais, a fim de

que a equidade buscada seja possível. Por isso, fatores de progressividade e isenção são recomendáveis na disciplina tributária do VoD e de outros serviços audiovisuais, além de outras medidas assimétricas. Isso ganha importância, na comparação com o mercado de telecom, quando se verifica o papel decisivo das pequenas prestadoras, na competição^[39] e na oferta de serviços a um conjunto numeroso de municípios. Haja vista as condições de alta concentração existentes na programação de TV e provimento de VoD, as iniciativas das empresas desse porte podem ampliar a competitividade dos serviços e devem ser incentivadas.

ALGAR: “A ALGAR também apresenta como necessário estabelecer assimetrias que permitam o acesso de empresas menores e entrantes ao mercado, bem como o de preservar a experiência do usuário, e por fim estabelecer adequações aos agentes estrangeiros às exigências da legislação brasileira.

Importante lembrar que a Anatel, que regula o mercado de distribuição de conteúdo audiovisual, tem reconhecido a necessidade de definição de medidas regulatórias assimétricas com o propósito de balancear as condições competitivas no setor de telecomunicações, sobretudo em mercado de varejo, em que as grandes e pequenas prestadoras atuam de forma equânime em que pese as capacidades econômicas e operacionais serem desiguais.

Para tanto, editou-se a Resolução n 694/2018 que alterou o Plano Geral de Metas de Competição daquela agência reguladora, que com lastro em definições originárias do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, assim definiu o que seria considerada uma Prestadora de Pequeno Porte, que é a que tem menos de 5% do mercado em que atua, e que a partir do enquadramento de uma empresa nessa condição haveria a necessidade de imposição de medidas regulatórias assimétricas:

Art.4º Incluir os incisos XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII e XXIV ao art. 4º do Plano Geral de Metas de Competição — PGMC, aprovado pela Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012, nos termos da redação abaixo:

"Art. 4º

XV- Prestadora de Pequeno Porte: Grupo detentor de participação de mercado nacional inferior a 5% (cinco por cento) em cada mercado de varejo em que atua;

Por fim, com base nessa experiência positiva é que a Algar pleiteia à Ancine que também se empregue remédios regulatórios caso se evolua na regulamentação do mercado de VoD às pequenas empresas desse segmento.”

Um sentido semelhante às análises e propostas da Algar pode ser encontrado na contribuição da NeoTV, a começar pela avaliação das desigualdades tributárias entre TV por assinatura e VoD, decorrentes da incidência de ISS vs. ICMS. A associação compartilha com a AIR a ideia de que o desenvolvimento mais favorecido de qualquer dos segmentos não implica vantagens estratégicas para o país, os usuários, as empresas e os profissionais. A partir dessa visão, que a AIR entende justificar a defesa de parâmetros de neutralidade tributária entre os segmentos, a NeoTV discorre sobre a gradativa obsolescência do ordenamento dos serviços audiovisuais por critérios tecnológicos.

NEOTV: “IV. 1 - DO MODELO ÚNICO DE TRIBUTAÇÃO PARA UM TRATAMENTO ISONÔMICO INCIDÊNCIA DE ISS E "CONDECINE-VOD

A) ISS e ICMS

Como destacado na própria Análise de Impacto Regulatório da Agência “a constituição e rápida expansão dos serviços de VoD exacerbou um cenário de competição entre segmentos a requerer condições tributárias e regulatórias isonômicas, especialmente entre os serviços de TV por assinatura e SVoD (Subscription VOD). A disputa entre agentes desses dois segmentos, tanto pela participação no orçamento familiar, quanto pelos melhores ativos audiovisuais, é novidade a exigir um marco regulatório equilibrado.”

Diante de um cenário competitivo, não cabe estabelecer estímulos a um serviço em detrimento de outro. Não é possível perceber vantagem estratégica para o país, os usuários ou as empresas e profissionais do audiovisual brasileiro no desenvolvimento mais favorecido, por via de regulação, seja do VoD ou da televisão.

Não se desconhece, entretanto, que a tecnologia contemporânea traz controvérsias relacionadas à sujeição passiva, responsabilidade pelo pagamento do tributo e o ente federativo competente para

sua cobrança, controvérsias estas que dificultam ou até mesmo impedem a arrecadação do tributo. Deve-se entender, para tanto, o funcionamento da tecnologia utilizada para, somente então, verificar a existência da perfeita subsunção do fato à norma tributária.

De outro lado, a interação entre o Direito e a Economia, propõe interpretação econômica, porque baseada em conceitos elaborados pelo próprio Direito Tributário ou em conceitos tecnológicos, caracterizados por grande fluidez e mutação quanto à sua natureza jurídica, em substituição ao formalismo jurídico. A interpretação é simultaneamente jurídico-econômica, ainda que, para a formação dos conceitos tributários passem pelo filtro jurídico.

Por esta análise interpretativa, portanto, faz-se necessário destacar que diante do cenário atual, a prática regulamentar dos impostos sobre os serviços de VoD e Serviço de Acesso Condicionado envolve diferenças tributárias significativas em favor do primeiro, escolha legislativa distanciada da realidade do mercado e que ignora as relações de competição entre os serviços. Nessa toada, o que a legislação hoje prescreve está em desequilíbrio com as inovações tecnológicas, razão pela qual o Direito deve vir a reboque da tecnologia.

Sob a ótica do Sistema Tributário Nacional brasileiro, o serviço de streaming se encontra expressamente previsto na Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003, após as alterações realizadas pela Lei Complementar 157/2016, portanto serviço tributável pelo ISS, com alíquotas inferiores ao tributado no SeAC. Por sua vez, a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, está sujeita ao ICMS, imposto sobre circulação de mercadorias e serviços de transporte e de comunicação, de competência estadual, e previsto no Art.155, II, da Constituição Federal.

A esse respeito, merece destaque a análise realizada pela própria Agência Nacional de Cinema, em sede de Análise de Impacto Regulatório:

‘[85] (...) Os serviços de televisão por assinatura eram segmentados por esses parâmetros [tecnológicos], originados do tipo de outorga ou autorização contratado pelas redes ao Estado. Com referências normativas esparsas, consideradas suas características e as mudanças profundas nas comunicações, o surgimento do VOD, em especial os serviços OTT, ocorreu sob grande assimetria regulatória em relação aos demais serviços concorrentes. (...) [89] (...) Enquanto o provimento de TV por assinatura constitui hipótese de incidência do ICMS, em geral com alíquotas acima de 10%, os serviços de VoD por streaming foram incluídos na lista do ISS com alíquotas limitadas ao intervalo de 2% a 5%. A já mencionada hipótese de transmissão de conteúdos premium ao vivo por provedores, redes sociais e plataformas de [compartilhamento] é outra situação que tende a ampliar as diferenças nessa competição.’

Esta discrepância de tratamento regulatório torna-se nítida quando analisa-se, sobretudo, que ambos tratam-se de serviços de distribuição de conteúdo audiovisual, providos tanto pelas Operadoras de Pequeno Porte — que também oferecem estrutura, tanto pelas empresas de OTT. Ou seja, infere-se que a tradição brasileira de ordenamento dos serviços de comunicação sempre foi marcada por balizas concentradas em critérios tecnológicos, que com o passar do tempo se tornam obsoletas e aquém das realidades de mercado.”

Destaque-se que essas diferenças tributárias não atingem apenas os dois serviços, mas acabam por envolver, em uma zona cinzenta, serviços de mesmo teor ofertados sob plataformas ou formas de transmissão diferentes. De um lado, a norma exige que os serviços entreguem conteúdos “sem cessão definitiva” para que haja incidência de ISS.[\[40\]](#) Quais seriam esses serviços e como seriam enquadrados os demais, *com cessão definitiva*? Em princípio, como é apontado na AIR, a distinção se dá pela forma de transmissão por *streaming* ou *download*, o que em si já cria desigualdades tributárias. De regra, no segundo caso, ao contrário do primeiro, o usuário *baixa* os arquivos audiovisuais para visionamento a qualquer tempo e *quantas vezes quiser*. Mas, a rigor, essa não é uma distinção que separe essas tecnologias de modo claro e absoluto. Tanto o *download* pode implicar licença de uso limitado (sem cessão definitiva), como se pode permitir acesso ilimitado a conteúdos por *streaming*, com o depósito dos arquivos na nuvem. Ou seja: o que define a “cessão definitiva”[\[41\]](#) é a duração das licenças de uso adquiridas pelo usuário, se temporária ou perpétua/indeterminada,[\[42\]](#) o que deveria implicar a investigação de cada modelo de negócios pelas receitas municipais e estaduais. Ademais, como se deve entender a aplicação da fórmula tributária, que insiste em separar serviços por padrões tecnológicos? Conforme a resposta, um ou outro modelo de serviço é estimulado. A se seguir a jurisprudência do STJ,[\[43\]](#) incide ICMS sobre o

licenciamento definitivo ou *download* de conteúdos. Mas o próprio Tribunal já decidiu por aplicações extensivas de outros dispositivos dessa lista.

De outro lado, a norma do ISS destaca o ambiente da internet como meio em que deve ocorrer o transporte dos conteúdos para que a tributação seja aplicada. E excetua da hipótese de incidência, expressamente, a *distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviços de Acesso Condicionado*.

A NeoTV também sugere, como solução para o tratamento discrepante entre SVoD e TV por assinatura, a incidência do ISS para os dois serviços. Apoia-se em jurisprudência recente do STF que atinge o conceito de serviços, conforme manifestação já comentada anteriormente.

NEOTV: “Por esta razão, pela variedade de tipos de serviços de distribuição de conteúdo, é importante compreender que a tributação, seja de ICMS ou de ISS, deve ser definida de acordo com o gênero do serviço prestado, a atividade fim, desconsiderando o meio tecnológico utilizado para cumprir a finalidade do contrato. No presente caso, a hipótese de incidência tributária é distribuição de conteúdo audiovisual e, como tal, conferir tratamento tributário isonômico para todos os provedores desse serviço deve ser pilar essencial para um marco regulatório, sob pena de promover desequilíbrios concorrenciais irreversíveis para todo um segmento da cadeia de valor do audiovisual.
(...)

Nesse sentido, com a reformulação do conceito de serviços, a preocupação em adequar o diploma tributário ao contexto atual, em que empresas se valem do meio digital para fornecer serviços cada vez mais lucrativos, decerto é possível notar que o Direito Tributário precisa se manter efetivo frente as transformações que ocorrem na sociedade.

Dentro dessa lógica, sendo certo que o Serviço de Acesso Condicionado trata-se igualmente de um serviço e, para tanto, insculpido no conceito de obrigação de fazer na medida em que sua "recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes (...), e para fins de incidência do ISS deve ser configurado tão somente o oferecimento de uma utilidade para outrem — tal como disciplinou o STF, é oportuno afirmar o SeAC, assim como o VoD, devem ser tributados de maneira isonômica, oportunamente como base de incidência do imposto municipal.

Este entendimento está assegurado em bases constitucionais, sobretudo pelo Princípio da Igualdade Tributária, cujo postulado nos leciona que a igualdade se perfaz diante de diversas situações e elementos; deve dar azo à isonomia dos contribuintes, de sorte a estabelecer critérios para o tratamento igualitário àqueles que se encontram em situações análogas.

O princípio da igualdade encontra-se positivado no campo do direito tributário com o disposto no art. 150, II da CF, ao prescrever a vedação de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibindo qualquer forma de distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

"DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos."

Como desdobramento do Princípio da Igualdade, o princípio da Capacidade Contributiva apresenta-se como uma continuação à lógica da isonomia. O artigo 145, & 1º da Constituição Federal dispõe que “sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte...”, razão pela qual uma das formas de se atender a este princípio é a progressividade das alíquotas de acordo com a capacidade econômica do sujeito passivo — o que muito coaduna com o entendimento da NEO e seus associados.”

Não há o que opor à argumentação da NeoTV sobre a observância da igualdade tributária e da capacidade contributiva do sujeito passivo. Esses elementos e suas consequências sobre as relações entre TV por assinatura e SVoD são muito explorados na AIR. Mas a sugestão de produzir isonomia pela extensão do ISS à TV apresenta as dificuldades já mencionadas na análise de contribuição semelhante da Algar.

A seguir, a NeoTV aborda o principal tema tributário da AIR, a CONDECINE incidente sobre VoD. De início, a associação avalia o modelo atual, compartilha da posição de que o tributo incide no VoD sob a alínea de *outros mercados* e relata as dificuldades e ineficácia dessa incidência.

NEOTV: “B) “CONDECINE - VOD”

O debate sobre a CONDECINE, que trata-se de espécie de contribuição de intervenção no domínio econômico, cujo produto de arrecadação é destinado ao financiamento do Fundo Setorial Audiovisual (FSA), constitui uma das principais pautas do marco regulatório do VoD e parte de um tratamento particularmente favorável aos provedores, tanto em relação aos segmentos concorrentes, quanto na comparação com outros países.

Na forma atual, o segmento é entendido como “outros mercados” nos termos da Medida Provisória 2228-1/01, e a contribuição (CONDECINE- Título) é devida sobre a oferta de cada título do catálogo e nivela os serviços sem considerar seus resultados econômicos, ou a dimensão, composição e valor dos catálogos em si. Esse tratamento, que onera de maneira igual capacidades contributivas desiguais, tende a constituir uma barreira significativa para os pequenos provedores e a restringir a quantidade e diversidade de títulos nos catálogos.

Portanto, a aplicação da CONDECINE-TÍTULO nos serviços de VOD se mostra ineficaz pelos seguintes motivos:

- 1) “Prateleira quase infinita” — elevado número de títulos disponíveis; 2) Sistema da CONDECINE Título baseado no registro da obra — dificuldade administrativa de gerir muitos registros; 3) Dinamicidade de visualização dos conteúdos na internet — impossibilidade de controle prévio de exibição; 4) Modelos de negócio de VOD são diferenciados e em constante mutação; 5) Indefinição do que são os conteúdos de catch-up TV.”

Esses *motivos de ineficácia* apontados pela NeoTV não se apresentam com os mesmos efeitos em todas as modalidades de negócio e para todo tipo de provedor. Por exemplo, enquanto no TVoD, sujeito a um padrão de repartição de receitas, a ideia de *prateleira quase infinita* pode ser bastante aderente, o SVoD trabalha com catálogos mais limitados, pelas necessidades financeiras decorrentes das compras a preço fixo. Isso faz com que os efeitos da CONDECINE-título tendam a ser mais prejudiciais sobre o TVoD do que sobre os serviços por assinatura. De outra parte, grandes provedores de SVoD, detentores de receitas expressivas, tendem a ser menos afetados pelo tributo devido do que os pequenos provedores, de escala mais estreita.

Em relação ao um eventual novo modelo tributário, a NeoTV acrescenta um argumento relativo à forma de tratamento dos serviços integrados de TV e VoD.

NEOTV: “Diante desse quadro, o desafio é construir um novo modelo adequado às variáveis e modelos de negócio, incidindo sobre cada segmento tributado de forma a manter uma posição neutra.

Com efeito, uma arquitetura eficaz para tributação deste mercado deve observar a lógica instituída pelo Regime Único, regulamentado pela Agência Nacional de Cinema, que organizará as informações fornecidas pelos agentes econômicos, a partir de mecanismos de controle de obrigações e resultados, bem como acompanhamento dos agentes econômicos que deverão recolher a “CONDECINE- VoD.”

A partir deste modelo proposto com a “CONDECINE- VoD” merece destaque especial ao tratamento a ser conferido às empresas de SeAC, sobretudo aos operadores de pequeno porte, uma vez que o Serviço de Comunicação Audiovisual sob demanda vinculado a um Serviço de Acesso Condicionado, e que veicule títulos já tributados pela CONDECINE, não deve ser objeto de nova tributação.

A “CONDECINE-VoD” não deverá incidir sobre os serviços de telecomunicações de televisão paga que tem como funcionalidade a disposição de conteúdo nas plataformas de TV Everywhere cujo acesso é garantido ao consumidor pelo contrato de assinatura do Serviço de Acesso Condicionado — SeAC por serem entendidos como uma extensão do primeiro serviço o qual já é tributado pela CONDECINE.”

Sob o modelo atual da CONDECINE incidente sobre títulos em cada segmento do mercado audiovisual, a resolução equilibrada dessa questão é difícil. Isso porque, mesmo se houver tratamento do VoD em separado sob outro modelo (receitas, por exemplo), haverá novo fato gerador e incidência repetida de

CONDECINE-título para cada um dos demais segmentos de exploração da obra. O provimento de VoD feito por distribuidoras ou programadoras de TV não altera esse fato, porque o VoD não é uma extensão da TV, mas um novo serviço com nova relação de consumo e novas receitas, mesmo se o modelo contratual seguido for de assinatura única para as duas prestações. Destaque-se que não se está a falar de *catch-up TV*. Uma possível solução para esse problema seria a incidência sobre as receitas gerais do mercado audiovisual, sem a distinção de segmentos, com a consequente extinção da CONDECINE-título. No modelo que incide exclusivamente sobre as receitas de VoD, a situação pode ser parcialmente equilibrada por um mecanismo de progressividade e isenções aos serviços de menor porte, o que pode atender à preocupação da NeoTV.

A partir daí, a associação posiciona-se frente às alternativas expostas na AIR, em favor da incidência exclusivamente sobre as receitas de VoD. Porém, identifica fato gerador e propõe modelo de incidência um pouco diversos dos sugeridos naquele modelo.

NEOTV: “B.1) Modelo de Funcionamento da "CONDECINE- VoD”: fato gerador, base de cálculo e recolhimento

Como já demonstrado, o modelo circunscrito à CONDECINE-Título apresenta falhas ao segmento de vídeo sob demanda na medida em que as expressivas diversidades, variedade e dimensão dos catálogos tendem a ser afetadas pela tributação por título. Por esta razão, surge a necessidade de pensar em um Sistema que dê conta de unificar os diferentes modelos de negócio de forma isonômica.

Como proposta, a contribuição aplicada exclusivamente sobre as receitas dos serviços de VoD compartilha grande parte das facilidades e vantagens da tributação geral sobre receitas, mostrando-se um modelo possível de tributação.

Isso, inclusive, se vê na própria sugestão da Agência Nacional de Cinema:

“[226] Para simplicidade de procedimentos e de controle, é recomendável que o agente econômico que provê o serviço diretamente ao usuário seja considerado o sujeito passivo da obrigação tributária. Dessa forma, as lojas de TVoD, que em geral ficam com 30% dos valores pagos pelo usuário, tornam-se contribuintes ou responsáveis pelo recolhimento da contribuição sobre as receitas repassadas ao produtor ou distribuidor/agregador. Ressalte-se que o lançamento tributário de qualquer CONDECINE baseada em receitas efetivas será, obviamente, realizado depois da exploração das obras, ao contrário do modelo atual que exige, como regra, registro e autorização prévios para a exploração. Após a ocorrência do fato gerador em período previsto pela legislação (trimestre ou ano fiscal) e vencidos os prazos de pagamento, a autoridade pública fará o lançamento por homologação.”

A hipótese em comento versa sobre a possibilidade de o fato gerador incidir sobre a prestação de serviços que se utilizem de meios que possam, efetiva ou potencialmente, distribuir conteúdos audiovisuais, tal como a modalidade de CONDECINE-Teles, nos termos da Lei nº 12.485 / 2011.

Para tanto, a base de cálculo desta CIDE incidirá sobre o faturamento total das empresas distribuidoras, baseado em suas receitas efetivas e balanço das empresas. Portanto, um custo fixo, pago pelo prestador de serviço, devido a cada ano.”

A fórmula da NeoTV, capturada da CONDECINE-teles, vincula a obrigação à comunicação eletrônica e aos meios de prestação do serviço, o que tende a não expressar a hipótese de conduta desejada e a igualar todos os serviços. Além disso, o comportamento depende da distribuidora, que não é o principal agente do provimento de VoD. O fato gerador dos modelos de incidência sobre receitas deveria ser definido como a prestação ou exploração comercial de serviços audiovisuais sob demanda ou a obtenção de receitas decorrentes da prestação desses serviços. Seria recomendável que a legislação definisse também o que entende por serviços audiovisuais, separando-os conceitualmente dos negócios de comunicação eletrônica e administração da rede. A partir disso, a definição de base de cálculo pode ser fixada com base nas receitas operacionais dos *provedores*, não das distribuidoras. No VoD, o provimento dos serviços (portanto, o relacionamento comercial com o usuário e a obtenção de receitas) é feito por um provedor, de forma direta na maior parte dos casos. Se um agente responsável pela rede de distribuição também fizer essa atividade, em nome próprio ou de terceiro, atuará como provedor, não como distribuidor. Certamente, o balanço das empresas é a melhor referência para isso. Mas pode ser complementada por um mecanismo de substituição

tributária que faça incidir o tributo sobre as operações de pagamento de assinaturas e transações realizadas por meios eletrônicos. Nesse caso, os balanços servem para o ajuste das obrigações. Considerada essa referência, o conteúdo temporal da obrigação deve acompanhar a sistemática dos balanços. Pode ser anual (de fato, um exercício fiscal), como sugere a NeoTV, ou trimestral.

A NeoTV reforça a necessidade de um tratamento assimétrico com relação às empresas de pequeno porte, matéria também trazida pela Algar. Isso atende ao princípio da capacidade contributiva, além de sugerir outras medidas de compensação regulatória extratributárias.

NEOTV: “A NEO apresenta como necessário estabelecer assimetrias que permitam o acesso por empresas menores e entrantes ao mercado.

Importante lembrar que a Anatel, que regula o mercado de distribuição de conteúdo audiovisual, tem reconhecido a necessidade de definição de medidas regulatórias assimétricas com o propósito de balancear as condições competitivas no setor de telecomunicações, sobretudo em mercado de varejo, em que as grandes e pequenas prestadoras atuam de forma equânime em que pese as capacidades econômicas e operacionais serem desiguais.

Para tanto, editou-se a Resolução nº 694/2018 que alterou o Plano Geral de Metas de Competição daquela agência reguladora, que com lastro em definições originárias do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, assim definiu o que seria considerada uma Prestadora de Pequeno Porte, que é a que tem menos de 5% do mercado em que atua, e que a partir do enquadramento de uma empresa nessa condição haveria a necessidade de imposição de medidas regulatórias assimétricas:

Art. 4º Incluir os incisos XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII e XXIV ao art. 4º do Plano Geral de Metas de Competição — PGMC, aprovado pela Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012, nos termos da redação abaixo:

"Art. 4º

XV - Prestadora de Pequeno Porte: Grupo detentor de participação de mercado nacional inferior a 5% (cinco por cento) em cada mercado de varejo em que atua;

Com base nessa experiência positiva é que a NEO pleiteia à Ancine que também crie uma classificação semelhante para Prestadoras de Pequeno Porte (PPP), de maneira que as empresas classificadas neste critério estarão excluídas de efetuarem o pagamento da CONDECINE.”

A associação apresenta duas propostas concretas para materializar a assimetria pretendida. A mais estrutural refere-se à classificação das empresas de pequeno porte pela ANACINE, à semelhança do que ocorre sob outras disciplinas regulatórias e fiscais. A sugestão é muito pertinente e deveria ser estendida para todos os serviços audiovisuais. Evidentemente, essa classificação deve utilizar parâmetros diversos adequados a cada serviço. No caso do VoD, as receitas obtidas especificamente nesse mercado são a principal referência, mas devem ser ponderadas por outras valências do grupo econômico. Em exemplo hipotético, não parece razoável tratar como provedor de pequeno porte uma empresa subsidiária de uma grande rede de TV aberta, mesmo se for responsável por menos de 5% do *market share* de VoD. *Contrario sensu*, também não parece adequado utilizar as receitas consolidadas de um grupo classificado como prestadora de pequeno porte pela ANATEL (ou seja: que dispõe de pequena rede de distribuição) e atua, também em pequena escala, no provimento de VoD. De qualquer forma, a ideia deve servir para adequação de outras ações regulatórias, além dos tributos.

A sugestão de isenção tributária para os provedores de pequeno porte foi mencionada, como hipótese, na AIR. Essa possibilidade é bastante adequada e razoável não apenas pela busca de justiça tributária e atenção à capacidade contributiva dos agentes. A eficiência do mercado e a qualidade dos serviços tendem a melhorar de acordo com a competitividade dos negócios e a atenção aos múltiplos públicos. Dessa forma, fatores que pressionem para baixo a alta concentração atual devem ser considerados. A isenção tributária para pequenos provedores pode ser construída a partir de uma ideia geral de progressividade das alíquotas, de acordo com as receitas do provedor. Isso exige, portanto, um modelo tributário que considere essas receitas na base de cálculo, sob o risco de promover uma desoneração sem critérios claros, desvirtuando-se completamente sua motivação.

Em sua contribuição, Teresa Trautman defende a incidência de CONDECINE sobre as receitas de assinatura e transações de VoD, sugerindo sua cobrança diretamente sobre as operações financeiras de pagamento desses serviços. Agrega proposta de bonificações aos provedores de incentivo à oferta e proeminência de conteúdo nacional e independente em seus catálogos.

TERESA TRAUTMAN: “Além de ser tímida com cotas, sim, nem sequer cogita em cota de provedor de conteúdo nacional e independente e a cobrança da condecine deve ser diretamente no faturamento, na hora do consumidor pagar uma parte desse pagamento já deve ser descontado e destinado ao financiamento da atividade, aí independe do valor que está sendo cobrado pelo título ou pela plataforma x% (poderiam ser 3%) serão referentes ao pagamento da condecine. E uma ideia que defendi há anos atrás a de bonificar a oferta e a proeminência de conteúdo nacional e independente, acho que passou o seu tempo. Se os serviços espontaneamente tivessem iniciado a oferta de produção independente nacional hoje não precisaríamos sequer discutir cotas e financiamento da produção, mas esta auto regulação não aconteceu. Agora ela deve ser imposta a todos e bonificado exclusivamente quem a supera e na medida exata de sua superação.”

A análise das cotas e de outras medidas relativas à composição e gestão dos catálogos será retomada em seção própria. Sobre a manifestação de Teresa Trautman, cabe registrar por ora que a ideia de cota de provedor não foi examinada por entender-se não haver de aderência ao tipo de relação comercial praticado pelos provedores de VoD. Ao contrário da TV por assinatura, não há no VoD uma figura que precise “empacotar” os catálogos para provimento ao usuário.

Quanto ao modelo defendido, a CONDECINE sobre operações de pagamento eletrônico de compras de serviços tem as vantagens do automatismo e de alcançar os serviços prestados desde o exterior. Porém, tomado como mecanismo único de incidência (e não como complemento, sujeitando-se a ajuste de acordo com o balanço das empresas), a fórmula dificulta a progressividade nas alíquotas e isenções para pequenos provedores, por exemplo. E, principalmente, não atinge o faturamento com publicidade, principal receita dos serviços de AVoD. Quanto aos incentivos à colocação e proeminência de conteúdos brasileiros, defendidas na contribuição de Teresa Trautman, são medidas que tendem a produzir resultados bastante satisfatórios na persecução desses objetivos, desde que feitas com cuidado e limites. Deve-se evitar, por exemplo, que os incentivos acabem por isentar os provedores de qualquer obrigação tributária. A alternativa mais efetiva para isso pode ser a criação de um mecanismo de créditos fiscais, o que, para ser possível, exige a fixação dessa hipótese em Lei.

A TIM expõe sua posição sobre duas das alternativas de incidência tributária analisadas na AIR, o modelo sobre receitas e sobre assinaturas. E recomenda nova Consulta Pública sobre o impacto tributário de cada modelo.

TIM: “2. Do tratamento tributário do VoD

No que concerne a esse ponto, considerando que o mesmo está sendo discutido no âmbito do Conselho Superior de Cinema e em Projetos de Lei em andamento no Congresso Nacional, a TIM limitar-se-á a contribuições gerais, sem adentrar no mérito de cada uma das propostas apresentadas pela ANCINE.

2.1. Cobrança sobre receita

Para esta alternativa, na Análise disponibilizada, item 218, a ANCINE explica que o fato gerador da CONDECINE sob receita será a obtenção de receitas pelo licenciamento de conteúdos audiovisuais a espectadores e usuários, podendo essa receita ser exclusivamente sobre o VoD; ou sobre as receitas de todo o mercado audiovisual, incluindo a receita bruta de bilheteria, no caso de cinema, e a receita de venda das distribuidoras, no caso do vídeo doméstico, por exemplo.

Considerando o exposto, a TIM entende que o cenário que deve prevalecer é o de limitar a cobrança a atividade de VoD, sem abranger outras plataformas ou até mesmo outras atividades realizadas pelo Grupo Econômico. É ideal, também, que haja definição do que se deve entender por receita (ex.: líquida, bruta, operacional) para evitar insegurança jurídica nesse tipo de cobrança e de forma a possibilitar uma avaliação mais adequada e precisa pelo setor.

2.2. Cobrança sobre assinaturas

Embora em um primeiro momento essa alternativa pareça favorável, por ter como fato gerador as operações comerciais de licenciamento de conteúdos realizados entre provedor e usuário, a depender da alíquota estabelecida, pode ser uma barreira à entrada de novos entrantes nesse mercado, principalmente em um cenário de prática de preços mais competitivos.

Além disso, deve-se atentar para os períodos de degustação atualmente praticados pelas empresas de VoD, nesses casos, a CONDECINE não pode ser aplicada, sob pena de gerar uma distorção do fato gerador. Quando se fala em “operações comerciais” deve-se levar em consideração somente aquelas que envolverem contraprestação pecuniária pelo usuário final.

Por fim, considerando que a Diretoria Colegiada determinou à área técnica a realização de análise econômica de impacto tributário de cada modelo descrito no Relatório para incidência da CONDECINE, é imperioso que uma vez concluída, tal análise seja submetida à Consulta Pública para discussão mais precisa e objetiva do tema, de forma a assegurar maior transparência aos interessados.”

Embora não aponte uma alternativa de preferência, a TIM entende mais adequado os modelos de tributação restritos ao VoD. Vantagens e desvantagens de todas as alternativas já foram suficientemente examinadas na AIR e nesta análise, em especial os casos de incidência sobre receitas. Anote-se, novamente, em resposta à questão da empresa, que as análises indicam a receita operacional bruta dos serviços como base de cálculo do tributo, independentemente da sua abrangência. A ponderação da TIM sobre o modelo por quantidade de assinaturas reflete uma das críticas feitas pela AIR. Haja vista as diferenças de 400% ou mais entre os preços praticados (muitas vezes pelo mesmo provedor), o sistema pode desestimular preços mais baixos, políticas de desconto e gratuidades. O problema não atinge apenas os períodos de degustação. Estratégias de varejo baseadas em gratuidades massivas, como o *freemium*, muito usado nos serviços da internet, podem ser inviáveis sob esse modelo. Com todas essas variáveis, a modelagem de uma tabela de alíquotas equilibrada, que não seja irrisória a ponto de tornar injustificável a arrecadação, pode ser um desafio. Acrescente-se que, se for necessário considerar apenas as operações pagas pelo usuário, o uso do indicador financeiro (novamente as receitas) seria uma escolha mais natural.

SOBRE OS CONTEÚDOS BRASILEIROS E INDEPENDENTES NOS SERVIÇOS DE VOD

A INSERÇÃO DE CONTEÚDOS BRASILEIROS E INDEPENDENTES NOS CATÁLOGOS

Neste capítulo, são abordadas as matérias relacionadas à composição e administração dos catálogos ofertados aos usuários. Afora observações pontuais, as contribuições deram pouco destaque à cronologia das janelas de exploração das obras e aos parâmetros de licenciamento dos conteúdos, preferindo se concentrar nos três outros assuntos abordados pela AIR: inserção, proeminência e investimento em conteúdos brasileiros e independentes. No caso da inserção dos títulos brasileiros nos catálogos, um grupo de contribuições expressou contrariedade à política de cotas, vinculando o tema a possíveis efeitos nocivos sobre a dimensão dos catálogos e à autorregulação feita pelo próprio provedor em face das respostas do usuário. Nesse sentido, a contribuição da Oi aponta:

OI: “Fomento e proteção da produção audiovisual nacional

Considerando o mercado de obras nacionais, a Oi entende a necessidade de existência de regras que fomentem a produção audiovisual nacional e nacional independente.

Entretanto, há que se considerar que regras que contraponham a vontade do consumidor, impondo a inserção ou proeminência de conteúdo nacional e de cotas de conteúdo nacional, não são adequadas.

O mercado caminha para um cenário em que o consumidor não contratará mais pacotes pré-estabelecidos com conteúdo escolhido pelas prestadoras do serviço. O usuário contratará apenas o

conteúdo do seu interesse, como já ocorre atualmente com o acesso diretamente por aplicativos a conteúdo específico de filmes, séries ou outros tipos de conteúdo.

Portanto, exigir que as prestadoras insiram conteúdo nacional e obriguem a oferta casada dos mesmos aos usuários servirá apenas para diminuir a atratividade dos serviços oferecidos pelas empresas nacionais.

Se o conteúdo nacional for de interesse dos usuários, seu lugar no mercado será garantido sem a necessidade de imposição de cotas.

No mesmo sentido, não parece razoável a existência de obrigação de carregamento de canais ou conteúdo de canais de TVs abertas comerciais, mesmo pela internet, pois atropelam preferências e hoje podem ser oferecidos diretamente ao consumidor a partir de plataformas próprias.”

As observações da Oi em relação à ideia de que o usuário compõe seu catálogo a partir do seu puro interesse deve ser ponderada por alguns elementos. Primeiramente, deve-se levar em conta que os principais negócios de VoD, pagos pelo usuário, envolvem a modalidade de contratação por assinatura, que implica a adesão a um agregado de conteúdos pré-determinados, em geral organizado pelo provedor. Além disso, qualquer proatividade do usuário está sempre condicionada às condições de ofertas das obras, que dificilmente serão sempre igualitárias. Ou seja, as opções de escolha e de comportamento dos usuários estão sempre limitadas ou influenciadas por questões relacionadas ao conhecimento e ao efetivo acesso aos títulos, bem como ações publicitárias. Por conta disso, há sempre um componente da decisão que se relaciona com padrões influenciados pelos provedores de serviço.

Provavelmente, quando enfatiza esse papel da escolha do usuário, a Oi esteja focalizando sua experiência em TVoD. A AIR aponta efeitos potencialmente diferentes das cotas de conteúdo para essa modalidade de negócio, em relação ao VoD por assinatura. Mas distingue, no interior do TVoD, formas diversas de composição do catálogo que também repercutem sobre essa questão. A depender das regras escolhidas, tendem a ser contraproducentes as cotas de conteúdo para serviços que remuneram por *revenue share* as produções ofertadas, como é o caso das lojas virtuais. A situação da Oi e de outros serviços de TVoD baseados em TV por assinatura é diferente. Independentemente do tipo de remuneração recebida pelas produções, não se trata de um catálogo aberto. Em geral, ele reproduz os títulos reunidos pelas programadoras para a formação de sua grade linear. A regulação das cotas para TV por assinatura acaba por estender seus efeitos sobre o VoD, o que deve ser considerado no tratamento da questão.

Sobre este assunto, a ANDAI destaca dois pontos do PLS 57, em tramitação no Senado Federal, cuja aprovação apoia:

ANDAI: “Destacamos alguns dos pontos que consideramos fundamentais no presente projeto [refere-se ao PLS 57/2018, em tramitação no Senado]:

Oferta de serviços pelas provedoras de conteúdo audiovisual em condições isonômicas para as empresas provedoras de conexão de internet ou responsáveis pela distribuição dos serviços, vedando práticos de exclusividade (artigo 7);

Estabelecimento de cota para conteúdos audiovisuais brasileiros, com no mínimo metade produzidos por produtores brasileiros independentes (artigo 12);”

No que se refere ao estabelecimento de cotas para conteúdos audiovisuais brasileiros, esse percentual de obras produzidas por produtores brasileiros independentes ainda será objeto de discussão no Congresso Nacional, assim como a previsão de investimento em produção ou licenciamento de obras audiovisuais brasileiras. Mais estudos se fazem necessários para estabelecer o percentual de conteúdo nacional obrigatório adequado às peculiaridades do mercado brasileiro.

Em sua manifestação, a Netflix analisa e se posiciona sobre a hipótese de imposição de cotas de conteúdo, de forma semelhante ao que hoje ocorre na TV por assinatura.

NETFLIX: “II. ABORDAGEM REGULATÓRIA

(...)

(b) Imposição da política de cotas ao VoD

As políticas de cotas de conteúdo audiovisual foram historicamente adotadas em mercados onde existia uma limitação física e/ou temporal para a exibição de conteúdo. Esse era o caso do cinema, desde o seu surgimento, e da televisão por assinatura, em decorrência da linearidade do serviço.

A discussão da sua relevância ou necessidade em um novo segmento de mercado deve ser balizada pelas características desse serviço, e não pela mera replicação em um novo segmento de regras antigas aplicáveis aos segmentos de mercado já estabelecidos.

Frente ao desafio da escassez de espaços e grades de exibição do modelo analógico, ainda limitado mesmo após a digitalização dos sinais, as cotas obrigatórias se revelaram instrumento de política pública importante para a geração de demanda e a distribuição do conteúdo audiovisual nacional, seja nas salas de cinema ou nos canais disponibilizados pelas prestadoras de TV por assinatura.

No entanto, o provimento do serviço de VoD possui características particulares que fazem com que mecanismos de cotas não sejam adequadas nem eficazes em seus diferentes modelos de negócios, afetando, inclusive, o princípio da liberdade de negócios das empresas, amplamente consagrado na legislação brasileira.

Como afirmamos anteriormente, a essência da prestação dos serviços de comunicação audiovisual por demanda é a livre escolha do usuário, razão pela qual entendemos que tais obrigações legais deturpam a finalidade intrínseca da prestação do serviço dessa natureza.

Os serviços de VoD já são por si só mecanismos de distribuição democrática de conteúdos devido principalmente à sua possibilidade de personalização da experiência de consumo do usuário. Isso quer dizer que os consumidores sempre podem encontrar conteúdo novo, inclusive conteúdo de nicho, sem grande audiência, mas que pode se tornar economicamente rentável para um distribuidor de VoD, assumindo que a disponibilidade desse conteúdo não acarrete por si só um custo regulatório.

Desta maneira, obras de diversos gêneros e nacionalidades integram o catálogo disponibilizado, encontrando seu público não apenas em seus países de origem, mas também em outros vários – 190 países, no caso da Netflix – como uma forma de viabilizar uma economia de escala capaz de diluir custos e riscos, sobretudo de obras de interesse mais restrito, em vários mercados nacionais.

Neste contexto, a imposição de cotas obrigatórias poderia apresentar dois efeitos deletérios: (i) os catálogos teriam suas dimensões pressionadas para baixo, sobretudo entre os pequenos e novos agentes, já que, para cada título adicional, aumentaria a obrigatoriedade de licenças suplementares; e (ii) uma lógica meramente quantitativa poderia ter lugar, privilegiando obras de baixo custo apenas para o cumprimento legal do mínimo exigido. Em suma, consequências com sérias implicações para todos os elos da cadeia produtiva, seja consumidor, produtor ou provedor de serviços.

Ademais, a instituição de cotas de conteúdo possibilita a geração de incentivos perversos para certas empresas de VoD licenciarem uma quantidade maior de títulos brasileiros mais baratos, somente para atenderem as exigências feitas pelo projeto. Uma empresa de VoD com um orçamento limitado em um mercado competitivo terá que fazer escolhas difíceis acerca do conteúdo a ser licenciado, uma vez que não poderá arcar com o pagamento de conteúdo que não contribua para o valor do serviço e, por sua vez, para a aquisição e manutenção dos assinantes.

É verdade que a Europa estabeleceu cotas obrigatórias para produções audiovisuais do continente nas plataformas de VoD, a partir da revisão da AVMSD realizada no ano passado, cuja vigência terá início a partir de 2020. No entanto, não se pode ter esta inovação legislativa como referência para a realidade brasileira, uma vez que os contextos são muito diferentes. Afinal, além de não ter sido efetivamente testada porque ainda não vigente, a nova Diretiva se refere a títulos de mais de 40 países que, em conjunto, já têm presença significativa nos catálogos, chegando até a superar os valores das cotas antes mesmo que elas passem a ser cogentes, a depender da metodologia de leitura.

Ademais, a Diretiva não faz menção ao controle do capital social da empresa produtora para a definição da nacionalidade dos títulos, de maneira que uma hipotética produção realizada em território europeu, com equipe e língua regionais, será considerada europeia para efeito de cotas — o que não ocorre no Brasil, como se verá adiante ao se falar da atual definição de obra brasileira presente na legislação vigente.

Assim, em vez da imposição de cotas obrigatórias, entendemos que a maneira mais adequada para a promoção do conteúdo nacional no VoD, consiste no incentivo do investimento direto dos provedores para produção e/ou licenciamento de títulos brasileiros, permitindo que todas as produções que mobilizem criadores e equipe brasileiros sejam classificadas como tal, ainda que custeadas por investidores estrangeiros.

Desta forma, as produções nacionais resultantes de tais investimentos não apenas encontrariam seu público no Brasil, onde existe grande demanda por elas, mas também em outros países nos quais operem os provedores-investidores, possibilitando-as usufruir do importante efeito cultural do vídeo por demanda, base para o aumento da circulação audiovisual ao redor do mundo, com o consumo massivo de conteúdos provenientes de diversos lugares do mundo.

Importante citar como exemplo, a contribuição da Netflix com a produção de dezenas de obras originais no Brasil, gerando, desde 2016, mais de 40 mil empregos diretos e indiretos. A série 3%, nossa primeira série original no Brasil, possui mais da metade de suas visualizações realizadas por usuários localizados fora do Brasil, o que nos faz crer quer no sucesso e receptividade das histórias e narrativas brasileiras por todo o mundo.

A experiência mostra, portanto, que o mercado de VoD tem investido na produção de obras e conteúdo nacional no sentido de cativar o usuário, sem necessidade de intervenção do Governo através da imposição de cotas, pela via normativa.

(...)

III. CONCLUSÃO

Em razão do exposto, a Netflix parabeniza, mais uma vez a iniciativa da Agência em submeter o tema à Consulta Pública e, considerando as ponderações contidas na AIR elaborada, reitera estar comprometida com a promoção do desenvolvimento do mercado de conteúdo audiovisual no Brasil, que pode ser prontamente verificado pelos investimentos que a empresa vem realizando em produções nacionais, bem como a previsão de investimentos futuros.

Com relação à política de cotas de conteúdo nacional, reiteramos nosso entendimento de que ela não constitui ferramenta eficaz e ideal para a promoção da produção de conteúdo local, uma vez que a essência da prestação dos serviços de comunicação audiovisual por demanda é a livre escolha do usuário do que, quando e como vai visualizar conteúdos de sua inteira preferência, em um catálogo virtualmente infinito. Nessa linha, tais imposições legais não se coadunam com as características intrínsecas do VoD, prejudicando a relação dos provedores com seus usuários.

Entendemos, contudo, legítimo e razoável a existência de políticas públicas de incentivo e fomento à produção audiovisual nacional, estabelecendo mecanismos de incentivos fiscais, dentre outros, para que o próprio Mercado atue de maneira a criar um ciclo virtuoso de produção de conteúdo audiovisual brasileiro e consequente crescimento da presença desse conteúdo nos serviços de vídeo por demanda.

Utilizando os serviços de VoD como ferramenta, o Brasil tem a oportunidade de tornar-se um dos líderes mundiais na produção e distribuição de conteúdo audiovisual de qualidade, espalhando sua cultura, narrativa e formatos ao redor do globo. Contudo, essa liderança somente poderá ser conquistada se o Brasil adotar uma postura que proporcione um mercado de VoD vibrante e sustentável, sem regulamentação excessiva, que se aproveite da característica da Internet de não ter fronteiras para propagar o Brasil e disseminar o conteúdo.”

É necessária uma observação inicial sobre as relações assimétricas de competição vividas pelo SVoD e a TV por assinatura. Além das diferenças de tratamento tributário já mencionadas, a desregulação do VoD, nas matérias relativas ao conteúdo brasileiro, impõe uma quebra de isonomia entre os dois negócios. A TV foi chamada a contribuir para o desenvolvimento da produção nacional e independente, pelo licenciamento compulsório de filmes e séries e por ações de proeminência e exibição em horário nobre. Ainda que limitadas, essas políticas quebraram a resistência das programadoras em realizar parcerias e projetos com empresas independentes, sob parâmetros regulatórios que procuram preservar essa independência.

Em relação às “características particulares” do provimento de VoD “que fazem com que mecanismos de cotas não sejam adequadas nem eficazes em seus diferentes modelos de negócios, afetando, inclusive, o princípio da liberdade de negócios das empresas, amplamente consagrado na legislação brasileira”, vale lembrar que tal mecanismo já foi implementado com êxito por diversos países da Europa (França^[44], Espanha^[45], Itália^[46], entre outros) antes da atualização da Diretiva de serviços Audiovisuais, que estabeleceu um percentual mínimo de cotas de conteúdo nacional em todo o território da União Europeia, não se configurando, portanto, como inovação legislativa.

O estabelecimento de cotas de produção nacional, ao contrário de restringir a escolha do consumidor, proporciona mais opções e diversidade. A escolha final sempre será do usuário, mas ele terá mais diversidade de conteúdos para fazer a sua escolha. A exibição de conteúdo nacional apenas em provedores de nicho jamais terá o mesmo efeito de colocá-lo em todos os provedores, uma vez que, se o usuário quiser diversidade, ele terá que fazer assinatura de mais de um provedor, o que não é o padrão de consumo do brasileiro médio.

Adicionalmente, a suposta ocorrência de efeitos deletérios apontados pela Netflix como o catálogo ser pressionado para baixo poderia ser mitigado, por exemplo, com uma introdução escalonada, com um aumento em etapas do percentual obrigatório de conteúdo nacional. No caso de o provedor adotar uma lógica meramente quantitativa de privilegiar obras de baixo custo, poderá ser bem sucedido no curto prazo, mas, no longo prazo, correrá risco de perder clientes para provedores que ofereçam uma biblioteca de títulos de melhor qualidade, já que os usuários comparam serviços e se comunicam entre si.

O incentivo do investimento direto dos provedores para produção e/ou licenciamento de títulos brasileiros é um mecanismo complementar às cotas na inserção do conteúdo nacional. Como já foi referido, merece elogios a iniciativa da Netflix de produzir séries e filmes em território nacional e com profissionais brasileiros. Mas essa prática, se ajuda a preservar empresas e as oportunidades de trabalho, atua apenas de forma paralela aos objetivos essenciais das políticas brasileiras, a formação de propriedade intelectual nacional e sua repercussão sobre o desenvolvimento local. A se observar a experiência com a TV, o modelo atual acaba por produzir efeitos multiplicadores sobre os negócios de produção e sobre a demanda, em especial se as políticas de comissionamento e licenciamento dos provedores considerarem o potencial da diversidade regional.

A contribuição da Telefonica também concentra sua análise sobre a alternativa de inserção obrigatória de títulos brasileiros e independentes nos catálogos.

TELEFONICA: “A TELEFONICA procurou indicar, ainda, em que medida a criação de políticas de cotas para a veiculação de conteúdo nacional não se mostra adequada em relação à provisão de VoD, sobretudo diante do fato de que (i) a limitação de capacidade de transmissão característica do SeAC não encontra paralelo no VoD, que é um serviço *long tail*, ou seja, possui infinitas combinações de ofertas de conteúdos de modo a atender diferentes nichos e demandas, inclusive por meio de produtos que tenham somente conteúdo nacional e (ii) o SeAC está muito longe de ser extinto, havendo espaço para vasta convivência dos dois serviços. O estímulo ao desenvolvimento de conteúdo nacional deve ser feito por meio de políticas de incentivo à produção audiovisual, por meio da aplicação correta de regras de financiamento e isenções fiscais, e não por meio da criação de mecanismos artificiais na ponta da disponibilização do conteúdo.

(...)

Anexo à Contribuição à Consulta Pública sobre o Relatório de Análise de Impacto n°001/2019/ANCINE/SAM/CAN — Vídeo sob Demanda

(...)

VI - Da desnecessidade de criação de cotas de conteúdo nos catálogos de obras audiovisuais dos provedores de VoD

A AIR dedicou o Capítulo VII e o Anexo G inteiros a examinar a composição dos catálogos dos provedores de VoD em todas as modalidades. Esse exame procurou, sobretudo, verificar o nível de presença de conteúdos audiovisuais brasileiros nas plataformas de VoD e identificar possíveis políticas que pudessem incentivá-la.

A TELEFONICA reconhece, evidentemente, a importância e a necessidade de estimular a produção e a distribuição de obras brasileiras no mercado audiovisual. Esse incentivo deve ocorrer por meio do fomento à etapa de produção de obras audiovisuais culturalmente relevantes e aderentes às demandas dos consumidores. Por meio do alinhamento entre oferta (produção) e demanda (consumidores), tais obras serão naturalmente incorporadas pelos provedores de VoD em seus respectivos catálogos, sem necessidade de qualquer intervenção regulatória.

A prova desse raciocínio é que em 2016 a Cota de Tela instituída pela Lei do SeAC foi superada e os canais nacionais exibiram mais conteúdo nacional que o exigido. Ou seja, por ter havido demanda, as obras foram incorporadas pelos canais, independente da previsão legal²¹.

Na visão da TELEFONICA, a imposição de cotas percentuais para disponibilização de conteúdo brasileiro pelos provedores de VoD, nos moldes da regulação de TV por assinatura, certamente não é a ferramenta mais adequada para atingir a finalidade perquirida, qual seja, a de difundir e desenvolver o mercado de audiovisual brasileiro.

Este tipo de regulação tem se mostrado ineficiente para o fim que almeja: sabe-se que táticas de cumprimento à regulação, que não têm impacto relevante na melhoria do setor audiovisual brasileiro de forma global, foram desenvolvidas. Cita-se, a título de exemplo, a massificação das dublagens de filmes estrangeiros e a repetição da exibição de obras nacionais, a fim de atender aos percentuais de cotas estabelecidos.

Ademais, a transferência dessa responsabilidade aos distribuidores de conteúdo significa uma interferência nos princípios constitucionais de livre iniciativa, da liberdade de concorrência e das atividades econômicas, os quais foram regulados pela recém sancionada Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019) e que devem ser considerados pelo setor público na regulação da iniciativa privada.

É importante ainda notar que toda regulamentação em torno de carregamento de canais obrigatórios (“must-carry”) pelas prestadoras do SeAC, assim como a instituição da política de cotas aqui discutida, foi concebida em razão da escassez de capacidade técnica para oferta de canais por meio do SeAC. Como se sabe, os provedores de SeAC possuem capacidade de oferta finita, o que exige que haja seleção dos canais/conteúdos ofertados.

Ocorre que os serviços de VoD têm como característica fundamental justamente a não escassez de espaço para oferta de conteúdo: o catálogo de obras audiovisuais disponíveis em uma determinada plataforma pode ser tão grande quanto o apetite de seu provedor para obter o licenciamento de tais obras em linha a demanda de seus usuários. A concorrência no mercado de VoD também é virtualmente infinita: como não há necessidade da implantação de redes de telecomunicações (como no caso do SeAC), os novos *players* encontram menos barreiras à provisão de VoD.

Ademais, não há interesse dos prestadores de VoD de restringir sua capacidade de oferta e, conseqüentemente, seu catálogo. Pelo contrário, os prestadores de serviço dessa natureza procuram ampliar ao máximo seus catálogos, com o intuito de ser o provedor de escolha de seus usuários. Tal fato estimula a disponibilização de conteúdo nacional, que deixa de concorrer por espaço com outros conteúdos, viabilizando o atendimento a essa demanda sem necessidade de intervenção regulatória.

A TELEFONICA acredita que esse fim pode ser atingido pela exploração de outras alternativas como, por exemplo, por meio de isenções fiscais e políticas públicas de custeio, desenvolvimento e incentivo à produção de obras audiovisuais nacionais de qualidade. Ou seja, os incentivos da administração pública devem se dar ser na origem, direcionados aos produtores de conteúdo e não por meio da imposição de políticas onerosas àqueles que estão no final da cadeia do audiovisual, se responsabilizando pela mera distribuição das obras no mercado. Até porque, é apenas melhorando a qualidade das produções nacionais que o mercado brasileiro se posicionará nas preferências dos espectadores.”

Como citado anteriormente, a afirmação de que “o provimento do serviço de VoD possui características particulares que fazem com que mecanismos de cotas não sejam adequadas nem eficazes em seus diferentes modelos de negócios, afetando, inclusive, o princípio da liberdade de negócios das empresas, amplamente consagrado na legislação brasileira” contrasta com o fato de que, tal mecanismo já foi implementado com êxito por diversos países da Europa (França, Espanha, entre outros) muito antes da atualização da Diretiva de serviços Audiovisuais, que estabeleceu um percentual mínimo de cotas de conteúdo nacional em todo o território da União Europeia.

A Telefonica argumenta pela suposta inefetividade da política de cotas com o fato de que atualmente os canais exibem quantidades de conteúdo nacional superiores às estabelecidas pela lei. Tal argumento, no entanto, deve ser ponderado por uma outra perspectiva, que remete ao período anterior à promulgação da Lei nº 12.485/11. A Lei da TV Paga, quando estabeleceu as cotas, possibilitou que o público brasileiro começasse a ver as obras nacionais na TV, ainda que, inicialmente, em baixa quantidade. Ao passar a ter acesso ao conteúdo nacional na TV paga, este público respondeu dando audiência a essa programação e,

por conta disso, as programadoras foram aumentando a participação do conteúdo nacional na sua programação total, que hoje, de fato, é maior do que o estabelecido na lei. Isso foi possível porque o ambiente regulatório e o sistema de financiamento criados em torno da Lei nº 12.485 deram oportunidade para o surgimento de um modelo de produção independente para a televisão, com projetos e parcerias comuns e um sistema de negociação de direitos arbitrada pela ANCINE.

Em sua manifestação, a APACI e as entidades representativas das produtoras independentes defendem a imposição de cotas para os conteúdos brasileiros e brasileiros independentes; e acrescentam outras observações e propostas sobre o assunto.

APACIA e APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV: : ”6. Presença do conteúdo brasileiro e brasileiro independente nos catálogos dos serviços de vídeo por demanda.

O estabelecimento de quantitativos mínimos para veiculação, distribuição ou exibição de conteúdos nacionais é um dos mecanismos de estímulo à produção audiovisual mais tradicionais, sendo amplamente adotado internacionalmente, conforme bem documentou o **Relatório de Análise de Impacto 001/2019/ANCINE/SAM/CAN (VERSÃO PÚBLICA) Agosto/2019.**

Os primeiros mecanismos desta natureza surgiram na Europa após a primeira guerra mundial, sendo aplicados a exibição cinematográfica, os quais se encontram vigentes até hoje. No que se refere aos serviços de comunicação audiovisual lineares (TV Aberta e Paga), a Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual, estabelece em seu Art.16 que no mínimo 50% dos conteúdos veiculados devam ser produzidos por empresas produtoras da Europa; e em seu Art. 17, estabelece que no mínimo 10% de sua programação e de seu orçamento para produção deve ser dedicado a obras produzidas por empresas produtoras independentes.

Nos Estados Unidos, em 1970, um conjunto de normas intitulado “*Financial and Syndication (Fin-Syn) Rules*” que, entre outras disposições, estabeleceu obrigações de veiculação de conteúdos produzidos por empresas independentes por empresas radiodifusoras. Em seu ápice, estas obrigações correspondiam a no mínimo 5 horas de programação por semana no horário nobre e 8 horas semanais no período diurno

No Brasil a instituição de obrigações de exibição mínima de conteúdos nacionais se deu em 1932, no segmento cinematográfico, estando em vigor até hoje. Na televisão por assinatura, tal obrigação foi estabelecida pela lei 12.485/2011 na forma de obrigações de veiculação de 3h30 de conteúdo brasileiro por semana no horário nobre, das quais metade deve ser produzida por empresa produtora brasileira independente; e da obrigação de empacotamento de canais brasileiros de espaço qualificado.

Com a realidade dos serviços de vídeo sob demanda, se faz necessário a tradução destas obrigações para este modelo de distribuição, hoje global, sob risco de comprometer o desenvolvimento econômico futuro do setor de produção audiovisual brasileiro, em particular o independente.

Para garantir a presença do conteúdo brasileiro no provimento da comunicação audiovisual por demanda, propomos que no catálogo de VoD sejam inseridos conteúdos brasileiros na ordem de 10% (dez por cento) do faturamento decorrente do serviço de comunicação audiovisual por demanda no ano imediatamente anterior ao do cumprimento da obrigação, em licenciamento ou investimento direto em produção, não considerando, no entanto, para esta medição conteúdo audiovisual:

esportivo, jornalístico, religioso, político partidário, televenda ou informercial, disponibilizados diretamente pelos usuários, sem curadoria prévia.

Propomos também que:

I – pelo menos a metade dos conteúdos audiovisuais exigidos deva ser conteúdo brasileiro independente, definido pelo inciso IV, artigo 1º da Medida Provisória 2.228-1, de 06 de setembro de 2001.

II – o restante dos conteúdos audiovisuais exigidos poderão ser brasileiros ou executados através de produtora brasileira independente, mesmo que não sejam considerados conteúdos brasileiros independentes, portanto sem participação ou sem participação majoritária na propriedade patrimonial do conteúdo.

III - pelo menos a metade dos conteúdos audiovisuais deve ter sido produzida nos 3 (três) anos anteriores a sua inclusão no catálogo.

Considerando o impacto que a introdução desta obrigação pode ter para os provedores de serviços de VoD, reconhecemos ser razoável estabelecer um prazo para adaptação para dos serviços. Assim

sugerimos que esta obrigação seja escalonada ao longo de 3 anos. No primeiro ano correspondendo a 1/3 (um terço) do percentual estabelecido, no segundo à 2/3 (dois terços) do percentual estabelecido, e apenas no terceiro ano atingindo a totalidade da obrigação.”

278. A ABRACI defende posição semelhante em relação às cotas de conteúdo. A associação recomenda ações regulatórias similares às estabelecidas em outros segmentos do mercado audiovisual.

ABRACI RJ: “Considerando o espírito das leis referentes à Comunicação Social presentes no Capítulo V da Constituição Brasileira, que em seu artigo 221, ao elencar os princípios que devem nortear as empresas difusoras do setor, determina entre eles a “Promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação”; e considerando ainda que a primeira das atribuições definidas para a Ancine na Medida Provisória 2228-1, que criou a agência, é a de “Promover a cultura nacional e a língua portuguesa mediante o estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional em sua área de atuação”, além de, entre outras atribuições, também dever “Garantir a participação das obras cinematográficas e videofonográficas de produção nacional em todos os segmentos do mercado interno e estimulá-la no mercado externo”, a ABRACI defende que a garantia da presença e proeminência de obras brasileiras em serviços de VOD, em níveis similares àqueles aplicados em diversos países no mundo afora, é uma tarefa urgente a ser cumprida pelos agentes públicos responsáveis.

As experiências históricas em que nos inspiramos são notórias: quando o veículo hegemônico de acesso a obras audiovisuais era a sala de cinema, as cotas de tela induziram o mercado a abrir espaço para uma ocupação de mais de 30% das sessões por produções brasileiras; e na última década o estabelecimento de cotas nos serviços de TV por assinatura induziram a uma ocupação por produções brasileiras em proporção muitíssimo superior àquela determinada pela lei.

Portanto, na visão dos associados da ABRACI/RJ, os serviços de acesso a obras audiovisuais no modelo de Video-on-Demand devem ter regulação similar à aplicada nos demais elos da cadeia audiovisual, com aplicação de taxas de Condecine e cotas para a produção brasileira e regional, com pelo menos 50% do espaço de cota e proeminência a ser cumprido por cada empresa sendo necessariamente composto por obras produzidas por produtoras brasileiras independentes. Este modelo, historicamente testado e utilizado em diversos países atualmente, consolida uma demanda por estas obras que estimulará toda a cadeia, dando segurança ao sistema produtivo.”

A definição de eventuais percentuais e outros detalhes acerca da implementação do mecanismo de cotas de conteúdo nacional a ser cumprida pelos provedores de VoD ainda depende de estudos e simulações, estando sujeita ao amplo debate com a sociedade civil, uma vez que depende da elaboração de normativo por parte do Congresso Nacional. As sugestões apresentadas serão objeto de avaliação sobre a sua conveniência e eficácia no que concerne ao objetivo final da inserção do conteúdo nacional nos provedores de VoD. De fato, a aplicação de um escalonamento favorece a adaptação dos provedores de VoD às novas regras que porventura venham a ser implementadas.

A NeoTV faz uma observação mais sucinta sobre o assunto, apontando alguns instrumentos fiscais em vigor. Defende que as políticas de inserção e investimento em conteúdos brasileiros observem o tamanho e participação no mercado dos provedores.

NEOTV: “Nesse sentido, necessário será desenvolver uma lógica que leve em consideração participações de mercado, acesso aos mecanismos de incentivos fiscais federais já existentes, instituição de isenção fiscal e parâmetros que considerem a promoção de conteúdo brasileiro nas plataformas.”

A experiência internacional acerca das políticas de promoção da inserção do conteúdo nacional já se encontra bastante consolidada, com experiências exitosas em diversos países. O desenho de um marco regulatório do VoD certamente levará em conta os diversos instrumentos (financiamento, cotas, proeminência), assim como a realidade atual do mercado brasileiro, com suas peculiaridades.

De modo semelhante à análise expressa no Relatório, a Claro considera a imposição de cotas de conteúdo como uma ação regulatória aplicável aos catálogos de SVoD, tendo em vista o desenvolvimento do

audiovisual brasileiro. Observa, porém, que, no VoD transacional, essa medida tende a representar um custo burocrático sem ser eficaz. Raciocínio equivalente foi apresentado na AIR, mas vinculado às operações de TVoD sujeitas ao modelo de *revenue share*. A empresa manifesta ainda sua oposição a qualquer restrição aos conteúdos estrangeiros, preferindo a alternativa das cotas.

CLARO: “Com relação à imposição de cotas de conteúdo brasileiro no VOD, a CLARO não é contrária a adoção deste modelo, como forma de desenvolvimento do audiovisual brasileiro, com relação ao serviço de SVOD (subscription VOD), especialmente, tendo em vista o sucesso desta medida no mercado da TV por assinatura. Todavia, a CLARO segue o entendimento manifestado pela ANCINE em sua AIR, com relação ao TVOD, no sentido de que a imposição de cotas de conteúdo brasileiro não seria recomendável neste modelo, em vista de seu “custo burocrático” e ainda de sua ineficácia, visto que é da lógica do negócio do TVOD a ampla oferta de todos os conteúdos disponíveis, uma vez que não há custo prévio de licenciamento. Nesse caso, a existência de cotas de conteúdo brasileiro teria o efeito inverso, limitando a oferta de conteúdos estrangeiros no catálogo para artificialmente alcançar os percentuais eventualmente estabelecidos. Por fim, a CLARO manifesta preocupação com relação a toda e qualquer medida que vise restringir a oferta de conteúdo estrangeiro e/ou imposição de ônus tributário diferenciado para conteúdos estrangeiros, como forma de alcance do desenvolvimento do audiovisual brasileiro. Para a CLARO, se há, de fato, a necessidade de uma intervenção do Estado para o alcance deste desenvolvimento, esta intervenção deve se dar de maneira positiva, como por ex. a imposição de cotas de conteúdo brasileiro, mas nunca como forma de restrição a quaisquer conteúdos, ainda que estrangeiros.

A adoção de toda e qualquer medida sempre levará em conta as características de cada negócio e a sua factibilidade. Cumpre lembrar que esses mecanismos já foram adotados em países como França e Espanha, por exemplo, com resultados tão favoráveis que motivaram a União Europeia a revisar a sua diretiva de serviços de mídia audiovisual para estabelecer que os provedores de VoD passassem a atender a determinados requisitos para a inserção de conteúdo europeu em todos os países que compõem o bloco.

Inicialmente, a contribuição da Câmara e-net concentra-se em descrever e resumir a avaliação geral da AIR sobre o assunto e sobre as alternativas disponíveis, em cada modalidade de serviço.

CÂMARA E-NET: “4. Novo Modelo de Produção e Consumo de Conteúdo: Formação de Preferências em Ambiente de Ausência de Barreiras ao Escoamento de Produto Nacional

Ao descrever as razões para regular VoD, o relatório menciona problemas de ordem concorrencial que afetariam o mercado brasileiro decorrentes do caráter global (extraterritorialidade) dos serviços de OTT, incluindo a possibilidade de (i) conteúdos e serviços estrangeiros chegarem ao Brasil com custos amortizados ou com subsídios cruzados realizados no exterior; (ii) tratamentos tributários diferenciados no exterior poderem impactar os conglomerados de mídia brasileiros que operam no setor, trazendo desvantagens competitivas para sua inserção global. Dessas premissas, o relatório extrai a necessidade de se aproximar de regulações internacionais que adicionam obrigações para empresas de conteúdo que operam no modelo VoD.

Para argumentar que, no Brasil, existe um baixo percentual de conteúdo nacional sendo veiculado nas VoD, a Ancine reuniu dados, coletados pela Business Bureau Company em fevereiro de 2018, sobre a quantidade de filmes e séries brasileiras presentes em catálogos de SVoD e TVoD e os comparou com dados sobre TV por Assinatura. Em relação às SVoD, o relatório analisou dados da Amazon Prime Video, Looke, Netflix BR, Net Movies, Sony Crackle, Globoplay e HBO Go. Na Netflix, por exemplo, existiam 62 filmes brasileiros disponíveis aos usuários a qualquer momento (o que corresponde a 2% dos 3.152 filmes disponíveis de dezenas de nacionalidades). Na Looke, 20% dos filmes e 71% das séries eram nacionais. Nas TVoD por sua vez, foram analisados dados da Google Play, iTunes, Looke, Microsoft Movies e Playstation Store. Observe-se que esses dados foram coletados há mais de um ano e meio e os fornecedores de VoD estão constantemente adicionando ao seu catálogo, não havendo garantias de que esses números não tenham mudado.

Com base nessa comparação, tratando especificamente de provedores de SVoD, a Ancine recomenda que sejam adotadas cotas flexíveis que permitam uma transição gradual da participação desses conteúdos na programação. Em acréscimo, avalia prós e contras de três propostas: (i) uma voltada à imposição de medidas restritivas quanto à oferta de conteúdos estrangeiros, a exemplo da diferenciação do ônus tributário; (ii) outra que sugere a adoção de estímulo ao licenciamento voluntário de conteúdos nacionais (como financiamento, incentivos fiscais e compras públicas); e

(iii) imposição de oferta obrigatória de títulos nacionais e independentes. No caso das TVoDs, a Ancine menciona que a imposição de cotas não seria recomendável devido ao custo burocrático.

Uma alternativa regulatória apresentada foi a proeminência de conteúdo nacional; ou seja, ações de exposição e promoção dos títulos. Nesse sentido, a Ancine observa que a importância dessa ação varia de acordo com o modelo de VoD: para a TVoD, tendo em vista o baixo risco do provedor em inserir títulos no catálogo (já que a receita do produtor só é auferida pelo produtor mediante a venda ou aluguel do filme pelos consumidores), seria pertinente incluir a proeminência para incentivar a visibilidade das obras nacionais. O assunto ganha relevância ainda maior no caso das TVoDs que contam com catálogos organizados por programadoras de TV, tendo em vista que a tendência é que esses provedores valorizem seu próprio conteúdo.

No relatório, a Ancine considerou que essa lógica é apenas parcialmente compartilhada pelos provedores de SVoD, pois o licenciamento das obras brasileiras, em regra, é feito a preço fixo (e independe do acesso do conteúdo por parte dos usuários). Assim, é o provedor que assume o risco comercial e, naturalmente, tem interesse em apresentar tais títulos para recuperar os investimentos. Como os conteúdos são licenciados para adicionar valor aos catálogos, a tendência é haver solidariedade e não concorrência entre os títulos.”

A seguir, a associação expõe sua posição contrária a qualquer intervenção regulatória em favor dos conteúdos brasileiros e independentes. A posição contrária às cotas é expressa sobre um conceito de *falha de mercado*. Essa matéria, em específico, já foi analisada anteriormente. Também já foi observado que o espaço virtualmente ilimitado do SVoD não afasta os limites financeiros de cada serviço e seus efeitos restritivos sobre a composição dos catálogos. A associação finalmente destaca as produções feitas no Brasil por provedores internacionais, fiel à ideia de que já haveria um modelo de “produção nacional” desses operadores. Sobre isso, além do que já foi dito sobre a disciplina da propriedade intelectual, é de se ressaltar que, como regra, as obras mencionadas são de propriedade e estão sob controle dos provedores estrangeiros. Portanto, não podem ser consideradas obras independentes ou brasileiras, apesar de terem sido objeto de serviços nacionais de produção.

CÂMARA E-NET: “No entanto, ao contrário do sugerido, as motivações utilizadas no relatório não autorizam uma intervenção regulatória para o fim de impor obrigações de inclusão de conteúdo nacional nos serviços de VoD, inexistindo falhas de mercado que demandem algo nessa direção.

A comparação entre os percentuais de filmes e séries brasileiras na programação mensal das TVs por Assinatura com o respectivo conteúdo nacional veiculado nas VoDs não representa uma métrica adequada para formular uma política pública, sendo incapaz de refletir uma falha de mercado, até mesmo por comparar realidades absolutamente distintas: a Claro, por exemplo, disponibilizou apenas 49 filmes brasileiros em sua grade de programação em horários pré-definidos durante todo o mês de fevereiro de 2018 e a Vivo 657 (maior quantidade registrada), mas esse conteúdo só pode ser acessado em horários pré-determinados e, muitas vezes, conflitantes, ao passo que, nas SVoDs e TVoDs existem centenas de filmes e séries brasileiras que podem ser visualizados a qualquer momento, podendo representar um acesso muito mais efetivo.

Além disso, para sustentar políticas de inclusão de conteúdo nacional, o relatório faz referência a problemas característicos do paradigma da Lei do SeAC, em que existia de fato um incentivo para usar apenas produtos já testados e com custo marginal baixo, ocupando toda a grade de programação. Com já dito, a política de cotas aplicada à TV por Assinatura teve por finalidade corrigir uma falha de mercado específica: a escassez de espaço, acompanhada, naturalmente, por uma priorização de conteúdos testados internacionalmente (que teriam maior probabilidade de aceitação). Por possuírem espaço ilimitado, as OTTs não precisam organizar sua programação com base em estratégias de marcadores de audiência. Somadas a essa questão estrutural, o número e a diversidade das opções oferecidas pelas VoDs estão atrelados à própria subsistência do negócio, pois depende dessas características para poder continuar sendo atrativo aos consumidores.

Dessa forma, há o incentivo para testar um número cada vez maior de produções, o que eleva as chances de sucesso no mercado. Ademais, provedores de VoDs possuem capacidade significativa de difusão de conteúdo. Para fins de exemplificação, um levantamento apresentado pelo Youtube mostrou que há mais de um bilhão de usuários inscritos no serviço; 100 novos filmes são postados a cada 10 segundos; e os conteúdos postados resultam em cerca de um bilhão de horas assistidas por dia. Naturalmente, nesses novos modelos de negócios, as barreiras à entrada para conteúdo (tanto nacional quanto estrangeiro) são significativamente menores. Em acréscimo, algumas OTTs VoD, inclusive os provedores de SVoD (como a Netflix) vêm investindo na produção de conteúdo próprio

em diversos países de atuação. No Brasil, dentre as séries de maior sucesso estão: “3%”, “O Mecanismo”, “Samantha” e “Coisa Mais Linda”. No início do ano, a Amazon Prime Video anunciou duas produções brasileiras originais “Soltos em Floripa”—um *reality show* sobre jovens que se hospedam em uma mansão— e “Tudo ou Nada: Seleção Brasileira” - que acompanha a seleção brasileira na sua campanha na Copa América de 2019. Há, ainda, as séries exclusivas “Homens”, protagonizada por Fábio Porchat e outros atores do Porta dos Fundos e “Chuteira Preta”, que trata da corrupção nos bastidores do futebol brasileiro.

E é também importante chamar a atenção para o fato de que o fluxo de produção e escoamento de produção independente nacional pode ainda não estar claramente visível para o regulador. Existe hoje um fluxo de conteúdo entre os tipos diferentes de VoD. Por exemplo, pessoas que tiveram sucesso em popularizar o conteúdo através dos serviços de AVoD acabaram conquistando parceiros para produzir conteúdo para os serviços de SVoD. Foi o que ocorreu, por exemplo, com três *youtubers* brasileiros que figuram entre os mais seguidos do mundo: Kondzilla, Whindersson Nunes e Felipe Neto. Todos os três fizeram uma parceria com a Netflix para trazer parte de seu conteúdo para o SVoD, respectivamente, por meio da série de seis episódios “Sintonia” produzida pela Netflix (que retrata o cotidiano do jovem das favelas de São Paulo); do especial de comédia do Whindersson Nunes; e do filme “A Toca” do *youtuber* Felipe Neto.

Não há, portanto, no relatório, uma identificação da razão específica para regular, não sendo suficiente uma avaliação percentual do conteúdo nacional disponibilizado em algumas das VoDs (sobretudo sendo comparada, de forma um tanto equivocada, ao percentual de conteúdo ofertado em horários pré-determinados — e potencialmente conflitantes — pelas TVs por Assinatura). Para tornar legítima e justificável uma nova intervenção estatal que afere provedores de VoD de acordo com o marco legal brasileiro, é necessário identificar claramente um problema regulatório (uma falha de mercado, tal como ocorrido no cenário da SeAC), até mesmo porque existem fortes elementos indicando que as tecnologias VoD não apenas aumentaram a disponibilidade de novo conteúdo (inclusive conteúdo nacional independente), como principalmente viabilizaram diferentes canais de escoamento para esse conteúdo. Ou seja, reduziram as barreiras à entrada para a produção e oferta de conteúdo e incrementaram a eficiência alocativa do setor, ao disponibilizar conteúdo audiovisual mais em linha com as demandas e preferências do consumidor brasileiro. É absolutamente equivocada a noção de que o setor não é sujeito a regras, uma vez que todos os serviços de VoD estão regulados por normas gerais do uso de internet no Brasil (Marco Civil da Internet — Lei n.º 12.965/2014), de proteção de dados, direito do consumidor e defesa da concorrência, permitindo a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

O relatório de impacto regulatório colocado em consulta pública não ponderou os riscos que as intervenções governamentais sugeridas podem apresentar diante de paradigma em que o consumidor assume papel ativo perante o conteúdo. Qualquer intervenção nesse sentido teria o condão de interferir no processo de formação de preferências a partir das escolhas dos usuários, que é mapeado e aprimorado com uso de inteligência artificial. Outro aspecto não considerado é que uma das maiores eficiências trazidas pelas VoDs foi a democratização do conteúdo: diferentemente do modelo estanque das TVs por Assinatura (inacessível, do ponto de vista financeiro, para uma parcela significativa da população brasileira), os três tipos de VoD que hoje atuam no mercado se caracterizam pelo oferecimento de conteúdo em contextos mais acessíveis. É, possível, por exemplo, assistir milhares de opções de vídeos gratuitamente por meio de uma AVoD, contratar um único filme ou seriado a preço individualizado em uma TVoD ou ter acesso a um catálogo amplo de opções por meio de assinaturas das SVoD.

Essa nova dinâmica de escolha de conteúdo proporciona uma emancipação do consumidor se comparado aos meios de comunicação tradicionais³, ao mesmo tempo em que oferece uma gama mais ampla de conteúdo (trata-se de um modelo com menor custo, maior escolha e maior conveniência). Esse paradigma de customização de um leque amplo de conteúdo, em que o consumidor é que dita suas preferências, acaba favorecendo a ampliação irrestrita e, conseqüentemente, o processo de internacionalização. Dessa forma, o conteúdo brasileiro ganha nova janela de oportunidades não apenas no Brasil, mas também em diversos países do mundo. E o consumidor vê seu acesso à cultura ampliado, podendo descobrir novos gostos e preferências, não estando mais restrito aos grandes sucessos de Hollywood. Apenas para citar efeitos desse processo de internacionalização, a tabela abaixo exemplifica alguns dos maiores sucessos latino-americanos da Netflix que ganharam notoriedade no cenário internacional:

Figura 01 - Grandes sucessos da Netflix (produzidos nacionalmente) que ganharam o cenário internacional

--	--	--	--	--

--	--	--	--	--

Fonte: BALADRON, Mariela; RIVERO (2019)

A série 3%, por exemplo, mencionada na figura acima, tornou-se a série de língua não inglesa com maior número de visualizações nos Estados Unidos, alcançando sucesso significativo também na

Austrália, Canadá, Coreia do Sul, França, Hong Kong e Itália. E isso se deu sem qualquer interferência regulatória, tanto relacionada à cota quanto à proeminência. Mais uma vez, esse movimento de adesão e internacionalização, sem precedentes, de conteúdo brasileiro, mostra a inadequação do cotejo com TV por Assinatura — cuja programação disponibilizada (muitas vezes apenas para fins de cumprimento de obrigação regulatória) não necessariamente alcançará os mesmos efeitos positivos. A tentativa de aplicar a regulação de um modelo estanque ao dinâmico mercado das VoDs pode acabar trazendo óbice a todos os benefícios que vêm sendo observados, em especial àqueles relacionados à internacionalização (que favorecem não apenas os produtores, mas a difusão da cultura brasileira em diversas partes do mundo).

Dessa exposição, fica claro que as estruturas se alteraram, facilitando o acesso a conteúdo e incrementando as possibilidades de comercialização de produtos que não se enquadrariam na estratégia de mercado da TV por Assinatura. Por não estarem restritos a produtos que alcançam elevado grau de aceitabilidade, as VoDs possuem incentivo natural para adquirir licenças ou investir na produção de conteúdos alternativos, inexistindo o problema regulatório identificado no relatório, problema esse mais característico do formato SeAC e não VoD.

Assim, embora a política de conteúdo nacional apresente alguns avanços positivos na TV por Assinatura (o que não impediu algumas distorções ao longo do caminho), a tentativa de estendê-las ao VoD, ainda que inexistindo uma falha de mercado específica ao serviço, pode gerar efeitos deletérios para a sociedade e, em particular, para o consumidor de conteúdo, entre os quais um possível impacto limitador no crescimento dos catálogos (caso seja imposto, por exemplo, a adoção de um percentual mínimo de conteúdo nacional), além da já mencionada distorção no processo de formação de preferências do consumidor brasileiro, induzindo a produção de conteúdo que pode não representar o conteúdo demandado, reduzindo a atratividade do serviço. Lembre-se que a proeminência do conteúdo hoje se dá justamente com base nas preferências do consumidor e qualquer critério que vá a ser utilizado irá diretamente no sentido contrário dessa tendência.

Para detalhar como esses efeitos negativos se dariam, basta dizer que a exigência de conteúdo local em VoD seria deletéria ao consumidor brasileiro nos dois cenários possíveis (seja o produtor licenciando o conteúdo em bases exclusivas ou não exclusivas para os serviços de VoD). De um lado, um número limitado de produtores brasileiros poderia licenciar o seu conteúdo em bases não exclusivas, reduzindo a disponibilidade de oferta diversificada para o consumidor, que veria o fenômeno similar ao que ocorreu nas TVs por Assinatura, com o mesmo conteúdo sendo veiculado. E, por outro, caso esse mesmo número limitado de produtores brasileiros optasse por licenciar conteúdo de forma exclusiva, isso provavelmente teria um impacto de redução de concorrência no setor de VoD, em contraposição ao movimento que se vê atualmente, decorrente da falta de oferta no mercado para poder cumprir com os requisitos de conteúdo local.

Em particular, regras de conteúdo local que tenham uma interpretação muito restrita a respeito da necessidade de produção nacional independente (por ex., proibindo a coprodução com as VoDs) poderão ter efeitos ainda mais deletérios. A maioria das produções brasileiras está sendo desenvolvida como produções originais desses serviços de VOD, nos quais os fornecedores de VOD estão em parceria com empresas de produção local em coproduções e/ou contratando escritores, *showrunners*, produtores executivos e atores locais para criar conteúdo exclusivamente brasileiro. Para essas produções originais, a presença de produtores internacionais ocorre para ajudar a disponibilizar o conteúdo de forma eficiente e com mais sucesso no mercado internacional. Dessa forma, caso sejam de fato implementadas obrigações de inserção de conteúdo nacional, é importante ter em mente que visões excessivamente restritivas sobre a produção brasileira independente podem gerar o efeito reverso pretendido pela regulação, reduzindo o volume de conteúdo nacional disponibilizado.

6. Conclusão

(...)

Na mesma linha, a verdade é que o paradigma do VoD não apresenta falhas de mercado nos moldes das que deram origem à Lei do SeAC, não sendo necessárias medidas de cunho regulatório para fomentar a inclusão de conteúdo nacional nesses serviços, considerando que:

(iii) Ao contrário das tecnologias que são reguladas por meio da Lei do SeAC, as OTT VoD não são proprietárias da última milha, em um ambiente de programação de grade de horários caracterizado pela escassez de espaço e incentivo para maximizar audiência a partir de material já testado e com custo marginal baixo, destinado a um consumidor essencialmente passivo, mas sim um lócus na

internet em que o espaço ilimitado está associado à necessidade de multiplicar e diversificar opções de audiovisual a fim de manter a atratividade para os seus consumidores, em um paradigma de produção de conteúdo absolutamente voltado para a demanda;

(iv) Modelos regulatórios de inserção de conteúdo nacional (em diferentes formatos, incluindo cotas ou mesmo a partir de políticas de proeminência) possuem o potencial de gerar impactos deletérios a um modelo que é essencialmente moldado a partir das preferências de consumidores protagonistas, podendo distorcer o incentivo para criar conteúdo nacional com qualidade suficiente a competir no cenário internacional, bem como com a diversidade e multiplicidade que o consumidor brasileiro demanda;”

Cabe esclarecer que não só o número de títulos ofertados muda ao longo do tempo, mas, para efeito de formulação de política, há que se adotar uma fotografia da situação num dado instante. Da mesma forma que o número de títulos ofertados pelos provedores não é constante ao longo do tempo, outras variáveis como a população mudam e, a despeito desse fato, os governos precisam formular políticas com base no melhor número disponível no momento. Assim, quando as discussões estiverem mais avançadas, esses números serão atualizados para a tomada de decisão dos órgãos/autoridades competentes.

A atuação das agências reguladoras deve se pautar pela busca da eficiência econômica do mercado regulado. Entretanto, essa eficiência não pode ser meramente alocativa ou produtiva do ponto de vista das empresas. Ela deve ser também distributiva, de tal forma que os consumidores também possam se beneficiar dos seus ganhos. Ademais, a eficiência dinâmica também é desejável e deve ser perseguida, uma vez que ela irá proporcionar inovação e diversidade de produtos, entre outros benefícios.

Ao contrário do que afirma a Câmara e-net, entendemos que o estabelecimento de cotas de conteúdo nacional não impede a livre escolha do consumidor. Ao contrário, aumenta as suas opções. Se ele não quiser ver conteúdo nacional, não vai optar por ele, mas a possibilidade estará disponível para aquele usuário que assim o deseje. O mecanismo de cotas já foi implementado com êxito em países como França e Espanha, entre outros, tem cumprido o seu objetivo precípuo, não tendo sido observados os efeitos deletérios apontados pela Câmara e-net. Tanto é verdade que a União Europeia revisou a sua diretiva de serviços audiovisuais e estabeleceu um percentual mínimo de cotas que passará a vigorar em todos os países do bloco.

Em sua manifestação sobre este assunto, a ABDTIC posiciona-se contra as cotas de conteúdo, contrapondo-as às políticas de financiamento da produção independente. Embora seja recomendável o cuidado na implementação de ações regulatórias desse tipo, não é correta a afirmação da associação de que a AIR mencione falta de evidências sobre os efeitos de medidas como essa. Ao contrário, o Relatório elencou os resultados claramente positivos da adoção de medida similar para a TV por assinatura, além de indicar a correção das diretivas europeias que, reiteradamente, prescrevem obrigações desse teor.

ABDTIC: “d) Quanto ao espaço para produção brasileira independente em vídeo sob demanda.

De acordo com o Relatório, “sem mecanismos de estímulo sobre inserção de conteúdos brasileiros nos catálogos de VoD, a ANCINE trabalha com três propostas. A primeira delas prevê medidas restritivas em relação à oferta de conteúdos estrangeiros, como a imposição de ônus tributário diferenciado para conteúdos estrangeiros. A segunda propõe a adoção de estímulos ao licenciamento voluntário de conteúdos nacionais, como financiamento, incentivos fiscais e compras públicas. E a terceira parte para a oferta obrigatória dos títulos nacionais e independentes pelos provedores.”

Apesar da referência a títulos nacionais e independentes transcrita acima, ao longo do Relatório só é feita referência à cota para conteúdo independente.

Algumas reflexões importantes sobre cotas em disponibilização de conteúdo de vídeo sob demanda são necessárias, a saber:

(i) Os modelos de negócios de VOD são ainda novíços e incipientes.

(ii) A própria ANCINE menciona ao longo do Relatório a falta de evidências sobre as consequências da adoção imediata da imposição de cotas nos moldes atuais e recomenda que, "caso adotadas, sejam mais flexíveis, permitindo uma transição gradual até o nível de oferta desejado." (destacado)

(iii) Na atual conjuntura não é possível antever as consequências da imposição de cotas de conteúdo nacional nas plataformas de VoD, o que recomenda, no mínimo, cautela por parte do legislador.

(iv) Há medidas alternativas mais adequadas para atingir a mesma finalidade como, por exemplo, a ampliação e modernização de mecanismos ao fomento à produção brasileira, em particular a independente.

A ABDTIC reconhece a importância do estímulo à produção audiovisual brasileira e brasileira independente. No entanto, a imposição do ônus adicional de cotas na atual conjuntura seria precipitada e temerária.”

Da mesma forma, na sua contribuição, a Algar opõe-se à adoção de cotas e argumenta com a inviabilidade operacional do modelo.

ALGAR: “Trata-se de serviço com maior poder de escolha do consumidor, condição em que o cliente opta pela programação a qual quer ter acesso, o horário e dia de consumo do conteúdo oferecido e ciente de quanto tempo levará para consumi-lo. Trata-se de um grande atrativo em uma época de pouco tempo livre para o entretenimento que o indivíduo possui.

Portanto, não há que se falar em regulamentação com a imposição de cotas de conteúdo nacional também sob qualquer forma de prestação de serviço de conteúdo sob streaming, especialmente no SVoD. Não se defende nem mesmo a existência delas no mercado de SeAC.

Ademais, mostra-se inviável a operacionalização e controle de gestão de conteúdo nessa plataforma.”

Como já dito anteriormente, é nosso entendimento que o estabelecimento de cotas de conteúdo nacional não impede a livre escolha do consumidor. Ao contrário, aumenta as suas opções. Além disso, já vimos que o mecanismo de cotas já foi implementado em países como França e Espanha, tem cumprido o seu objetivo precípuo, de forma que a União Europeia revisou a sua diretiva de serviços audiovisuais e estabeleceu um percentual mínimo de cotas que passará a vigorar em todos os países do bloco.

Já a manifestação da ITI sobre o tema foi a seguinte:

ITI: “Uma das características definidoras dos serviços do VOD é a possibilidade de que os usuários podem escolher o conteúdo que desejam assistir, e os serviços de VOD competem na habilidade de ofertar recomendações relevantes e personalizadas para ajudá-los a navegar por entre vastas bibliotecas de conteúdo. Nós acreditamos ser importante que qualquer política governamental futura facilite o fornecimento de todos os serviços de VOD e se abstenha de impor cargas regulatórias desnecessárias. É particularmente importante que os governos reconheçam a diversidade de serviços e aplicações que se enquadram na categoria do VOD – todas elas desempenhando diversas funções. Qualquer restrição específica em termos de proeminência e quantidade de conteúdo local imposta ao serviço de VOD poderá surtir o efeito oposto de reduzir a escolha do consumidor ou restringir o surgimento de novos serviços.

Nesse ecossistema vibrante, no qual os criadores brasileiros estão empoderados e têm novas oportunidades de distribuir e acessar conteúdo, no qual novos serviços surgem regularmente, no qual o conteúdo é disponibilizado numa escala inimaginável, e onde os usuários podem trocar facilmente um serviço por outro e escolher entre uma vasta gama de gêneros e shows, qualquer requisito potencial de conteúdo local precisa ser considerado com cuidado ou pode ser potencialmente prejudicial para os produtores de conteúdo brasileiro, uma vez que pode reduzir a disponibilidade de provedores de VOD na região e colocar em perigo a entrada de serviços de players globais. De forma similar, se esses requisitos crescem em popularidade mundialmente, eles também servem para tornar mais difícil que o conteúdo brasileiro encontre audiência fora do Brasil.” (original em inglês)

A maior parte dos elementos apontados na contribuição da ITI já foi contemplada nas observações anteriores deste Relatório. Em sentido amplo, há de se reconhecer sempre a necessidade de que qualquer ação regulatória seja exercida com cautela e responsabilidade, de forma a garantir o funcionamento dos mercados de forma livre e competitiva. A adoção de toda e qualquer medida sempre levará em conta as características de cada negócio e a sua factibilidade. No entanto, tal entendimento não deve levar necessariamente à conclusão de que a melhor regulação é a inação.

Em sua contribuição, Teresa Trautman expressa suas posições sobre a função e atuação da ANCINE na defesa da produção brasileira.

TERESA TRAUTMAN: “E é com grande tristeza que li essa extensa contextualização desse mercado (deveria ser publicado para a Academia usar como referência) no qual é quase aconselhado que o nacional independente não entre nesse mercado. Atuando quase chega à conclusão de que se faz necessária uma nova Lei Geral da Comunicação Audiovisual imediatamente ressalva que será muito difícil aprová-la. Sinceramente não entendo, criamos a Ancine para promover a inserção da produção independente no mercado brasileiro e se possível nos outros mercados também, mas o nosso Xerife morre de medo! Assim, o que será de nós!? Conseguimos nos inserir na CF de 1988 no art. 221, conseguimos nos inserir na Lei do cabo, conseguimos criar a Ancine, conseguimos criar a lei 12.485/11 com cotas de veiculação e financiamento à produção e achamos que empoderando a Ancine e a colocando como autoridade da atividade audiovisual fosse facilitar e ampliar o seu campo de atuação. Mas... dá a impressão de que está refém dos grandes players.

(...)

Além de ser tímida com cotas, sim, nem sequer cogita em cota de provedor de conteúdo nacional e independente e a cobrança da condecine deve ser diretamente no faturamento, na hora do consumidor pagar uma parte desse pagamento já deve ser descontado e destinado ao financiamento da atividade, aí independe do valor que está sendo cobrado pelo título ou pela plataforma x% (poderiam ser 3%) serão referentes ao pagamento da condecine. E uma ideia que defendi há anos atrás a de bonificar a oferta e a proeminência de conteúdo nacional e independente, acho que passou o seu tempo. Se os serviços espontaneamente tivessem iniciado a oferta de produção independente nacional hoje não precisaríamos sequer discutir cotas e financiamento da produção, mas esta auto regulação não aconteceu. Agora ela deve ser imposta a todos e bonificado exclusivamente quem a supera e na medida exata de sua superação.”

Em relação à essa contribuição, há de se lembrar que o objetivo da AIR era oferecer contribuições para elaboração de um marco legal do VoD, hoje inexistente. Eventuais políticas de cotas de conteúdo, por exemplo, só poderiam ser implementadas a partir dessa nova norma legislativa. Em relação às cotas de empacotamento, já foi observado anteriormente que, ao contrário da TV por assinatura, não há no VoD uma figura que precise “empacotar” os catálogos para provimento ao usuário. Quando isso ocorre, no caso de empacotadoras de TV que atuam no mercado de VoD como plataformas ou *hubs* de serviços de terceiros, não existe a limitação de espaço, que marca as operações de TV e a ideia de pacote e que justifica a imposição das cotas de canal. Nesse caso, não há propriamente pacote de catálogos vendido ao consumidor, que só será usuário de VoD a partir da compra de cada título.

Além disso, é importante frisar também que a Lei da TV Paga é o resultado da compatibilização de interesses dos atores envolvidos e dos interesses gerais dos consumidores e da sociedade brasileira. Após ampla discussão com a sociedade e votação nas duas casas parlamentares, Câmara e Senado, produziu-se um expressivo consenso sobre o marco legal, apoiado por forças políticas do mais amplo espectro. A ANCINE, na sua regulamentação, procurou obedecer a esses parâmetros legais, sem descuidar de seu equilíbrio e independência em relação aos legítimos e diversos interesses particulares. Por óbvio, a tarefa da Agência nunca foi patrocinar tais interesses, mas ponderá-los pelo interesse público inscrito na legislação, observando o limite das suas atribuições.

Da mesma forma, as sugestões de encaminhamento apresentadas no documento AIR de VoD serão objeto de ampla discussão os atores interessados, visto que a maior parte delas depende da aprovação de uma legislação específica e também de outros órgãos da Administração Pública Federal para serem implementadas. O documento AIR de VoD se ateu aos aspectos técnicos para buscar soluções para os problemas regulatórios identificados. Entretanto, vale lembrar que o conjunto de medidas a ser implementado, assim como o seu formato serão objeto de decisões que ocorrem na esfera política, como ocorre em qualquer tema que envolve políticas de governo.

AS POLÍTICAS DE PROEMINÊNCIA

A Netflix avalia as políticas de destaque visual ou proeminência dos conteúdos, no provimento de VoD, considerando inadequadas ações regulatórias sobre o tema. A empresa baseia sua posição nas diretrizes e no papel dos algoritmos de programação na construção do catálogo particular de cada usuário. Segundo a Netflix, essa discussão deve ser “pautada pela premissa de não interferência na experiência do usuário e na preservação da integridade e confidencialidade dos algoritmos utilizados”. Não há discordância desses preceitos, mas é de se observar que a opacidade dos algoritmos impede o controle pelo usuário das sugestões que lhe são oferecidas. De qualquer forma, a Netflix avança a possibilidade de mecanismos, funcionalidades ou alternativa de organização, que facilitem a localização de produções brasileiras.

NETFLIX: “(c) Proeminência

Nas salas de cinema ou na televisão, sabe-se que a exposição dos títulos, seja pela disposição visual do cartaz ou pela transmissão durante horário nobre, tem relação direta com seu resultado comercial e público visado. Por tal razão, é frequente a defesa da proeminência das obras mesmo em nível virtual- sustentam alguns que, nos volumosos catálogos do vídeo sob demanda, a melhor maneira de garantir que o conteúdo local seja visto é atribuir-lhe um espaço de destaque, preferencialmente nas primeiras telas ou, alternativamente, opções de fácil visualização oferecidas pelos provedores a seus usuários.

Essa premissa não é aplicável a realidade do vídeo por demanda tendo em vista que, em decorrência da natureza e características desse serviço ele é naturalmente moldado para atender aos gostos e preferências de cada usuário, o que se traduz em personalização do catálogo a cada nova exibição, de modo a não existir um catálogo único para a garantia absoluta de proeminência a determinado conteúdo em detrimento de outro.

As prestadoras de serviço de vídeo por demanda frequentemente utilizam algoritmos complexos para a personalização de seu serviço. Eventual discussão sobre visibilidade mandatória nos catálogos de vídeo por demanda deve ser pautada pela premissa de não interferência na experiência do usuário e na preservação da integridade e confidencialidade dos algoritmos utilizados, visto a relevância de tais algoritmos para o próprio modelo de negócio em análise.

Por outro lado, existem meios para destacamento do conteúdo nacional, consistente na adoção de mecanismos que facilitem aos usuários a localização das produções brasileiras, tal como a organização deste conteúdo em gêneros e subgêneros, através de recursos ou links de fácil acesso e visualização, a fim de oferecer ao usuário, caso seja demonstrado tal interesse, recomendações mais adequadas, respeitando-se, com isso, a característica básica de personalização do serviço de VoD.

Por fim, cumpre apontar que na hipótese de todos os países optarem pela imposição de proeminência absoluta ao seu conteúdo local, tal opção, caracterizada por diferentes reservas de mercado, certamente implicaria na insularização dos mercados, cujos produtores e consumidores restariam tolhidos de seu pleno potencial.

Dessa forma, verifica-se que a lógica relativa à obrigação de proeminência é coerente com o modelo analógico de entrega de conteúdo, caracterizado pela limitação de canais de distribuição e grades de programação, eis que necessário destaque ao conteúdo para eficiente informação sobre o conteúdo existente à disposição do assinante e não possui a *mesma necessidade ou relevância no contexto do vídeo por demanda.*”

Conforme aponta a Netflix, a discussão sobre visibilidade mandatória nos catálogos de vídeo por demanda deve levar em conta a premissa de interferência mínima na experiência do usuário e na preservação da integridade e confidencialidade dos algoritmos utilizados. A empresa Netflix possui atuação em diversos países e regiões da Europa que possuem legislação vigente com proeminência mandatória: Bélgica francófona, Bélgica flamenga, França, Itália (em implementação), Irlanda, Polônia. Neste último, a legislação específica estabelece como esta proeminência deve ser dada: identificação apropriada e opção de busca por obras europeias e trabalhos originalmente produzidos na Polônia, colocando informação e material que promova esses conteúdos. Dado que os provedores não deixaram de operar nesses países devido a esse tipo de regulamentação que, ademais, será a regra geral em todos os países que compõem a União Europeia, deduz-se que os provedores conseguem adaptar-se para atender a essas novas exigências de proeminência sem que isso viole a integridade e a confidencialidade dos algoritmos. Fora da União Europeia, a Colômbia abriu recentemente uma consulta pública acerca de um decreto que cria a exigência de que os provedores de VoD incluam uma seção nos seus catálogos que contenha exclusivamente

produções colombianas e que essa seção seja fácil de ser encontrada. Essa obrigação foi incluída no Plano Nacional de Desenvolvimento 2018-2022, aprovado em maio de 2019.

Esses fatos ilustram a importância dada à proeminência pelos mais variados países, de diferentes idiomas, perfis e público. Mais ainda, é importante ressaltar que a imposição da exigência de proeminência para obras nacionais tampouco interfere na escolha do consumidor. A proeminência apenas faz com que o usuário tenha conhecimento sobre aquela obra e caberá a ele decidir sobre a sua fruição ou não.

A APACI e as entidades representativas das produtoras independentes defendem políticas que promovam a visibilidade dos conteúdos brasileiros nos catálogos de VoD. E propõem que as regras sobre este tema sejam estabelecidas por meio da Câmara Técnica em funcionamento na ANCINE. Segundo a avaliação expressa na AIR, embora haja concordância material sobre a necessidade de medidas para a proeminência dos títulos independentes, é preciso mudança na Lei para obrigações regulatórias neste campo. Ressalte-se, também, que as câmaras técnicas podem recomendar medidas e iniciativas para a Agência, mas são organismos consultivos, de assessoramento e coordenação de ações; não têm poder normativo para definir regras.

APACI e APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV: “7. Visibilidade do conteúdo brasileiro independente nos catálogos dos serviços de vídeo por demanda.

Além das obrigações de carregamento de conteúdo brasileiro em seus catálogos, é preciso considerar a dinâmica particular da fruição de conteúdos no âmbito dos serviços de VoD. Similar ao conceito de horário nobre na televisão paga, a interface inicial dos aplicativos utilizados pelos consumidores para acessar o serviço de VoD, cumpre um papel fundamental na divulgação e publicidade dos conteúdos ofertados. Conteúdos ali apresentados possuem um volume de visualizações, e conseqüentemente de receita, muito superior aqueles que precisam ser pesquisados ativamente pelo consumidor.

Portanto, é preciso garantir a visibilidade do conteúdo brasileiro em seus serviços por quaisquer meios que facilitem o acesso do usuário a tal conteúdo, inclusive por meio de sessão específica para obras brasileiras acessível e a possibilidade de busca específica de títulos brasileiros, a partir da [sic]

Desta forma, assim como as obrigações de veiculação de conteúdo brasileiro no SeAC possuem uma relação como horário nobre, é bastante relevante que as obrigações de distribuição de conteúdo no âmbito dos serviços de VoD tenham uma vinculação com a sua visibilidade na interface inicial dos aplicativos que viabilizam a prestação do serviço.

Neste sentido, sugerimos que sejam estabelecidas regras, através de câmara técnica, instalada pela ANCINE, para distribuição de conteúdos brasileiros e brasileiros independentes sejam observadas, também, na exposição visual de conteúdos audiovisuais brasileiros nas interfaces de interação do usuário como serviço de provimento de conteúdo audiovisual sob demanda, inclusive os produzidos por produtora brasileira independente.”

A adoção de qualquer medida proposta no documento AIR de VoD será objeto de ampla discussão com os atores interessados. Os mecanismos de proeminência já adotados com êxito em outros países deverão ser considerados no desenho de um normativo para a regulação dos serviços de VoD. A legislação da Polônia, por exemplo, especifica como esta proeminência deve ser dada: identificação apropriada e opção de busca por obras europeias e trabalhos originalmente produzido na Polônia, colocando informação e material que promova esses conteúdos. A legislação da Itália, por sua vez, estabeleceu que os provedores de VoD devem dar a proeminência adequada às obras europeias pelos seguintes meios: dedicando uma seção de sua página principal para os conteúdos europeus ou uma categoria específica no mecanismo de busca, e também uma cota para campanhas promocionais ou de propaganda. A minuta da nova regulamentação da AGCOM (agência reguladora dos serviços de telecomunicação da Itália) prevê o estabelecimento de um sistema de pontos vinculado a determinadas ações que os provedores podem adotar para que, somadas, elas atinjam a pontuação mínima necessária para que aquele player esteja em conformidade com a obrigação de proeminência prevista na legislação. Assim, há que avaliar as diversas opções que se apresentam, sempre tendo em vista que a tendência é, sempre que possível, adotar soluções já testadas em outros países.

A GBSA apresentou a seguinte contribuição sobre este tema:

GBSA: “**RELAÇÕES DE PROEMINÊNCIA NOS CATÁLOGOS:** Ao mesmo tempo em que é assunto de suma importância, trata-se, provavelmente, de um dos mais desconhecidos, tendo em vista a novidade das características do serviço de VOD de uma maneira geral, ainda em consolidação. É importante, portanto, que a regulamentação, especialmente neste particular aspecto, seja amplamente debatida com a sociedade e todos os agentes envolvidos, e que, especialmente neste caso, preveja tempo hábil e uma mecânica de adaptação gradual às regras, uma vez que estas poderão significar um custo burocrático de implantação com relativo impacto na operação de provedores de médio e pequeno porte.”

Como já comentado, a adoção de qualquer medida proposta na AIR de VOD deve ser objeto de ampla discussão com os atores interessados. Também aproveita-se a oportunidade para concordar com a razoabilidade de propostas que visem à implementação gradual das novas regras, em consonância com a capacidade econômico-financeira do player.

Em sua contribuição, a Claro manifesta concordância com a adoção de um modelo que dê destaque especial aos conteúdos brasileiros no VoD.

CLARO: “Com relação às regras de proeminência de conteúdo brasileiro no VOD, a CLARO, também, não se mostra contrária à adoção deste modelo, como forma de desenvolvimento do audiovisual brasileiro. Aliás, a CLARO já dá destaque especial, em sua plataforma, aos conteúdos brasileiros.”

A ABDTIC manifesta sua discordância com relação às políticas de proeminência, ligando o assunto ao horário nobre na televisão.

ABDTIC: “Não cabe a ideia de “horário nobre” ou “proeminência”, na medida em que os conteúdos são visualizados individualmente à escolha do usuário e os sistemas são pensados para customizar a experiência de acordo com perfis e preferências de cada usuário (por meio de algoritmos próprios de cada plataforma, que é um dos elementos diferenciais de cada modelo de negócio diante dos concorrentes).”

Corretamente, a ABDTIC trata os dois assuntos como correlatos, mas algumas diferenças devem ser destacadas. De fato, horário nobre é uma forma de proeminência de conteúdos própria de serviços lineares como o cinema e a televisão. A menos que os algoritmos e as políticas de sugestões e destaques dos serviços de VoD também sejam orientados por faixas de horário de maior visualização, essa categoria não se aplica diretamente ao VoD. Mas isso não significa que a forma de exposição dos conteúdos vis-à-vis o preço de seu licenciamento não encontre similaridades entre TV e VoD. Todos os serviços de SVoD, assim como os de TV, modelam seu agregado de programas com o destaque para os conteúdos *premium*, as apostas mais altas do programador ou provedor. Como regra, são os conteúdos mais caros, sejam próprios ou licenciados, e que merecem mais proeminência. De modo geral, eles tendem a constituir horário nobre na TV, assunto que mereceu prescrições regulatórias da Lei nº 12.485. O SVoD vive a mesma lógica: produz ou licencia seus conteúdos, considerando a relação entre preço e atratividade e, em princípio, os expõe sob o mesmo parâmetro de maior destaque. No entanto, no VoD, ao contrário da TV por assinatura, não há nenhuma obrigação que valorize compras ou exposição das produções nacionais e independentes.

O INVESTIMENTO EM PRODUÇÃO INDEPENDENTE

Em sua manifestação, a NeoTV destaca a necessidade de se considerar o poder de mercado dos provedores na definição das regras de investimento em produção audiovisual.

NEOTV: “Nesse sentido, necessário será desenvolver uma lógica que leve em consideração participações de mercado, acesso aos mecanismos de incentivos fiscais federais já existentes,

instituição de isenção fiscal e parâmetros que considerem a promoção de conteúdo brasileiro nas plataformas.”

A experiência internacional acerca das políticas de promoção da inserção do conteúdo nacional já se encontra bastante consolidada, com experiências exitosas em diversos países. O desenho de um marco regulatório do VoD certamente levará em conta os diversos instrumentos (financiamento, cotas, proeminência), assim como a realidade atual do mercado brasileiro, com suas peculiaridades.

As entidades de cineastas e produtoras independentes apresentaram sua contribuição sobre este assunto nos seguintes termos:

APACI e APRO/BRAVI/SIAESP/SICAV: “No sentido de estimular o investimento privado na produção de conteúdos audiovisuais brasileiros de produção independente, a exemplo das experiências internacionais, podem ser propostos descontos aos valores devidos, relativos ao montante investido na produção de obras audiovisuais brasileiras, constituintes de Condecine VOD, produzidas por produtoras independentes, no exercício anterior ao do recolhimento, a partir de projetos aprovados previamente pela ANCINE, limitados a 50% do tributo a ser pago.”

No mesmo caminho, a ANDAI manifesta-se em defesa de investimentos compulsórios dos provedores em produções brasileiras, conforme propõe o PLS 57/2018.

ANDAI: “Destacamos alguns dos pontos que consideramos fundamentais no presente projeto [refere-se ao PLS 57/2018, em tramitação no Senado]:

(...)

Previsão de investimento em produção ou licenciamento de obras audiovisuais brasileiros, por parte dos provedores do serviço de vídeo sob demanda, com estabelecimento de faixas de acordo com o faturamento anual (artigo 15);”

Alguns mecanismos de renúncia fiscal, usuais para o financiamento do audiovisual, estão disponíveis também para provedores de VoD. Não se pode, entretanto, ignorar a alternativa da criação de obrigação de investimento, como já adotada de forma exitosa por outros países. Na porção flamenga da Bélgica, por exemplo, os provedores de VoD podem escolher entre investir 2% da sua receita em produções originais flamengas ou pagar uma taxa de 2% de sua receita para o Fundo audiovisual flamengo. Na Bélgica francófona, por sua vez, o investimento exigido depende da receita auferida pelo provedor no ano anterior, e varia entre 0% (para receitas abaixo de €395.000) e 2,2% (se a receita for superior a €26.3 milhões). Na França vigoram obrigações de investimento para provedores com receita de pelo menos €10 milhões. Na Itália, os provedores de VoD devem investir pelo menos 12,5% de sua receita líquida anual na Itália em obras europeias independentes. A lei italiana permite que a AGCOM (agência reguladora de comunicações aumente esse percentual até 20%. Metade desses investimentos devem ser reservados para obras italianas independentes produzidas nos últimos cinco anos. Um quinto do investimento em obras italianas de ser destinado a obras cinematográficas, 75% das quais deverão ter sido produzidas nos últimos 5 anos. Na Espanha, são requeridos investimentos correspondentes a 5% da receita total auferida no ano anterior a serem investidos na produção/aquisição de direitos de obras europeias (obras cinematográficas, documentários, filmes, séries e minisséries para TV e séries e filmes de animação) com um percentual específico de filmes cinematográficos e de filmes nas quatro línguas oficiais do país (castelhano, catalão, galego e basco). Metade dos investimentos em obras cinematográficas devem ser dedicados a produções independentes. Obras pornográficas ou que justifiquem a violência não podem ser incluídas nesses cálculos. Serviços temáticos podem cumprir essa obrigação investindo apenas no gênero ao qual se dedicam.

O Brasil vem fazendo uso de mecanismos de incentivo que utilizam a renúncia de créditos tributários com o objetivo de estimular parcerias em licenciamento e coprodução de obras independentes, aliviando o financiamento público de parte importante do ônus dos processos de seleção dos projetos. A construção de um marco regulatório para os serviços de VoD deverá contemplar análise mais aprofundada das alternativas, que envolva os órgãos competentes na matéria.

Sobre este assunto, a Netflix preocupa-se em discutir o conceito de obra brasileira, em face das hipóteses regulatórias relacionadas à proeminência e a cota de conteúdo. Aponta que suas produções locais não são consideradas brasileiras pela ANCINE, apesar de serem produzidas no Brasil com a participação de brasileiros. No entanto, ressalta-se que tanto no Brasil como em outros países, a classificação de nacionalidade de uma obra leva em conta a detenção do efetivo poder em relação a elas, o que equivale ao controle sobre a produção, o poder decisório sobre a exploração das obras nos diversos segmentos e territórios do mercado audiovisual e a capacidade de fruição dos rendimentos decorrentes. A detenção desse tipo de poder sob uma empresa brasileira, nos termos da legislação, é o que define a obra como nacional, diferenciando-a assim de uma prestação de serviços. Em regra, as obras de produção local da Netflix não preservam esses poderes para as empresas locais. Deve-se destacar que, apesar disso, esse modelo de produção recomenda creditar méritos à Netflix pelos investimentos e geração de trabalho no Brasil. No entanto, qualquer estímulo a esse modelo deve ser balizado pela sua relação com às diretrizes da política pública como um todo, que tendem a valorizar a detenção de direitos sobre a obra pelos agentes nacionais.

NETFLIX: “(d) Conceito de “obra cinematográfica/videofonográfica brasileira”

Subjacente às cotas e à proeminência, apresenta-se a questão da conceituação do que seria uma obra nacional.

A MP nº 2228/20014 conceitua obra brasileira como sendo aquela (i) produzida por empresa produtora brasileira registrada na Ancine, dirigida por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no País há mais de 3 (três) anos, que utilize, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 5 (cinco) anos; (ii) realizada por empresa produtora brasileira registrada na Ancine, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil mantenha acordo de co-produção cinematográfica e em consonância com os mesmos; ou (iii) realizada, em regime de co-produção, por empresa produtora brasileira registrada na Ancine, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de co-produção, assegurada a titularidade de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) dos direitos patrimoniais da obra à empresa produtora brasileira e utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 3 (três) anos.

Adicionalmente, fazendo-lhe eco, a Lei nº 12.485/2011(5) estabelece que, para que a obra seja considerada como brasileira, é necessário que a produção seja realizada: por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no país há mais de 3 anos, com equipe constituída por pelo menos 2/3 de brasileiros ou residentes no país há mais de 5 anos e por empresa constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no país, cuja maioria do capital seja de titularidade direta ou indireta de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10anos.

Dessa forma, tem-se que, para que uma obra seja considerada brasileira, não basta que ela seja produzida em território nacional, integralmente em português e com equipe exclusivamente local com plena liberdade criativa, é necessário, ainda, que a empresa detentora dos direitos patrimoniais sobre a obra tenha seu capital controlado por brasileiros natos ou naturalizados, condição esta que, como paradigma, não está presente mesmo na revisão da AVMSD, apontada como referência na AIR submetida a Consulta Pública, ainda que seja adotada em uma ou outra jurisdição.

Sob esta definição legal, títulos como 3%, Sintonia, O Mecanismo e Coisa Mais Linda, para mencionar apenas algumas das produções da NETFLIX feitas no Brasil, com produtoras e equipes brasileiras, com grande aceitação por parte dos públicos nacional e internacional como obras brasileiras, não são considerados como tal, o que faz com que hipotéticas normas de cotas e proeminência de conteúdo as desconsiderem e, mais do que isso, até as desfavoreçam frente a outras obras que cumpram as mencionadas exigências, em detrimento do interesse dos consumidores e dos técnicos e artistas brasileiros que nelas tomam parte.

(f) Fomento e investimento direto

Indo além dos mecanismos da regulação por comando e controle, baseada na imposição de limitações e vedações à atividade exercida pelos provedores de VoD, a tributação é um domínio favorável para o reconhecimento das vantagens da presença de incentivos, capazes de induzir comportamentos desejáveis sem o peso de coação.

Assim, entendemos que políticas públicas relevantes e mais adequadas ao mercado de audiovisual deveriam focar em iniciativas de fomento e investimento que se mostram mais eficazes ao seu incentivo.

Se fizermos um levantamento dos valores relacionados à utilização dos mencionados incentivos fiscais nos últimos anos, podemos verificar uma evolução considerável nos investimentos diretos à produção audiovisual brasileira, segundo dados do Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual (OCA):

Evolução de investimentos - art. 3º-A da Lei nº 8685/93:

- 2009 - R\$ 3,5 mi
- 2012 - R\$ 18,8 mi
- 2015-R\$ 91,5 mi
- 2018 - R\$ 168,4 mi

Evolução de investimentos - art. 39 da MP nº 2228/2001:

- 2003 - R\$ 28,3 mi
- 2012 - R\$ 49,6 mi
- 2013 - R\$ 63,5 mi
- 2015-R\$ 71,4 mi
- 2018 - R\$ 79,1 mi

Pelos dados, é possível concluir que a dedutibilidade do montante gasto a título de investimento direto em produções nacionais, tende a incentivar a injeção de recursos na indústria cinematográfica nacional, de modo compatível o público do provedor—investidor, sem se descuidar da qualidade do gasto e da distribuição planejada da obra resultante.

De modo semelhante, acreditamos que a instituição de benefícios consistentes em descontos progressivos, por número de títulos, aos agentes que financiam, produzem ou licenciam obras nacionais, inserindo—as em seus catálogos, seja no Brasil ou em territórios estrangeiros; pode fomentar os investimentos ao desenvolvimento do mercado de produção audiovisual brasileiro.

Acreditamos, ainda, que, combinados, ambos os institutos apresentam maior potencial para a promoção eficiente da cultura e da indústria nacionais do que comandos proibitivos, como cotas obrigatórias e mecanismos uniformes de proeminência de determinados conteúdos.

O fomento mantido com recursos advindos da CONDECINE, adicionado ao investimento direto em títulos brasileiros, por parte dos provedores, são fontes fundamentais para desenvolvimento e estímulo ao audiovisual nacional, como aponta recente relatório realizado por pesquisadores da Universidade Livre de Bruxelas que, estudando mecanismos de incentivo na (novembro 2019).

União Europeia, conclui que “requiring a direct, levy-based financial contribution to a film fund or other agency supporting the creation of audiovisual works seems to be **the most straightforward way to ensure on-demand audiovisual media services providers are contributing to the production of European works.**”(grifos nossos).

Portanto, nos parece razoável que se considere a previsão de dedutibilidade dos investimentos na base de cálculo da Condecine devida pelos players do mercado audiovisual nacional, a medida em que tende a reduzir os custos burocráticos das produções, aumentar a diversidade de obras disponíveis e conferir eficiência e agilidade na escolha dos produtos, favorecendo, a um só tempo, consumidores, produtores e provedores do serviço.

Por tal razão, reafirmamos ser de grande importância que esta Agência não se paute exclusivamente pela lógica da regulação por comando e controle e reconheça as vantagens da concessão de benefícios e incentivos ao setor de VoD para a consecução da política pública relacionada ao desenvolvimento e crescimento do audiovisual brasileiro.

A abordagem regulatória acima sugerida inspira-se em modelos existentes em outras jurisdições e que já foram pensados e desenvolvidos para esse setor específico. A título de exemplo, considere-se o Decreto de Mídia da Bélgica Flamenga que permite ao provedor escolher entre contribuir com o Fundo Audiovisual ou investir diretamente em obra. Não há definição específica de procedimentos quanto ao investimento direto ou a contribuição ao fundo, isso será de escolha do provedor. Se optar por contribuição direta, o provedor escolhe a obra e submete à escolha para escrutínio do Fundo. Os provedores de serviço de VoD devem escolher entre contribuir com 3 milhões de euros, ou com 1,30

euros por assinante para o Fundo, anualmente. Na Eslovênia, a Lei de Serviços de Mídia Audiovisual define que somente os provedores de serviços audiovisuais que não cumprirem cota de 10% de seu catálogo com obras europeias devem investir 1% de todas as receitas dos seus serviços de mídia audiovisual auferidos anualmente em produções ou aquisições de conteúdo europeu.

De outra parte, países como Austrália, Singapura, Coreia do Sul e Colômbia, não trazem disposições específicas exigindo investimento direto ou contribuição a um fundo por parte de prestadores de serviços de VOD, e ainda assim possuem uma indústria audiovisual relevante.”

De fato, o Brasil vem fazendo uso, com sucesso, de mecanismos de incentivo que utilizam a renúncia de créditos tributários com o objetivo de estimular parcerias em licenciamento e coprodução de obras independentes, aliviando o financiamento público de parte importante do ônus dos processos de seleção dos projetos. Conforme apontado no documento AIR de VoD, provedores poderiam utilizar esses mecanismos, cabendo alguma adequação de parâmetros, procedimentos e normativas antes de sua eventual adoção no segmento.

A GBSA defende o uso de incentivos fiscais e do FSA para financiamento da produção nacional, inclusive destinadas ao VoD como primeira janela.

GBSA: “**CONTEÚDO NACIONAL INDEPENDENTE:** Reforçamos a importância da manutenção e ampliação, para o serviço de VOD como primeira janela, do uso dos mecanismos de incentivo hoje presentes e difundidos com sucesso em toda a cadeia do audiovisual brasileiro, notadamente os investimentos e financiamentos por meio do Fundo Setorial do Audiovisual e incentivos fiscais aos investimentos por parte dos provedores do(s) serviço(s), os quais devem ser amplamente estendidos para os VOD de maneira geral, observadas as peculiaridades de cada modalidade.”

Ressalte-se que a construção de um marco regulatório para os serviços de VoD deverá contemplar a análise mais aprofundada das alternativas de financiamento que se apresentam (incentivos fiscais, obrigação de investimento ou uma combinação dos dois instrumentos) e que envolva os órgãos competentes na matéria.

Sobre a hipótese de financiamento público para a produção de conteúdos com primeira janela em VoD, o debate precisa observar os riscos do uso do cinema como janela secundária, matéria tratada na AIR. O assunto também deve ser considerado com cuidado em relação aos demais formatos. A questão de fundo relaciona-se, mais uma vez, com as relações de competição entre TV e VoD. A produção independente tende a não se desenvolver isoladamente sem o crescimento dos serviços de TV e VoD e a se enfraquecer com a debilidade de um ou outro. Dessa forma, se eventual disposição dos provedores de coproduzir e ofertar títulos brasileiros nos seus *catálogos internacionais* merece ser estimulada e apoiada pelo financiamento público, mesmo em primeira janela, é recomendável cuidados especiais e a exigência de contrapartidas claras desses provedores ao fazer inversões em séries para VoD. Isto porque os catálogos de companhias internacionais, dirigidos *exclusivamente* ao mercado interno, disputam atenção do espectador com programadoras locais sujeitas a escala e receitas mais restritas.

A contribuição fornecida por Teresa Trautman defende mecanismo de incentivo fiscal incidente sobre a CONDECINE-título (ou seu substituto), como modelo de investimento dos provedores em produção independente.

TERESA TRAUTMAN: “Além de ser tímida com cotas, sim, nem sequer cogita em cota de provedor de conteúdo nacional e independente e a cobrança da condecine deve ser diretamente no faturamento, na hora do consumidor pagar uma parte desse pagamento já deve ser descontado e destinado ao financiamento da atividade, aí independe do valor que está sendo cobrado pelo título ou pela plataforma x% (poderiam ser 3%) serão referentes ao pagamento da condecine. E uma ideia que defendi há anos atrás a de bonificar a oferta e a proeminência de conteúdo nacional e independente, acho que passou o seu tempo. Se os serviços espontaneamente tivessem iniciado a oferta de produção independente nacional hoje não precisaríamos sequer discutir cotas e financiamento da produção, mas esta auto regulação não aconteceu. Agora ela deve ser imposta a todos e bonificado exclusivamente quem a supera e na medida exata de sua superação.”

Os valores arrecadados a título de CONDECINE já se destinam ao Fundo Setorial do Audiovisual que financia diversas aplicações, reembolsáveis ou não, voltadas para o desenvolvimento do audiovisual brasileiro, de uma forma geral, e não apenas para o VoD. Adicionalmente, existem outros mecanismos de financiamento que podem ser utilizados para a produção/aquisição de direitos de obras nacionais: incentivos fiscais e obrigações de financiamento, que podem ser adotados de forma excluyente ou conjunta. A construção de um marco regulatório para os serviços de VoD deverá contemplar a análise mais aprofundada dessas alternativas que envolva os órgãos competentes em cada matéria.

SOBRE A RESPONSABILIDADE EDITORIAL E OS ASSUNTOS CORRELATOS

Algumas das contribuições recebidas trataram de temas diversos, enfeixados no capítulo sobre a responsabilidade editorial dos provedores. A manifestação da Oi trata da atual legislação de defesa do consumidor como instrumento suficiente para a proteção das relações de consumo no audiovisual.

OI: “Direito do consumidor

Do ponto de vista de relações de consumo, a Oi destaca a existência do código de defesa do consumidor, instrumento amplo o suficiente para alcançar as relações entre assinantes/usuários de VOD e as empresas ofertantes.

Destarte, a criação de quaisquer regras regulatórias suplementares/específicas seria dispensável e serviria apenas para sobrecarregar o já sobrecarregado sistema de regras para os serviços ofertados aos usuários.”

A Telefonica discute a responsabilidade de cada agente da cadeia do VoD sobre os conteúdos ofertados e veiculados. A empresa considera que não se deve atribuir ao provedor obrigações relativas à proteção da infância, ao controle do discurso de ódio e violência ou desinformação, mesmo que “possua estrito controle sobre as obras que serão disponibilizadas na sua plataforma e, ainda, selecione de antemão seu catálogo”. A empresa também discute o provimento de condições de acessibilidade aos deficientes auditivos e visuais nos serviços.

TELEFONICA: “Buscou-se igualmente demonstrar que a responsabilidade editorial relacionada às obras veiculadas em serviços de VoD não necessariamente deve se refletir em responsabilidade jurídica pelo conteúdo veiculado, notadamente em vista no regime de responsabilidade atualmente vigente para relações entabuladas por meio da Internet. Nesse contexto, obrigações relacionadas à disponibilização de recursos de acessibilidade a pessoas com necessidades especiais devem ser primordialmente atribuídas aos produtores, cabendo aos provedores de VoD viabilizar a fruição de tais recursos aos seus usuários.

V - Responsabilidade editorial dos provedores de VoD

a. Responsabilização pelo conteúdo das obras veiculadas nas plataformas de VoD

Ao longo do Capítulo VIII da AIR, que trata de temas relativos à responsabilidade editorial, a ANCINE expõe a necessidade de haver controle sobre os conteúdos veiculados pelos provedores de VoD, de forma, sobretudo, a proteger menores de idade e a evitar veiculação de obras que incitem o ódio e a violência, bem como a desinformação.

A TELEFONICA reconhece a importância do tema e a necessidade de que esforços sejam envidados no sentido de minimizar a veiculação de conteúdos inapropriados para menores ou imbuídos de discursos de ódio e violência.

A responsabilidade editorial deve ser entendida como o exercício de controle sobre a seleção de obras audiovisuais que compõem um determinado catálogo. A responsabilidade editorial não deve implicar necessariamente em responsabilidade jurídica pelo conteúdo fornecido.

Em primeiro lugar, é importante destacar que nem todos os prestadores de VoD possuem ingerência preliminar sobre o conteúdo que é disponibilizado em suas plataformas. Como é sabido, a depender

do modelo de exploração de VoD, o prestador pode se limitar a disponibilizar o espaço para que terceiros (produtores de conteúdo ou agregadores) publiquem conteúdos que serão acessados de acordo com a demanda dos respectivos usuários.

Em segundo lugar, é necessário reconhecer que, mesmo que um prestador de VoD possua estrito controle sobre as obras que serão disponibilizadas na sua plataforma e, ainda, selecione de antemão seu catálogo, não é razoável incumbi-lo com uma obrigação genérica de vigilância de conteúdo. Esta seria mais uma obrigação que demandaria esforços financeiros, de tempo e de pessoal desproporcionais, criando mais um obstáculo para o desenvolvimento de serviços de VoD nacionais.

Nesse sentido, sobretudo em relação a classificações indicativas, sinopses, indicação de conteúdos sensíveis etc., parece apropriado que possível regulação preveja apenas a responsabilidade do provedor de VoD de adicionar metadados relacionados aos conteúdos, que deverão ser fornecidos pelo produtor do conteúdo, que também será responsável pela acurácia desses dados.

Em último lugar, e não menos relevante, é necessário que a regulação a ser desenvolvida esteja atenta ao respeito da liberdade de expressão e à vedação à censura. Isso porque ao criar obrigações muito genéricas de fiscalização e controle de conteúdo e prever sanções pesadas ao seu descumprimento, os provedores de VoD, para evitar serem responsabilizados por eventual conteúdo impróprio, poderiam optar por vetar a disponibilização de obras lícitas cujo juízo de valor do conteúdo não é tão simples de ser realizado. Situações como essas atentariam contra os princípios constitucionais suscitados, motivadas pela intenção do provedor de cumprir a regulação de VoD.

Por tudo isso, sugere-se que eventual dispositivo de regulação de VoD esteja em linha com o regime de responsabilidade de provedores de aplicações de Internet estabelecido pelo *caput* do artigo 19 do Marco Civil da Internet (“MCI” - Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014)¹⁸.

A regra geral do MCI estabelece que provedores de aplicações de Internet só poderão ser responsabilizados por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros se, após notificação judicial, não retirarem o conteúdo considerado inadequado. À essa regra exceção se os casos de conteúdo que possuam cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado. Nesses casos, conforme preceitua o *caput* do artigo 21 da referida Lei, o provedor será responsabilizado pelos danos causados pela veiculação do conteúdo impróprio quando deixar de retirar o conteúdo após o recebimento de notificação pela parte lesada ou por seu representante legal.

Portanto, a TELEFONICA entende que a preocupação da ANCINE manifestada quanto à responsabilidade editorial dos provedores de VoD não seja amplificada de modo a criar, por via regulamentar, um novo regime de responsabilidade para esse mercado, especialmente quando o regramento atual é plenamente capaz de solucionar potenciais conflitos e promover a correta reparação de danos.

b. Acessibilidade

Do ponto de vista dos recursos de acessibilidade, a TELEFONICA mais uma vez reconhece a importância de disponibilizar recursos que permitam o acesso aos conteúdos audiovisuais para pessoas com necessidades especiais (em específico, deficientes visuais ou auditivos).

Necessário, no entanto, delimitar, na regulação proposta, em que medida os provedores de VoD devem ser responsáveis por viabilizar tais recursos. É extremamente importante que não se crie obrigações de provimento de recursos capazes de onerar excessivamente ou mesmo inviabilizar o desenvolvimento do mercado de VoD.

Entende-se que os provedores de VoD devem ser responsáveis por **viabilizar** a fruição dos recursos de acessibilidade que sejam desenvolvidos pelos produtores do conteúdo. Por viabilização entenda-se o desenvolvimento de plataformas interoperáveis e tecnicamente compatíveis com o conteúdo audiovisual e respectivos recursos de acessibilidade disponibilizados. Por exemplo, em relação à acessibilidade para deficientes auditivos, a legenda deverá ser elaborada pelo produtor da obra, sendo que o provedor de VoD deverá assegurar que sua plataforma possui os recursos técnicos para que tal legenda possa ser selecionada, configurada e exibida na tela do espectador.

O mesmo deve se aplicar para qualquer outro recurso de acessibilidade necessário para fruição do conteúdo audiovisual no contexto da oferta sob demanda. Do contrário, teríamos a situação absurda em que todo provedor de VoD seria responsável por desenvolver os recursos de acessibilidade de cada obra de seu catálogo. Essa obrigação demandaria investimentos exorbitantes e certamente seria um óbice relevante à própria prestação do serviço, bem como à oferta de novos títulos e até mesmo à entrada de novos *players*.

Importante ainda salientar que, sob a ótica dos direitos autorais, eventual obrigação de inclusão de recursos de acessibilidade em obras de terceiros por provedores de VoD poderia gerar modificações das características de tais obras, de tal modo a violar os direitos morais de seu titular²⁰.

A discussão acima ilustra a importância de que todas as obrigações que eventualmente venham a ser atribuídas aos provedores de VoD sejam examinadas e relativizadas à luz do papel de todos os atores da cadeia de audiovisual, de modo a permitir que as responsabilidades sejam compartilhadas tanto quanto cabível.

A TELEFONICA recomenda cautela na atribuição de responsabilidades aos provedores de VoD, especialmente quanto aos recursos de acessibilidade, de modo a não criar obrigações desarrazoadas e excessivas.”

A responsabilidade editorial é um tema que não poderia deixar de ser tratado num documento que pretende servir como subsídio ao debate sobre um marco regulatório do VoD. Dessa forma, procurou-se mostrar como outros países lidam com o assunto. Na União Europeia, por exemplo, é permitida a transmissão de conteúdos potencialmente nocivos aos menores, desde que sejam adotadas medidas restritivas (p.ex., seleção de horário, verificação de idade, controle parental, encriptação etc.) que previnam seu acesso por parte deste público. Adicionalmente, as normas também impõem o fornecimento obrigatório de informações descritivas sobre a natureza de conteúdo potencialmente nocivo, ao mesmo tempo em que vedam o processamento para fins comerciais (p.ex., marketing direto, análise de perfil ou propaganda com direcionamento comportamental) de informações coletadas ou geradas em decorrência das supracitadas medidas de proteção. Nenhuma dessas medidas adotadas em democracias consolidadas pode ser classificada de irrazoável ou de exercício de censura.

No Brasil, a Portaria nº 1.189/2018 do Ministério da Justiça regulamentou o processo de classificação indicativa de que tratam Lei do Audiovisual (Lei nº 12.485/2011) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/2000). Dessa forma, o serviço de VoD passou a ser nominalmente contemplado pela legislação de proteção aos menores contra conteúdos impróprios (sexo e/ou violência). No que tange à acessibilidade, o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CNUDPD), assim como de seu Protocolo Facultativo, desde 2007, ambos incorporados à legislação em 2009 (Decreto nº 6.949/2009). Conta também com um estatuto federal sobre o tema, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), desde 2015. Conforme destacado no documento AIR de VOD, existem regras específicas acerca da acessibilidade dos serviços de TV aberta, que já conta com audiodescrição e legendas para um percentual de horas de transmissão, e linguagem de sinais obrigatória para programas de partidos políticos para campanhas eleitorais e programas de utilidade pública. Não obstante ainda não haver regras para a TV paga e para o VoD, cabe ressaltar que a regulamentação da inclusão de tecnologias de acessibilidade visual e auditiva na TV Paga consta na Agenda Regulatória ANCINE 2019/2020, além da análise do assunto pela AIR em relação ao VoD. Dessa forma, o cumprimento de requisitos de acessibilidade nas plataformas de VoD é uma realidade a qual o mercado deverá estar preparado para se adaptar, dada a possibilidade de construção de um marco legal do VoD.

A ABDTIC também trata da responsabilidade editorial dos provedores, distinguindo responsabilidade editorial de responsabilidade legal:

ABDTIC: “e) Quanto ao Capítulo VIII do Relatório – Temas Relativos à Responsabilidade Editorial

A responsabilidade editorial, em um contexto de vídeo sob demanda, refere-se ao controle sobre a seleção e organização dos programas e não implica responsabilidade legal pelo conteúdo.

Em linha com regulamentos aplicáveis à Internet e decisões judiciais relacionadas, provedores de plataforma de compartilhamento de conteúdo não possuem responsabilidade editorial pelo conteúdo compartilhado por seus usuários.

Ainda que a regulação de conteúdo de publicidade, classificação indicativa, conteúdo de obras, acessibilidade e *fake news* seja tema importante, tal regulação foge da competência da ANCINE (seja no contexto do VoD ou de qualquer outra forma de distribuição de conteúdo audiovisual), sendo certo que o assunto no que diz à classificação indicativa já é normatizado pela Portaria

Nº1.189, de 03 de agosto de 2018 do Ministério da Justiça ,a quem compete com exclusividade zelar pela matéria.”

Em um primeiro momento, destaca-se que a atividade dos provedores – e a responsabilidade decorrente – não necessariamente atinge apenas a seleção e organização dos programas, mas o serviço como um todo . Quando determina o bloqueio de acesso a algum conteúdo ofensivo a direito de terceiros, não é ao produtor que o Juiz se dirige, mas ao provedor ofertante daquele conteúdo. Isso faz com que regras gerais sobre proteção à infância, *fake news* e discurso do ódio, por exemplo, incluam também os provedores entre seus destinatários.

Finalmente, ainda que a regulamentação acerca de conteúdo de publicidade, classificação indicativa, conteúdo de obras, acessibilidade e *fake news* fuja à competência da ANCINE, esta Agência pode se posicionar diante destes temas, no âmbito das discussões para o estabelecimento de um marco legal para o VoD.

OBSERVAÇÕES FINAIS

É importante reiterar, nestas notas finais, que a Consulta Pública sobre a AIR de vídeo sob demanda faz parte de um significativo processo de debate e transparência ativa já coordenados pela ANCINE. A participação dos agentes econômicos foi não apenas numerosa em suas contribuições. Também se pautou por grande disposição de aprofundar os temas propostos. De forma generosa, senão pioneira, muitas manifestações dedicaram-se a investigar, em detalhe, a complexidade das estruturas, modalidades de negócio, características, movimentos, cenários futuros, desequilíbrios, aparatos jurídicos, relações concorrenciais, objetivos políticos, alternativas regulatórias, enfim um conjunto árduo de disciplinas e problemas. Esse interesse manifesto de profissionais, empresas e entidades do setor audiovisual revela que a evolução e tratamento do VoD, no Brasil, não são percebidos apenas pelos efeitos diretos das decisões políticas e comerciais sobre o segmento. Todo o mercado audiovisual brasileiro é afetado de forma significativa pelos negócios de VoD.

Neste debate, não cabem verdades absolutas. Mas deve haver disposição para avançar rumo a consensos que estabilizem os caminhos a trilhar para o desenvolvimento do mercado audiovisual brasileiro, sua posição internacional, as referências regulatórias e a segurança jurídica, que participam da arquitetura dos serviços. Ao lado disso, a possibilidade de consensos estáveis só existe na medida em que são preservados alguns acordos prévios sobre os serviços audiovisuais, a começar pelos preceitos constitucionais e pela base histórica que sustenta essa economia.

No que toca especialmente à Superintendência de Análise do Mercado e à continuidade do debate regulatório sobre os serviços de VoD, vale sugerir que a Agência procure se aprofundar no levantamento e acompanhamento de dados sobre o segmento, observando os vetores anotados na AIR sobre as modalidades de serviço, as relações do provedor e a composição dos catálogos. Sugere-se, também, que o tema esteja constantemente presente nos debates dos organismos de consulta externa – câmara técnica ou similar .

[1] Conforme mencionado, a União Europeia restringe sua definição de comunicação social audiovisual aos serviços realizados por redes de comunicação eletrônica e inclui o VoD entre suas modalidades.

[2] A base de assinantes da TV ficou deprimida até antes do terço final da década passada. A partir daí, cresceu de forma acelerada até 2014, ficando relativamente estável nos anos seguintes até 2017. Desde 2018, tem ocorrido queda expressiva no número de assinaturas de televisão, aproximadamente menos 20% do platô registrado entre 2014 e 2017.

Ver: www.abta.org.br/dados_do_setor.asp

[3] Conforme apontado pela AIR (parágrafo 22), a parte substancial das receitas das distribuidoras do SeAC decorre da sua posição como intermediária (*broker*) na oferta de conteúdos aos espectadores. Nos serviços OTT, VoD inclusive, isso não ocorre.

[4] Sobre o movimento dos usuários relativo ao cord cutting, ver, por exemplo: <https://vocesa.abril.com.br/dinheiro/e-hora-de-cancelar-a-tv-a-cabo>

[5] Sobre cord-cutting no Brasil, ver < <https://www.telesintese.com.br/tv-paga-no-brasil-sofreu-com-os-cord-cutters-em-2018-diz-amdocs/> >. Acesso em 25 de setembro de 2020. Além disso, é importante frisar que a crise econômica e a perda de renda da população também devem ser reconhecidas como as principais causas dessa queda de assinantes, mas não podem ser tomadas como razão absoluta, inclusive porque o VoD cresceu no mesmo período. A depressão do DTH, ampliada pela concorrência dos combos de TV e internet, e o encerramento do processo de digitalização da TV aberta também devem ser incluídos entre as causas do fenômeno, ambos por seus efeitos sobre a demanda de TV por assinatura.

[6] Do lado da oferta, a regulação europeia da cronologia de exploração dos longas-metragens também interfere, nesse assunto, em favor das mídias tradicionais. Nas principais economias audiovisuais da Europa continental, como regra, esses filmes somente são lançados em SVoD após cumprir sua primeira janela em TV por assinatura.

[7] Entre outros dispositivos, o art. 222 da Constituição impõe a responsabilidade e direção sobre a programação por brasileiros:

“Art. 222 (...)

§2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.”

[8] “Art. 19. Enquanto o órgão ou a entidade não editar o ato normativo de que trata o art. 3º, a atividade econômica sujeita a ato público de liberação será enquadrada, sucessivamente, em nível de risco definido:

I - por resolução do Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios, independentemente da adesão do ente federativo à Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios;

II - em ato normativo de classificação de risco, nos termos do disposto neste Decreto, editado por órgão ou entidade dotado de poder regulador estabelecido em lei; ou

III - no nível de risco II.” (Decreto 10.178, de 2019)

1. “Art. 28. O Estado deve, periodicamente, formular e fomentar estudos, bem como fixar metas, estratégias, planos e cronogramas, referentes ao uso e desenvolvimento da internet no País.” (Lei 12.965, de 2014)

[10] “Entre as consequências relacionadas às competências da ANCINE, está o disposto no art. 10 da Lei 12.485:

“Art. 10. A gestão, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos.

§ 1º As programadoras e empacotadoras deverão depositar e manter atualizada, na Ancine, relação com a identificação dos profissionais de que trata o *caput* deste artigo, os documentos e atos societários, inclusive os referentes à escolha dos dirigentes e gestores em exercício, das pessoas físicas e jurídicas envolvidas na sua cadeia de controle, cujas informações deverão ficar disponíveis ao conhecimento público, inclusive pela rede mundial de computadores, excetuadas as consideradas confidenciais pela legislação e regulamentação, cabendo à Agência zelar pelo sigilo destas.(...)”

[11] A Diretiva aprovada pode ser lida em:

https://europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0192-AM-083-083_PT.pdf

O comunicado sobre esta decisão legislativa pode ser lido em:

<https://europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20180925IPR14307/parlamento-europeu-aprova-novas-regras-para-o-setor-audiovisual>

[12] Para evidenciar o tom das medidas aprovadas pelo Parlamento Europeu, vale transcrever a nova redação do art. 13, alínea 1, da Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual:

“Artigo 13º

1. *Os Estados-Membros asseguram que os fornecedores de serviços de comunicação social audiovisual a pedido sob a sua jurisdição garantam uma quota de pelo menos 30 % de obras europeias nos seus catálogos e lhes garantam uma posição proeminente. (...)* (grifos da Diretiva)

[13] Gabriel Levy Bravo e Sergio Urquijo Morales. *Europa demuestra que es posible regular las OTT.*

“Europa también envía un importante mensaje a los reguladores: para ellos, es obvio que todo servicio audiovisual que se lucre del mercado local debe contribuir a la protección y fomento de la industria nacional. Esta línea, que existe em países de América Latina como Argentina y Colombia, donde los privados financiam la TV pública, suele ser acusada de anticuada o de injusta, pero la reforma a la directiva europea deja claro que com voluntad y opciones esta contribución no solo no perjudica a las empresas, sino que puede beneficiarlas, acercarlas a los públicos locales y apuntalar su calidad.” (<https://andinalink.com/europa-demuestra-que-es-posible-regular-las-ott/>)

[14] BASTOS, Bruno. *Mercado Relevante e Poder de Mercado no Âmbito das Telecomunicações.*

[15] Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132311>

[16] “Transcrito novamente:

“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.”

[17] A matéria é regulada pelo art. 12 da Lei 12.485:

“Art. 12. O exercício das atividades de programação e empacotamento é condicionado a credenciamento perante a Ancine.

Parágrafo único. A Ancine deverá se pronunciar sobre a solicitação do credenciamento no prazo de até 30 (trinta) dias e, em não havendo manifestação contrária da Ancine nesse período, o credenciamento será considerado válido.”

[18] “165. A implantação de um modelo de competição no setor televisivo exige enormes esforços tanto no âmbito regulatório quanto no concorrencial. **Dessa forma, além da atuação do Cade, é necessário que as agências reguladoras, ao analisar operações no setor, tenham em mente que um dos objetivos da Lei do SeAC foi desestimular a concentração do poder de mercado nas mãos de poucas empresas e estabelecer alguns condicionamentos com o fito de evitar prejuízo à competitividade no setor e ao serviço prestado ao usuário.** (...)”

11. COMPLEMENTARIDADE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA

167. No contexto da complementaridade entre regulação e concorrência, o CADE atua como autoridade de atacado, e não de varejo, devendo ser parcimonioso nas obrigações que impactem demasiadamente a ação regulatória. Isto se dá sobretudo quando se faz mister um acompanhamento dinâmico pelo regulador, levando em consideração as mutações tecnológicas do setor.

168. Ademais, se a sistemática da nova Lei de concorrência adota um tempo definido para que o CADE venha a tomar a sua decisão, o mesmo não acontece com o Regulador, e este definitivamente não poderá omitir-se em lavrar o seu posicionamento sobre a adequação de operações de concentração às perspectivas regulatórias. Ainda que postergue, a sua avaliação deverá ser feita em algum momento.

169. Isto significa que a política pública lançada pela Lei do SeAC de incentivo ao conteúdo nacional, de delimitação de cotas para a sua exibição, o incentivo para participação de empresas de telecomunicação na TV por assinatura sem permissão de controle ou participação societária relevante deverá ser interpretada e aplicada pelos reguladores. Mesmo que esse relator vislumbre uma clareza hialina na interpretação do art. 5º da Lei 12.485/11, o *obter dictum* no presente feito seria estabelecer um confronto ou um conforto decisório que não deve ser buscado pelo regulador junto à autoridade de concorrência.

170. O papel do regulador tende a ser diferente se a obrigação é de acompanhamento do mercado, ou se a ação é de normatização ou decisão que esclareça os alcances da regulamentação. Isto porque, se é fato que o acompanhamento pode ser mais complicado, com diversas variáveis em ação de trato sucessivo, o mesmo não ocorre quando a interpretação ou decisão reguladora é pontual.

171. Para o caso, entendo que a autoridade de defesa da concorrência pode auxiliar a ação regulatória, traçando parâmetros que minimizem os problemas concorrenciais apontados. Mas a própria existência de um eventual problema só surge se o regulador permitir que haja a integração.” (voto do Conselheiro Relator do Ato de Concentração AT&T/WarnerMedia; grifos do autor)

[19] Para um exemplo disso, ver:

Folha de São Paulo. The Wall Street Journal. *Poder das Big Tech é atacado em audiência antitruste no Congresso dos EUA*. Disponível

em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/07/poder-das-bi-tech-e-atacado-em-audiencia-antitruste-no-congresso.shtml>

[20] *Estudo Comparativo dos Preços dos serviços de TV por Assinatura e Triple Play no Brasil e no Mundo em 2008*, disponível

em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=247037>

[21] Independentemente do juízo de conveniência das medidas, têm esse sentido as propostas apresentadas pela Senadora norte-americana Elizabeth Warren para regulação de serviços na internet. <https://edition.cnn.com/2019/03/08/politics/elizabeth-warren-amazon-google-facebook/index.html>

[22] Sobre a mediação realizada pelo CSA, ver: <https://www.csa.fr/Informer/Espace-presse/Interventions-publiques/L-avenir-de-la-mediation/La-mediation-dans-le-secteur-audiovisuel>

[23] Informações sobre o Mediador de Cinema podem ser lidas em: <https://www.lemediateurducinema.fr/>

[24] Quando ausente, foi acrescentada a numeração dos parágrafos do Relatório de AIR transcritos nas contribuições dos agentes econômicos. Também foram marcadas com colchetes [...] algumas situações em que a citação sofreu descontinuidade.

[25] No meio audiovisual, essa estratégia de varejo ganhou destaque após a publicação do livro *A Cauda Longa – Do Mercado de Massa para o Mercado de Nicho*, de Chris Anderson, em 2004. O conceito refere-se à opção do varejista por oferecer muitos produtos ao consumidor, acumulando um grande número de pequenas vendas, em contraposição à venda maciça de poucos itens. Netflix, Amazon e Apple eram então apontadas como exemplos dessa estratégia.

[26] Apenas como referência, nos debates e críticas que envolveram o livro de Chris Anderson, foi anotada pesquisa feita com provedores de música digital, em que 80% dos mais de 50 mil títulos não haviam obtido nenhuma venda nos doze meses anteriores.

[27] O dispositivo exige que os canais de espaço qualificado reservem metade das cotas de conteúdo nacional e independente para produções dos últimos sete anos.

[28] A DDC aprovou integralmente a Proposta de Ação da SAM, acrescentando apenas a necessidade de inclusão na AIR do “histórico de debates e deliberações sobre o tema em momentos prévios da ANCINE e em instâncias legislativas”.

Por sua vez a Proposta de Ação, solicitou autorização para três ações:

i. Realizar Análise de Impacto Regulatório que avaliará as alternativas para a elaboração de novos instrumentos legais para a regulamentação do mercado de vídeo sob demanda, em um período de 06 (seis) meses, a contar da data de autorização.

ii Coordenar o estudo interno à superintendência para o mapeamento das necessidades do mercado de vídeo por demanda, do seu alcance e potencial, de seus agentes e dos objetivos das políticas públicas brasileiras.

iii. Realizar procedimentos de consulta prévia ao público externo, nos termos do artigo 10 da RDC nº52/2013, para subsidiar a supramencionada AIR.”

[29] “A MP 2.228-1, de 2001, traz as seguintes definições no seu art. 1º:

“II - obra cinematográfica: obra audiovisual cuja matriz original de captação é uma película com emulsão fotossensível ou matriz de captação digital, cuja destinação e exibição seja prioritariamente e inicialmente o mercado de salas de exibição;

III - obra videofonográfica: obra audiovisual cuja matriz original de captação é um meio magnético com capacidade de armazenamento de informações que se traduzem em imagens em movimento, com ou sem som;”

A MP, no art. 7º, também estabelece competência da ANCINE para

“XVII - atualizar, em consonância com a evolução tecnológica, as definições referidas no art. 1º desta Medida Provisória.”

Desde a edição da norma, o fenômeno que se chamou convergência digital trouxe uma ampla padronização tecnológica da produção audiovisual. Com isso, as menções legais às tecnologias de captação de imagens e sons com a distinção entre película fotossensível, captação digital e meio magnético perderam o sentido e devem ser consideradas a partir desse poder normativo da Agência e da digitalização como padrão tecnológico. No ambiente atual, a distinção possível entre obra cinematográfica e videofonográfica, nos termos legais, diz respeito apenas a sua destinação prioritária e inicial. Ou seja: cinematográficas são as obras destinadas inicial ou prioritariamente ao cinema; videofonográficas são todas as demais.”

[30] Como mencionado na nota de rodapé 143 da AIR: “Esse tipo de taxação sob o ingresso no mercado nacional é comum a quase todas as atividades econômicas. Mas, no caso do

audiovisual, tem um significado particular decorrente da não rivalidade do consumo dos conteúdos e seus custos marginais desprezíveis. De fato, não é raro que as produções internacionais amortizem seus custos de produção nos mercados de seus países, de modo que a comercialização dessas obras no Brasil é feita sob condições concorrenciais mais favoráveis frente aos conteúdos locais. A CONDECINE é uma das formas de compensação dirigida a reduzir esse desequilíbrio concorrencial.”

[31] As alíquotas de ICMS sobre os serviços de telecomunicações variam de 25% em Estados como São Paulo e Santa Catarina, a 37% em Rondônia. A alíquota média, não ponderada, é de 28,7%. Com todas as ressalvas relativas às diferenças entre os tributos, a Espanha, país de origem da Telefonica, pratica um IVA com alíquota de 21%.

[32] O art. 28 da Lei 12.485 reduziu a TFF de 45% para 33% da TFI (Taxa de Fiscalização de Instalação). A diferença foi repassada à CONDECINE-teles. Por exemplo: a TFI relativa a cada dispositivo móvel era de R\$26,83. Com a Lei da TV paga, a TFF foi reduzida de R\$12,07 (45% da TFI) para R\$8,85 (33%). A alíquota da CONDECINE-teles foi fixada em R\$3,22 por ano, a diferença entre os dois valores. Após atualização promovida pela Portaria Interministerial nº 835, de 2015, essa alíquota está em R\$4,14.

[33] Esses critérios correspondem à lição de Geraldo Ataliba em *Hipótese de Incidência Tributária*.

[34] Segundo a mesma lição, o prescritor da norma é composto pelos critérios pessoal (sujeitos ativo e passivo) e quantitativo (base de cálculo e alíquota).

[35] Critério material é o comportamento (fazer, dar ou ser) que faz constituir a obrigação. Em geral, no texto das normas, é indicado por um verbo e seu complemento.

[36] ANCINE. *Planejamento Estratégico 2008-2011*, apud ANCINE. *Plano de Diretrizes e Metas para o Audiovisual*, p. 91.

[37] Alguns gráficos foram apresentados na forma de imagens. Optou-se por não reproduzi-los nesta análise, fazendo apenas menção ao seu teor. Eles podem ser consultados na íntegra das contribuições enviadas pelos participantes da Consulta Pública.

[38] Os indicativos de qualidade e reconhecimento interno dos conteúdos brasileiros podem ser verificados nas pesquisas quantitativas, de âmbito nacional, sobre consumo de conteúdos audiovisuais contratadas pela ANCINE. Foram realizadas, em 2015, pelo Instituto DataPopular e, em 2017, pelo DataFolha. Algumas de suas conclusões foram inscritas em dois gráficos publicados na AIR.

[39] Não sem motivo, a ANATEL reúne as empresas de telecom de pequeno porte sob a designação “competitivas”. Desde 2019, o conjunto dessas empresas lidera o mercado de telecom e atualmente atende a mais de 35% de *market share*.

[40] Cabe transcrever, novamente, a descrição do serviço no anexo da LC 116:

“1.09 – Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio de internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviços de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS).”

[41] Vale registrar que os conceitos de *cessão* e *distribuição* e a fórmula *disponibilização de conteúdos audiovisuais* não são as melhores escolhas para a descrição dos serviços audiovisuais. Ambos tomam a prestação de serviço audiovisual por aspectos importantes, mas secundários. A cessão ou disponibilização dos arquivos digitais não define os serviços, nem motiva a retribuição do usuário. A característica principal do serviço, que deriva das diversas atividades reunidas pelo provedor, é o licenciamento, a autorização de uso privado dos conteúdos pelo usuário pelo tempo e as condições estabelecidas. Todos os provedores de sites piratas que “disponibilizam” conteúdos, com ou sem “cessão definitiva”, sabem disso.

[42] Embora a separação das duas modalidades de oferta tenha um histórico importante nas operações de vídeo doméstico, comercializado distintamente sob a forma de locação e venda,

essa distinção não tem ocorrido, no VoD, de forma generalizada, no Brasil. A situação é diferente nos catálogos e serviços europeus, que diferenciam os dois negócios e seus preços. [43] Segundo a jurisprudência do STJ, o que define a incidência de ICMS ou ISS não é a predominância local ou estadual da atividade econômica, mas a inscrição do serviço na lista da LC 116. Ou seja: se o serviço estiver na lista, incide o ISS; caso contrário, o ICMS.

[44] Lei 86-1067 após modificações impostas pela Lei de Comunicação Audiovisual e da Nova Televisão Pública (2009); Decreto 2010-1379 de 12/11/2010 que trata de serviços de mídia audiovisual por demanda.

[45] Art. 5.3 da Lei de Audiovisual; 41ª provisão final da Lei 2/2011 de 04/03/011; Real Decreto 988/2015 de 30/10/2015.

[46] Art 44 do Código de Serviços de Mídia Audiovisuais, depois da modificação imposta pela Lei 81, 08/08/2019. Essa modificação deverá entrar em vigor até o final de abril de 2020.



Documento assinado eletronicamente por **Fabio Campos Barcelos, Superintendente de Análise de Mercado, substituto(a)**, em 23/10/2020, às 16:45, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 11 da RDC/ANCINE nº 66 de 1º de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ancine.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1801374** e o código CRC **4D6CAB21**.