

# 3

## NOVAS TECNOLOGIAS E CONCORRÊNCIA: DESIGUAL É DESLEAL? O CASO CLARO/ TOPSPORTS/FOX

*New technologies and competition: is unequal equivalent to disloyal? The case of Claro/ Topsports/Fox*

Marcela Mattiuzzo<sup>1</sup>

Livia Amorim<sup>2</sup>

### RESUMO

Com o ritmo acelerado da inovação tecnológica observado hoje em diferentes setores, uma questão que tem se colocado de maneira cada vez mais presente diz respeito à equiparação de regimes regulatórios entre serviços tradicionais e novas tecnologias. É frequente que esse debate se centre em dois polos: aquele dos incumbentes, que buscam argumentar que tal equiparação é necessária e inevitável, e aquele dos entrantes, que buscam demonstrar como seu modelo de negócio resolve falhas de mercado e apresenta novas características que tornam a regulação anteriormente estabelecida inadequada. O artigo busca apresentar esse debate por meio do caso concreto Claro/Fox/Topsports, analisado pela Anatel, a fim de estudar as interfaces entre regulação e concorrência no que diz respeito a regimes jurídico-regulatórios distintos para bens e serviços que se configuram como substitutos imperfeitos e, portanto, apresentam zonas de concorrência, ainda que parcial.

**Palavras-chave:** assimetria regulatória; concorrência desleal; inovação; antitruste; SeAC; SVA.

### ABSTRACT

The accelerated rhythm of technology innovation in different sectors of economy has prompted the debate about whether the obligations imposed by regulators to the traditional players of the market (the incumbents) should be equally enforced to entrants that use new technologies. Most frequently, the debate is oriented by two main arguments: that of the incumbents, which hold that a uniform treatment is necessary and inevitable; and that of the entrants, which try to demonstrate that their business model addresses old market failures and therefore the existing regulation is not

1      Doutoranda em Direito Comercial na Universidade de São Paulo, SP/Brasil. E-mail: marcela.mattiuzzo@usp.br.

2      Formada em Direito pela Universidade de Brasília, possui mestrado em tributação e finanças de Petróleo e Gás pelo CEPMLP – Universidade de Dundee. Atualmente, é pesquisadora no Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas (FGV CERI) e professora no Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. E-mail: livia.amorim@soutocorrea.com.br.

fit for purpose. This article assesses these questions by a case study, the Claro/Fox/Topsports case (ruled by the National Telecommunications Agency, Anatel). The text analyses the interfaces between sectorial and competition regulations regarding the appliance of asymmetric regulation to good and services that are imperfect substitutes and, therefore, have overlapping zones of competition.

**Keywords:** asymmetric regulation; unfair competition; innovation; antitrust; OTT.

**Classificação JEL:** K2; K21; K23.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O Caso Claro/Fox/Topsports; 2.1. Os serviços prestados; 2.1.1. O conteúdo: flexibilidade; 2.1.2. A infraestrutura: descentralização; 2.2. Embate entre modelos: SeAC vs. SVA; 2.2.1. A cadeia de valor do SeAC; 2.2.2. O conceito de SVA; 2.2.3. A distinção regulatória; 2.3. A disputa em concreto e a decisão da Anatel; 3. Assimetria Regulatória E Concorrência; 3.1. O impacto concorrencial da equiparação de regimes; 4. Considerações Finais; 5. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O ritmo da inovação tecnológica aumenta a cada dia. Descobertas que antes levariam anos para serem concluídas são levadas a cabo em meses ou até semanas. O uso intensivo de dados na busca de novos produtos e da customização de bens e serviços levou a economia a um novo patamar, no qual a regra é a dinamicidade acelerada e a mudança constante. Não por outra razão a frase definidora de um dos maiores expoentes da economia digital, Mark Zuckerberg, foi durante vários anos *“Move fast and break things”*. O advento de ferramentas como a inteligência artificial promete acelerar ainda mais esse processo, e trazer um grau ainda maior de complexidade ao debate.

Se representam um universo de possibilidades, as inovações são também um grande desafio para o Estado, por variadas razões. Seja porque podem ser utilizadas para uma diversa gama de finalidades, inclusive algumas ilícitas, seja porque a compreensão exata de seu funcionamento e de suas consequências para o mercado não é trivial. Neste trabalho, buscaremos analisar em específico o desafio apresentado pela regulação de novas tecnologias de transmissão de conteúdo, e o impacto desse debate para o ambiente competitivo.

Como dito, a regulação de qualquer nova tecnologia, principalmente aquelas que geram *disrupção*<sup>3</sup> em determinados nichos de mercado, é um processo complexo sob diferentes perspectivas. De um lado, é preciso lidar com as ansiedades e demandas dos agentes econômicos. Contrapõem-se as reivindicações do incumbente – que, normalmente já objeto de intensa regulação e, quase sempre, tributação, se sente sobreonerado – com os anseios de inovação dos entrantes – em regra menos regulados<sup>4</sup>, em processo de expansão de sua posição no mercado e com o receio de ter seu crescimento freado pelo excesso de normas (e custos) que já carrega o incumbente. Do outro, é necessário endereçar a propensão dos próprios reguladores a fornecer soluções rápidas, e por vezes inadequadas, aos problemas. A assimetria regulatória que emerge com a *disrupção* tem revelado como reação mais imediata o recurso às categorias existentes, combinado com um pedido de *“correção”* de tal

3 Na definição de Cortez (2014, p. 182-183) *“Disruptive “technologies”—later broadened in the literature to disruptive “innovations”—undermine and then displace incumbents”*.

4 Usualmente, pelo próprio caráter de inovação e de mudança radical no modelo de negócios existente, esses agentes atuam em lacunas da norma, espaços ainda não alcançados pela regulação.

assimetria – percebida como injusta pelo incumbente e por isso mesmo por vezes chamada de “concorrência desleal” – a algum órgão deliberativo com competência<sup>5</sup> para equiparar, de forma rápida, os regimes.

Compreender de forma adequada o movimento que ocorre no mercado não é simples, mas mesmo uma vez feito esse diagnóstico e encontradas as possíveis soluções, desenhar respostas adequadas leva tempo. É assim que, muitas vezes, ao invés de aprovar – se necessário – nova legislação com uma regulação apropriada para o modelo inovador (e, por vezes, incorporar a essa nova proposta a correção de distorções incidentes sobre o modelo antigo) acaba-se optando por acabar com a suposta assimetria transpondo o modelo de regulação do incumbente para o entrante, a fim de concretamente acabar com a diferenciação. Esse tipo de movimento ocorre não apenas por provocações dos incumbentes, que se engajam em uma tentativa de preservar sua posição de mercado, mas ainda por outros *stakeholders* interessados em preservar o ‘sistema de oneração’<sup>6</sup> subjacente ao modelo do incumbente. Em grande medida, contudo, esse movimento se dá também por conta da dificuldade que tem o Estado em lidar com as mudanças tecnológicas de forma rápida e efetiva. Não é de hoje que se sabe que o direito, apesar de fundamental na garantia de segurança jurídica para o funcionamento da economia como um todo e também dotado de capacidade de mitigação de falhas de mercado, tende a ser mais lento que a inovação tecnológica e, portanto, cada vez mais se depara com circunstâncias nas quais o cenário econômico já se alterou e somente então a intervenção do Estado na economia irá ocorrer.

É na esteira dessas constatações que diversos problemas concretos têm se apresentado e desafiado as instituições nacionais e estrangeiras, especialmente no que tange à interface entre debates regulatórios e concorrenciais no contexto de novas tecnologias. Nesse artigo, buscaremos tratar de um dos muitos temas atinentes a essa discussão, qual seja, o desafio criado por diferenças de regimes regulatórios entre empresas concorrentes, utilizando como pano de fundo o setor de telecomunicações brasileiro e, mais especificamente, um debate recente com que se deparou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), aquele que ficou conhecido com o caso Claro/Fox/Topsports.

Para tanto, será feita, em primeiro lugar, uma explanação sobre o caso concreto e seus aspectos relevantes para o debate que se pretende aqui empreender. Em seguida, buscaremos mostrar como o embate Claro/Fox/Topsports é um exemplo de um movimento mais abrangente, que se traduz numa tentativa de utilizar o argumento de assimetrias regulatórias a fim de justificar intervenções no ambiente competitivo, o que tem ocorrido com particular intensidade por conta dos desenvolvimentos tecnológicos recentes. Por fim, pretendemos tecer considerações sobre o que consideramos ser um caminho viável a ser trilhado nesse tipo de circunstância para resolução de algumas das

5 À parte, ainda, a discussão sobre a competência legal de fato do órgão buscado como instância deliberativa para equiparar os regimes de exploração e retirar (ou, ao menos, reduzir) a assimetria regulatória.

6 Ao explicar os regimes jurídicos do caso concreto analisado no âmbito deste artigo alguns elementos que compõem esse ‘sistema de oneração’ ficarão menos enigmáticos. Em síntese, eles costumam corresponder a um nível de incidência tributária maior do que em outras atividades econômicas (por um pressuposto de que a demanda aos serviços de infraestrutura é menos elástica), à obrigatoriedade de pagamento de encargos setoriais (que têm por objetivo declarado o custeio da regulação e fiscalização da atividade, mas que na prática são historicamente contingenciados para cumprir metas de finanças públicas), à obrigatoriedade de observância de regras de conteúdo local e outras obrigações que elevam o custo de prestação do serviço.

questões que surgem nesse contexto.

## 2. O CASO CLARO/FOX/TOPSPORTS INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2018, a Claro apresentou denúncia à Anatel contra as empresas Fox Latin American Channels do Brasil Ltda. (Fox) e Topsports Ventures Ltda. (Topsports) defendendo que a prestação dos serviços Fox+ e El Plus sem autorização prévia da agência configuraria violação à Lei n.º 12.485/11 (BRASIL, 2011), Lei do SeAC, que requer título habilitante para exploração da atividade de distribuição de conteúdo ao consumidor final, título este que nem Fox+ nem El Plus possuíam<sup>7</sup>. Segundo as alegações da Claro, as atividades da Fox e da Topsports neste caso seriam clandestinas e deveriam ser cautelarmente interrompidas pela autoridade, até que se submetessem à autorização da agência e ao ‘sistema de oneração’ a que a Claro está exposta sob o regime da Lei do SeAC.

Como será visto, em linhas gerais, a questão jurídica central em disputa no caso concreto apresentado à Anatel consiste em definir se os serviços de *Video on Demand* (VoD) El Plus e Fox+ estão enquadrados na definição legal (i) de distribuição (atividade de comunicação audiovisual de acesso condicionado) prevista pela Lei n.º 12.485/11 ou (ii) de serviço de valor adicionado previsto no art. 61 da Lei n.º 9.472/97, a Lei Geral de Telecomunicações (BRASIL, 1997).

No entanto, pensando sob uma perspectiva mais abrangente, que engloba questões jurídico-econômicas que extrapolam o caso concreto, é possível perceber que a disputa de fato envolve uma busca do incumbente - a Claro - em barrar a entrada de novos *players* - Fox e Topsports - por meio de recurso a um argumento de assimetria regulatória. Uma análise cuidadosa da questão, conforme será melhor explorado no item 3, revela que o impacto desse enquadramento para o ambiente competitivo é relevante e deveria ser objeto de preocupação tanto da agência em concreto quanto do poder público de forma mais ampla. Além disso, cumpre observar que apesar de o anseio de uma solução rápida - para um lado ou paro o outro - ter levado à contraposição dessas duas categorias jurídicas<sup>8</sup>, na verdade, em uma perspectiva macro, mais setorial, é possível sustentar que nenhuma delas parece perfeitamente aplicável à regulação dos serviços de VoD. Restringiu-se a pergunta ao ser - partindo do que existe, o que é -, mas não foi objeto de discussão o que deveria ser. Esse diagnóstico também é relevante na discussão que aqui se pretende empreender sobre os impactos concorrenciais das assimetrias regulatórias, conforme será explorado em maior detalhe abaixo.

### 2.1. Os serviços prestados

Os serviços comparados no caso sob análise são (i) aqueles prestados pela Claro TV (de “TV a cabo” ou “TV por assinatura”) com (ii) a oferta de conteúdo *on demand* pela TopSports (o El Plus) e pela Fox (o Fox+) diretamente ao consumidor final. Sem adentrar ainda na tipificação jurídica dada a cada uma das utilidades prestadas por esses agentes, esta seção descreve, em linhas gerais, em que consistem cada um desses serviços, inclusive no que diz respeito à estruturação física das atividades.

7 Processos Administrativos ANATEL n.º 53500.056473/2018-24 (Claro vs. Fox) (BRASIL, 2018) e 53500.057279/2018-66 (Claro vs. Topsports) (BRASIL, 2018).

8 O que faz sentido, considerando-se a estratégia específica, mas não necessariamente deve limitar o debate setorial sobre o assunto.

### 2.1.1. O conteúdo: flexibilidade

Em relação ao conteúdo disponibilizado pelas plataformas on-line Fox+ e El Plus e ao disponibilizado pela Claro TV, a principal diferença consiste na flexibilidade do acesso ao conteúdo, em diferentes dimensões.

A primeira delas é uma flexibilidade física de acesso, já que os serviços de *streaming*, por não se utilizarem de rede própria, podem ser acessados por qualquer dispositivo com acesso à internet e não apenas através do sinal de aparelhos instalados pelo distribuidor do conteúdo.

A segunda diferença diz respeito à flexibilidade vertical e horizontal do conteúdo na grade de programação. Nos serviços de *streaming on demand* o conteúdo acessado em cada horário é exclusivamente dependente da escolha do consumidor. Não há uma grade de programação rígida que determine que segunda-feira às 9h da manhã apenas poderão ser assistidos os conteúdos “X, Y e Z” constantes da grade linear de programação. Na maioria dos casos, mesmo quando há uma sequência ou uma rotina em relação a determinados conteúdos disponibilizados, o horário de transmissão é tão somente uma questão de ineditismo do conteúdo, mas não mais um horário fixo (e excludente) de disponibilização, já que aquele conteúdo transmitido ao vivo todas as terças-feiras às 10h poderá ser acessado livremente em dias e horários alternativos (e, por óbvio, posteriores).

Importante destacar, contudo, que algumas das plataformas de *streaming* permitem ter acesso a canais lineares de programação. Esse é, por exemplo, um dos serviços oferecidos pelo Fox+. Além dos conteúdos *on demand*, o assinante do serviço pode ter acesso aos canais ao vivo de televisão da rede Fox.

Além dessas flexibilidades, a utilização de Big Data para análise dos dados dos consumidores finais permite às plataformas de VoD conhecer as preferências reveladas pelos usuários (e por seu grupo de conexões sociais, por exemplo) com maior precisão e, com isso, melhorar tanto a experiência do usuário (mais agilmente direcionado e realimentado com conteúdo dentro de suas preferências) quanto o direcionamento de recursos das companhias (já que podem avaliar de forma mais rápida a receptividade dos consumidores a cada conteúdo especificamente)<sup>9</sup>.

O modelo de negócios da distribuição de conteúdo por meio das prestadoras de serviço de acesso condicionado, como a Claro TV, está associado a uma restrição de rede para disponibilização de conteúdo sob a forma de canais de programação, a capacidade útil total<sup>10</sup> da rede. A capacidade útil total da rede da prestadora<sup>11</sup> é o que define o número máximo de canais de programação que podem ser distribuídos. Os canais de programação, por sua vez, pela própria definição legal<sup>12</sup>, têm

9 Como destacam Ragazzo e Oliveira (2017, p. 212), a utilização de Big Data, juntamente com o desenvolvimento de conteúdo próprio e a individualização de experiência do usuário são elementos característicos das OTTs de vídeo. Em específico sobre a utilização de Big Data, os autores observam que: “Essa solução de Big Data auxilia o mercado de streaming de vídeo a entender o comportamento dos assinantes e oferecer respostas rápidas às demandas. Por utilizar o modelo de Big Data como forma de mapear os interesses dos consumidores, contribuindo para uma experiência que esteja mais em linha com o esperado pelo assinante, a plataforma de OTT acaba gerando eficiência alocativa.”.

10 Conforme definido pela Resolução ANATEL nº 581/2012: XXXIII - Capacidade Útil Total: número máximo de Canais de Programação que podem ser distribuídos por meio da Rede da Prestadora (BRASIL, 2012).

11 Conforme definido pela Resolução ANATEL nº 581/2012 (na redação dada pela Resolução ANATEL nº 692/2018).

12 Ver art. 2º, IV da Lei do SeAC.

como elemento essencial o arranjo dos conteúdos audiovisuais em sequência linear temporal com horários predeterminados.

Para as operadoras de TV por assinatura há, portanto, uma restrição da quantidade total de conteúdo distribuído, decorrente da limitação de capacidade da rede e da obrigatoriedade de organização do conteúdo de forma linear e com horários rígidos e pré-fixados. Por mais que haja um direcionamento da programação para horários em que a audiência esperada é maior (em função dos padrões de comportamento de determinada localidade), não há um nível de granularização do comportamento esperado por usuário (ou no máximo pelo grupo de assinantes) como ocorre nas plataformas de VoD.

### 2.1.2. A infraestrutura: descentralização

Para além dessas características observadas sobre a flexibilidade do conteúdo oferecido, os serviços apresentam diferenças relevantes no que diz respeito à relação que estabelecem com a rede necessária para distribuição do conteúdo.

No caso dos serviços prestados pela Claro TV, a distribuição de conteúdo é feita de forma ‘casada’ com o fornecimento do serviço de acesso à rede necessária para a transmissão do conteúdo. Na mesma contratação, há, portanto, a prestação de um serviço de telecomunicação propriamente e também a entrega do conteúdo audiovisual. Há uma infraestrutura centralizada, detida ou acessada pela operadora de TV por assinatura, que presta o serviço de telecomunicação ao consumidor final (consumidor final esse tanto do serviço de telecomunicações quanto do conteúdo audiovisual distribuído por meio do serviço de rede contratado)<sup>13</sup>.

No caso das plataformas de *streaming* esses dois serviços deixam de ser oferecidos de forma conjunta e a entrega de conteúdo audiovisual é feita diretamente ao consumidor final através dos serviços de rede contratados individualmente pela plataforma de *streaming* e pelo consumidor final (inclusive por meio de diferentes provedores). Ou seja, ao contratar a plataforma de *streaming*, o consumidor final não mais fica vinculado à prestação conjunta do serviço de telecomunicações subjacente necessário à entrega do conteúdo audiovisual. Para a recepção do conteúdo, o consumidor utiliza-se dos serviços de internet contratados de outros provedores e não exclusivamente destinados a viabilizar o serviço de entrega de conteúdo audiovisual. Esse formato de entrega de conteúdo audiovisual, onde o ofertante utiliza-se da internet pública para entrega ao usuário final e não tem controle ou responsabilidade sobre a rede utilizada para tanto, é típico dos chamados serviços *Over the Top* (OTT)<sup>14</sup>.

13 No parecer apresentado pela TopSports no processo de denúncia da Claro, a distinção de organização dos serviços foi feita como unidirecional (que partem de uma infraestrutura centralizada como meio para distribuição do conteúdo ao consumidor final) e bidirecional (que partem de serviços de internet, individuais e independentes, contratados pela plataforma de OTT e pelo consumidor final). Ver Ragazzo (2019, p. 17)

14 Destacando a falta de uniformidade de um conceito de OTT, Fernandes (2018, p. 14) observa que algumas definições são mais centradas no caráter subjetivo do conceito (se referindo a grandes empresas de internet) e outras mais no caráter objetivo (no serviço em si). Considerando que o conceito de fundo do presente trabalho também envolve a caracterização objetiva das OTTs, cita-se a definição deste autor: “Sob esse aspecto objetivo, a expressão também não tem sido empregada de forma unívoca, designando: (i) de forma ampla, todo e qualquer conteúdo (content), serviço (service) ou aplicativo (application) que pode ser acessado por usuários finais a partir da internet ou, (ii) de forma restrita, determinados tipos de serviços de comunicação e de vídeo prestados a partir da internet e que se afiguram potencialmente substitutivos em relação aos serviços tradicionais de telecomunicações.”

## 2.2. Embate entre modelos: SeAC vs. SVA

Tendo como pano de fundo as diferenças regulatórias observada entre os dois grupos de serviços, as teses jurídicas apresentadas a favor e contra a reclamada clandestinidade da prestação dos serviços El Plus e Fox+ pela TopSports e pela Fox, respectivamente, contrapõem fundamentalmente dois conceitos trazidos pela legislação brasileira: (i) a distribuição de serviços de acesso condicionado, enquadrada no regime da Lei nº 12.485/11 e (ii) os serviços de valor adicionado, enquadrado no regime da Lei nº 9.472/97 (ou Lei Geral de Telecomunicações, LGT).

De um lado, a Claro TV defende que o El Plus e o Fox+ são serviços de acesso condicionado, enquadrando-se na definição trazida pelo art. 2º, XXIII da Lei n.º 12.485/11 como “serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer” (BRASIL, 2011).

Do outro lado, a TopSports e a Fox alegam que os serviços prestados estariam enquadrados na definição de serviços de valor adicionado, conforme definição trazida pelo art. 61 da Lei nº 9.472/97 (BRASIL, 1997), por serem serviços que não se confundem com a rede, por não constituírem serviço de telecomunicações e por serem prestados por agentes usuários da rede de internet (esta, sim, serviço de telecomunicação)<sup>15</sup>.

Importante, nesse contexto, entender a cadeia regulada pela Lei do SeAC e o tratamento dado aos SVAs pela LGT para assimilar a extensão do debate e as consequências práticas de seguir um ou outro caminho.

### 2.2.1. A cadeia de valor do SeAC

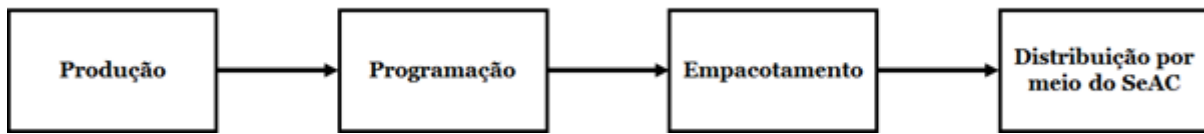
A distribuição é a última etapa da cadeia de valor descrita pela Lei do SeAC. A cadeia é formada pelas atividades de produção, programação, empacotamento e distribuição. A lei determina que as atividades à montante da distribuição são reguladas pela Agência Nacional do Cinema (Ancine) e a distribuição ela mesma regulada pela Anatel.

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

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

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

**Figura 1 – Cadeia de Valor da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado  
(definida pela Lei nº 12.485/11)**



Fonte: Elaborado pelas autoras em 2020.

A produção, nos termos do art. 2º, XVII da Lei nº 12.485/11 (BRASIL, 2011), consiste na “*atividade de elaboração, composição, constituição ou criação de conteúdos audiovisuais em qualquer meio de suporte*”. Ou seja, ela é propriamente a montagem e concepção do trabalho audiovisual a ser posteriormente transmitido.

A programação, por sua vez, nos termos do art. 2º, XX é definida como “*atividade de seleção, organização ou formatação de conteúdos audiovisuais apresentados na forma de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado*” (BRASIL, 2011). Canal de programação é um conceito também definido, no art. 2º, IV como o “*resultado da atividade de programação que consiste no arranjo de conteúdos audiovisuais organizados em sequência linear temporal com horários predeterminado*” (BRASIL, 2011). Em outras palavras, programar, na linguagem do SeAC, é reunir conteúdo de forma a montar uma sequência de obras audiovisuais, e assim ter um canal, como Cartoon Network, TNT, TeleCine, HBO, entre tantos outros.

O empacotamento, pelo art. 2º, XI, é a “*atividade de organização, em última instância, de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado, a serem distribuídos para o assinante*”. A Lei do SeAC, no art. 2º, XVI, também conceitua o que é pacote, como sendo o “*agrupamento de canais de programação ofertados pelas empacotadoras às distribuidoras, e por estas aos assinantes, excluídos os canais de distribuição obrigatória*” (BRASIL, 2011). Também conhecido como *bundling*, o empacotamento nada mais é que a reunião de variados canais numa grade de programação.

Por fim, a atividade de distribuição é definida no art. 2º, X como a

*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 (BRASIL, 2011).*

Esse serviço é prestado por empresas como Sky e Net/Claro, e é o que o consumidor final conhece como TV a cabo ou TV por assinatura.

Em concreto, portanto, a questão submetida à interpretação da Anatel no caso diz respeito a saber se a Topsport e a Fox realizam a atividade de ‘distribuição por meio do serviço de acesso condicionado’, posição defendida pela Claro. Isso porque, como dito, a agência de telecomunicações é competente tão somente para regular o serviço de distribuição, sendo as demais atividades submetidas à fiscalização da Ancine. Portanto, se concluísse pela inexistência da distribuição, ainda que



entendendo que Fox+ e El Plus comportavam serviços típicos de produção, programação e empacotamento, a Anatel seria forçada a concluir que não possuía jurisdição sobre a questão.

### 2.2.2. O conceito de SVA

Ao definir a organização dos serviços de telecomunicações, a LGT apresenta duas definições: (i) a de serviço de telecomunicações; e (ii) a de serviço de valor adicionado, o SVA.

A definição de serviço de telecomunicações é feita pelo art. 60 da LGT (BRASIL, 1997) como o *“conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”*, enquanto telecomunicação, por sua vez, é conceituada como 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”*<sup>16</sup>.

Já os serviços de valor adicionado são definidos pelo art. 61 da LGT<sup>17</sup> como a *“atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”*. Ou seja, os SVAs compreendem atividades que acrescentam novas utilidades de acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, a um serviço de telecomunicações.

Faz-se, portanto, uma delimitação negativa do conceito de serviços de telecomunicação, esclarecendo serem aquelas atividades que usam serviços de telecomunicação para desempenho de outras atividades que lhe agregam valor, mas que com eles não se confundem. O provedor de um SVA é, dessa forma, um usuário do serviço ou da rede de telecomunicações necessária para desempenho de suas atividades.

É relevante observar que os provedores de SVA, diferentemente dos ofertantes de serviços de acesso condicionado, não estão sujeitos à necessidade de outorga prévia pela Anatel para exploração de suas atividades.

### 2.2.3. A distinção regulatória

Na prática, portanto, o enquadramento de uma atividade como SeAC leva à necessidade de

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

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

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis (BRASIL, 1997).

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

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

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações (BRASIL, 1997).

submissão às disposições da Lei nº 12.485/11 (BRASIL, 2011), que impõe uma série de restrições e obrigações, destacando-se a necessidade de autorização prévia da Anatel, as restrições de participação cruzada em diferentes etapas da cadeia (veda o exercício da atividade de distribuição por produtoras e programadoras, e vice-versa, e estabelece restrições a participações cruzadas na cadeia, de acordo com o artigo 5º), as obrigações de disponibilização de determinados canais de programação (a exemplo de um canal reservado para a Câmara dos Deputados, para o Senado Federal e para o Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup>) e a submissão a um regime tributário distinto - e mais severo - daquele aplicável aos SVAs (especificamente, a cobrança das contribuições ao FUST, Funttel e Fistel).

### 2.3. A disputa em concreto e a decisão da Anatel

Duas questões são essenciais na compreensão da cadeia de valor do SeAC como definida pela Lei nº 12.485/11 para fins do debate no caso concreto: (i) o produto estruturante desta cadeia, os canais de programação; e (ii) a atividade de distribuição de conteúdo realizada pelas prestadoras do serviço de acesso condicionado.

Pelas definições legais estabelecidas na Lei do SeAC (BRASIL, 2011), há uma delimitação mínima do produto a ser criado, organizado e entregue ao consumidor final por meio desta cadeia,

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

I - canais destinados à distribuição integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, do sinal aberto e não codificado, transmitido em tecnologia analógica pelas geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em qualquer faixa de frequências, nos limites territoriais da área de cobertura da concessão;

II - um canal reservado para a Câmara dos Deputados, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

III - um canal reservado para o Senado Federal, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

IV - um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça;

V - um canal reservado para a prestação de serviços de radiodifusão pública pelo Poder Executivo, a ser utilizado como instrumento de universalização dos direitos à informação, à comunicação, à educação e à cultura, bem como dos outros direitos humanos e sociais;

VI - um canal reservado para a emissora oficial do Poder Executivo;

VII - um canal educativo e cultural, organizado pelo Governo Federal e destinado para o desenvolvimento e aprimoramento, entre outros, do ensino a distância de alunos e capacitação de professores, assim como para a transmissão de produções culturais e programas regionais;

VIII - um canal comunitário para utilização livre e compartilhada por entidades não governamentais e sem fins lucrativos;

IX - um canal de cidadania, organizado pelo Governo Federal e destinado para a transmissão de programações das comunidades locais, para divulgação de atos, trabalhos, projetos, sessões e eventos dos poderes públicos federal, estadual e municipal;

X - um canal legislativo municipal/estadual, reservado para o uso compartilhado entre as Câmaras de Vereadores localizadas nos Municípios da área de prestação do serviço e a Assembleia Legislativa do respectivo Estado ou para uso da Câmara Legislativa do Distrito Federal, destinado para a divulgação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

XI - um canal universitário, reservado para o uso compartilhado entre as instituições de ensino superior localizadas no Município ou Municípios da área de prestação do serviço, devendo a reserva atender a seguinte ordem de precedência:

a) universidades;

b) centros universitários;

c) demais instituições de ensino superior.

[...] (BRASIL, 2011).

que basicamente envolve como eixo comum a definição de canal de programação, que, como já mencionado, consiste no arranjo de conteúdos audiovisuais organizados em sequência linear temporal com horários predeterminado. O fio condutor da cadeia, iniciada com a produção de conteúdos individuais e isolados (um filme ou uma novela, por exemplo) é, portanto, a definição de canal de programação (coletivamente agrupados sob a categoria de pacote).

Parece claro que o modelo de conteúdo *on demand*, oferecido por El Plus e Fox+, customizável com elevado grau de detalhamento às preferências reveladas pelo consumidor final, é algo que escapa às etapas intermediárias da cadeia, de organização de conteúdos individuais sob a forma de canais de programação e de seu agrupamento através de pacotes. Mesmo nos casos em que há a organização de conteúdo sob a forma de canal, como no caso da Fox+, que além dos conteúdos *on demand* oferece o acesso aos canais da programação linear da rede Fox, a questão não se enquadra perfeitamente nos conceitos da Lei do SeAC, principalmente porque a última ponta não se encaixa no modelo de negócios projetado na Lei. Mais especificamente, não há a oferta conjunta de um serviço de telecomunicação e de entrega de conteúdo sob a forma de programação linear ao consumidor final.

Isso porque, a atividade para a qual se exige autorização prévia da Anatel é, conforme o título do Capítulo VII da Lei do SeAC e os termos do seu art. 29, a atividade de “distribuição por meio do serviço de acesso condicionado” (BRASIL, 2011)<sup>19</sup>.

Ou seja, para melhor definição do que constitui a última etapa da cadeia determinada pela Lei do SeAC, é necessário interpretar em conjunto os conceitos de distribuição – que, em certa medida, já inclui os serviços de telecomunicações subjacentes – e o conceito de SeAC trazidos pela Lei.

**Tabela 1**

**Distribuição:** atividades de entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros, cabendo ao distribuidor a responsabilidade final pelas atividades complementares de comercialização, atendimento ao assinante, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos, entre outras

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

**Fonte:** Elaborado pelas autoras em 2020.

Refletindo o modelo de negócios que a Lei buscava regular – pois era o modelo de negócios existente à época -, tanto a definição de distribuição quanto a definição de SeAC acabam se entrelaçando, aquela fazendo referências a elementos da tecnologia e da prestação conjunta, *bundled*, do *serviço de telecomunicações* e essa, qualificada como serviço de telecomunicações, fazendo referências à finalidade que define a existência deste serviço de telecomunicações em específico (a distribuição de conteúdo audiovisual organizado sob determinado formato).

<sup>19</sup> Art. 29. A atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado é livre para empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, sendo regida pelas disposições previstas nesta Lei, na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e na regulamentação editada pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. Parágrafo único. A Anatel regulará e fiscalizará a atividade de distribuição.

Dito de outra forma, na Lei do SeAC, a atividade de distribuição não é definida genericamente como a entrega de conteúdo ao consumidor final. Ela é definida como a entrega de conteúdo, organizado sob determinada forma (*i.e.* canais de programação) e entregue através de um determinado serviço de telecomunicações prestado de maneira conjunta e agregada pelo mesmo agente (por mais que preveja que os meios eletrônicos poderão ser próprios ou de terceiros, a definição estabelece que a responsabilidade final pela prestação conjunta desses dois serviços é do distribuidor).

Igualmente, a definição de SeAC não é exclusivamente a de um serviço de telecomunicações de interesse coletivo de regime privado. Ela se apoia sobre três elementos: (i) serviço de telecomunicações de interesse coletivo de regime privado prestado por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer; (ii) condicionado à assinatura; e (iii) a destinação e a distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória.

As duas noções se entrelaçam de forma tal que há razão suficiente para afirmar que não seria possível enquadrar os serviços prestados pela TopSport e pela Fox (El Plus e Fox+) isoladamente nem na definição de distribuição nem na definição de SeAC. Na prática, esse desencaixe decorre do fato de que a lei do SeAC regulou uma cadeia que – considerando o que existia na época – abrange um determinado modelo de negócios. Extrapolá-lo para o modelo de negócios das plataformas de OTT vai além de uma transposição para adaptação tecnológica alcançada pela neutralidade de rede.

Não obstante essas considerações, fato é que a Anatel, quando da análise do pedido cautelar formulado pela Claro, decidiu acatá-lo e de pronto proibir que Fox+ e El Plus continuassem a ser oferecidos no território nacional. É interessante observar que a Anatel fez um raciocínio pouco convencional, ao afirmar que:

*reconhecendo a existência de dúvida jurídica razoável sobre a conformidade do modelo com a Lei nº 12.485/2011, julga-se conveniente e salutar a adequação cautelar desse modelo de negócio às práticas ordinárias do mercado, até o juízo definitivo da questão por parte do órgão regulador (BRASIL, 2019)<sup>20</sup>.*

A agência fundamentou sua decisão no periculum de que a prática tivesse “potencial multiplicador”, e assim conduzisse ao “*esvaziamento progressivo do regime de cotas, financiamento e estímulo ao desenvolvimento de conteúdos nacionais*” (BRASIL, 2019)<sup>21</sup>. Não obstante as legítimas preocupações com a política pública desenhada pela Lei do SeAC exaradas, é válido ressaltar que o mais comum e esperado é que a intervenção do Estado na economia, especialmente em sede cautelar, adote lógica diversa, ou seja, que em face a uma dúvida quanto ao modelo de negócio e seu enquadramento num dado regime regulatório, prevaleça a livre iniciativa e seja o ente privado autorizado a dar continuidade às suas atividades até que o tema seja esclarecido em definitivo, a menos que se verifique um claro, inequívoco e irreversível dano. Parece pouco sólida a afirmação de que haveria um dano irreversível no caso concreto, pois a razão para essa conclusão é que outras empresas poderiam adotar práticas semelhantes e assim prejudicar a produção de conteúdo nacional. O problema é que não se apresentam dados concretos que auxiliem a corroborar essa conclusão,

20 ANATEL (2019)

21 *Ibid.*

faz-se apenas uma afirmação genérica de que o modelo *on demand* tende a se expandir e por isso é preciso cautela.

Não cabe nesse momento questionar se a argumentação levada a cabo por Fox e TopSports, sustentando tratar-se o serviço de SVA, merece prosperar. O que cumpre observar é que há dúvidas razoáveis, como ressalta a própria Anatel, sobre o regime jurídico aplicável ao caso concreto e, não obstante, o poder público decidiu no sentido de proibir o oferecimento do serviço, acatando a argumentação da empresa incumbente. Evidente o impacto dessa postura para o ambiente competitivo, e seu significado inclusive para além do caso concreto, conforme será visto abaixo.

### 3. ASSIMETRIA REGULATÓRIA E CONCORRÊNCIA

Não é de hoje que se sabe que a intervenção do Estado na economia se dá de diferentes formas. Os mecanismos de regulação e de defesa da concorrência são duas dessas formas e comportam funções distintas, ainda que complementares. Se, por um lado, a regulação de um determinado setor ou atividade econômica se dá de forma anterior (ou *ex ante*), a fim de moldar o mercado e estabelecer as regras básicas para seu funcionamento (títulos prévios que um agente econômico deverá possuir para ali operar, regras-base para oferecimento de bens e serviços etc.), a defesa da concorrência atua de maneira posterior (ou *ex post*), em relação a comportamentos específicos de agentes de mercado igualmente específicos, e não de forma totalizante (na análise de uma fusão entre duas empresas em concreto, ou na avaliação sobre o comportamento específico de uma empresa) – ainda que, por óbvio, por vezes o efeito de uma intervenção específica possa extrapolar um caso concreto<sup>22</sup>.

Essa distinção na forma e no momento de intervenção faz com que se justifique uma separação funcional entre as atividades, ou seja, boa parte das jurisdições adota modelos nos quais a regulação econômica é feita de maneira setorial por determinadas instituições, e a defesa da concorrência fica a cargo de uma outra entidade, que atua de forma transversal<sup>23</sup>.

Naturalmente, essa forma de organização exige que as políticas públicas tenham pontos de contato e, que, portanto, as autoridades encarregadas por cada uma delas busquem conduzir suas tarefas de maneira minimamente alinhada, para evitar sinais contraditórios para os administrados. No Brasil não é diferente, sendo que enquanto agências como Anatel e Ancine são responsáveis pela regulação das telecomunicações e do audiovisual, respectivamente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é responsável pela defesa da concorrência. Historicamente, essas entidades têm buscado manter diálogo em relação a casos concretos e também no que diz respeito a diagnósticos de mercado de forma ampla. O Cade possui memorandos de entendimento tanto com

22 Vale mencionar, no entanto, que especialmente no contexto de mercados digitais propostas têm sido elaboradas que pretendem estabelecer alguma forma de regra antitruste *ex ante*. É o que ocorre, por exemplo, no contexto europeu, em sede dos debates sobre o Digital Services Act (EUROPEAN COMMISSION, 2020). Debates similares emergiram também no relatório do House Judiciary Committee do Congresso estadunidense (HOUSE..., 2020).

23 É fato, no entanto, que existem combinações diversas dessas funções. Há tanto opções por combinação de políticas transversais diferentes numa mesma entidade, como ocorre na Austrália com a ACCC, responsável também pelo *enforcement* consumerista, além do antitruste, e nos EUA com o FTC (que congrega atuação antitruste, consumerista e de privacidade), quanto de delegação a autoridades regulatórias setoriais de funções concorrenciais, como é o caso da Ofcom no Reino Unido, no setor de telecomunicações. Para uma revisão dos diversos modelos adotados mundo afora, vide Alexiadis e Pereira Neto (2019).

a Anatel quanto com a Ancine, e frequentemente recorre às autoridades em casos concretos, solicitando informações sobre temas de sua competência. Foi o que ocorreu recentemente, por exemplo, na análise do Ato de Concentração nº 08700.002013/2019-56 (BRASIL, 2019), e que já havia ocorrido anteriormente em diversos casos de grande repercussão, como AT&T/TimeWarner, Oi/BRT, entre outros.

A separação funcional entre as esferas e a diferença de modo de atuação das entidades leva a uma discussão, bastante explorada na doutrina e na jurisprudência, a respeito da interação entre regulação e concorrência. Questiona-se quais, afinal, seriam os limites da autoridade antitruste nas considerações a respeito de regras regulatórias, e até que ponto as agências reguladoras deveriam considerar a questão concorrencial em suas análises de casos concretos (HOVENKAMP, 2004).

O embate a respeito dos impactos concorrenciais de distintos regimes regulatórios é um tema que se insere nesse contexto, pois se de um lado implica em reflexões fundamentalmente setoriais sobre as atividades em questão – voltando ao caso Claro/Fox/Topsports, debates sobre se um serviço enquadra-se enquanto SeAC ou SVA – envolve também considerações jurídico-econômicas mais amplas a respeito do impacto em se considerar que determinadas atividades concorrem ou não, e se por concorrerem alguma pretensão de equiparação regulatória se justifica.

Esse debate não é novo. Na realidade, ele é recorrente sempre que se pensa em mercados de alguma forma submetidos à inovação e ao surgimento de novos bens e serviços, ou novas formas de oferta desses mesmos bens e serviços<sup>24</sup>. Recentemente, porém, o tema tem se tornado muito recorrente e presente em variadas circunstâncias concretas. Isso porque se antigamente o ritmo da inovação tecnológica era um, e questões como essa se apresentavam de maneira esporádica, hoje a intensidade do desenvolvimento de novas tecnologias é enorme, e tem atingido um sem-número de mercados e setores.

Para mencionar apenas dois exemplos concretos para além do caso Claro/Fox/Topsports, em setores distintos da economia, é válido retomar o que ocorreu no mercado de transporte individual de passageiros e no mercado hoteleiro. Quando os aplicativos de transporte adentraram o mercado brasileiro, em 2015, causaram uma verdadeira revolta da classe dos taxistas em todo o país. Diversas passeatas ocorreram em grandes cidades brasileiras, sendo que o argumento central utilizado era o da concorrência desleal (TAXISTAS..., 2017). Argumentava-se que os motoristas de aplicativo ofereciam um serviço clandestino, que fugia dos rígidos e onerosos requisitos legais estipulados para os taxistas, o que colocaria em risco os passageiros e também impactaria de forma desproporcional e altamente negativa os táxis. O embate legislativo-regulatório girou em torno de saber se o serviço oferecido por tais aplicativos deveria realmente ser equiparado ao serviço de táxi, conforme argumentado pelos manifestantes, ou se ele se enquadraria numa categoria distinta (e talvez até então inexistente). Na ocasião, o Cade se envolveu de forma ativa na discussão e seu então presidente inclusive chegou a afirmar que “a criação de mecanismos que deem aos taxistas condições de concorrer com os novos rivais” seria a melhor solução, já que “Qualquer regulação que exista tem de ser

24 O exemplo tradicionalmente mencionado é do surgimento do carro. Quando surgiu na Inglaterra, o veículo teve inicialmente de se submeter às mesmas regras de velocidade que as carruagens puxadas por cavalos, mas logo se percebeu que impor a mesma regulação a esse outro meio de transporte não fazia sentido e impedia o uso do veículo em seu pleno potencial.

responsiva às inovações, não pode se configurar em mecanismos que inibam soluções inovadoras para diversos mercados” (AGOSTINI, 2015).

No caso do setor hoteleiro, o discurso foi extremamente semelhante. Com a entrada no mercado de aplicativos que oferecem a locação por temporada de forma facilitada, esse tipo de serviço passou a concorrer de forma mais intensa com os hotéis, o que levou o fundador da CVC e então presidente do grupo GJP Hotéis, Guilherme Paulus, a afirmar que “o Airbnb [um dos aplicativos em questão] é uma concorrência desleal com os hotéis” (“O AIRBNB...”, 2017). Mais uma vez, a discussão girava em torno de esclarecer se a nova oferta deveria de alguma forma ser equiparada em termos regulatórios ao serviço hoteleiro, aqui com o agravante de existir na legislação brasileira a previsão expressa da locação para temporada, serviço que os aplicativos sustentam prestar.

É possível observar que ao menos três características fundamentais aproximam os exemplos acima e o caso Claro/Fox/Topsport, e, portanto, de alguma forma parecem constituir um padrão de argumentação sobre a assimetria regulatória e seus impactos concorrenciais em mercados intensivos em inovação. Em primeiro lugar, são embates travados entre incumbentes (taxistas, hotéis, TV a cabo), de um lado, e entrantes, do outro (aplicativos, seja Uber, 99, Airbnb, Booking.com, Fox+ ou El Plus). Em segundo lugar, em todos os casos existe um incumbente que arca com uma carga regulatória que o onera de alguma maneira – seja porque é necessário obter uma autorização para operar no mercado, como no caso do SeAC, seja porque há um regime tributário específico atrelado à atividade, como ocorre com o pagamento de ISS para serviços hoteleiros – mas que também funciona como uma barreira à entrada naquele mercado, na medida em que apenas agentes que cumpram com as regras estão autorizados a atuar de forma legítima naquele ambiente. Em terceiro lugar, o entrante se diferencia porque ele encontra uma forma de operar prestando um serviço semelhante ao ofertado pelo incumbente, que, no entanto, não se encaixa perfeitamente nas regras regulatórias já estabelecidas, exercendo assim pressão competitiva e arcando com um regime jurídico menos oneroso. Vale ainda ressaltar que o entrante faz esse movimento seja porque entende que regulação alguma se aplica ao seu serviço – como ocorreu no mercado de transporte individual de passageiros, seja porque argumenta que alguma outra regra regulatória é cabível – como é o caso do SVA e da locação para temporada.

### **3.1. O impacto concorrencial da equiparação de regimes**

Como dito, em regra o argumento apresentado por incumbentes quando se deparam com entradas de concorrentes que não se submetem à regulação típica do setor, mas mesmo assim exercem pressão competitiva, vai na linha de afirmar que é preciso rapidamente corrigir a assimetria regulatória e efetivamente equiparar os regimes, submetendo o entrante às regras já existentes.

A argumentação empreendida pela Claro, tanto no que diz respeito ao Fox+, quanto no que diz respeito ao El Plus, apesar de trazer outras alegações – que vão desde afirmar que o exercício ‘clandestino’ geraria danos ao erário, até que há desrespeito a princípios da comunicação audiovisual – pretende precisamente sustentar essa visão, de que há prejuízos à “competição e à concorrên-

cia justa” por conta da ausência de isonomia regulatória<sup>25</sup>.

Não obstante vários desses argumentos sejam apresentados com a roupagem de preocupação com o consumidor e com a higidez do mercado – por meio de considerações sobre a qualidade dos serviços prestados, ou mesmo com a diversidade de conteúdo – uma reflexão essencial que precisa ser feita e que geralmente é negligenciada trata do impacto concreto de uma eventual equiparação regulatória. As premissas das quais se parte para argumentar por tal equiparação são duas: (i) primeiramente, que só existe aquele modelo de regulação possível, e que portanto a opção é absolutamente binária, ou seja, ou o entrante se enquadra nesse regime tradicional, ou não pode operar no mercado, (ii) além disso, em regra não há qualquer reflexão sobre se o novo bem ou serviço de fato convive com as mesmas falhas de mercado que acometem os incumbentes, e portanto se a regulação existente faz sentido para aquele agente econômico.

Em relação ao primeiro ponto, como o debate Claro/Fox/Topsports bem exemplifica, é possível que existam alternativas regulatórias até mesmo já previstas em lei e que representam um enquadramento factível para o entrante. É preciso, evidentemente, analisar com cuidado quão adequadas são essas alternativas, mas não faz qualquer sentido de pronto afastar o seu cabimento sustentando tão somente que concorrentes precisam, sempre e todas as vezes, submeter-se às mesmas cargas regulatórias dos incumbentes. Afinal, há diversos casos de substitutibilidade imperfeita entre bens e serviços que ainda assim guardam entre si zonas de concorrência, e nem por isso se cogita a equiparação.

A exibição de filmes em cinemas, por exemplo, tem certamente uma zona de concorrência com serviços de *streaming*, assim como com a TV a cabo. Como afirma Vinicius Marques de Carvalho (2019), na verdade toda atividade de lazer disputa em algum grau um mesmo espaço de atenção do consumidor. Esse entendimento, se considerado sob uma ótica de mercados digitais, é ainda mais sólido, na medida em que se multiplicam as alternativas prontamente disponíveis ao consumidor final como forma de entretenimento. Igualmente, o transporte público de passageiros concorre com os serviços de táxi – em maior ou menor medida a depender do contexto, mas especialmente em cidades com fluxo intenso de veículos as alternativas de transporte público têm cada vez mais se apresentado como rivais efetivos do transporte privado, seja por conta de preço, seja por conta da mobilidade.

Além disso, mesmo no escopo de atuação do regulador setorial competente para regular a atividade que recebe a incidência da regulação que gera a assimetria, se a definição de sua competência é dada de forma concreta pela Lei, não poderia, com fundamento exclusivo nas vantagens competitivas geradas pela assimetria, extrapolar o conceito para a nova atividade. No caso concreto da Claro/Fox/Topsports, uma vez demonstrado que o que se submete à necessidade de autorização prévia pela Anatel é a atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado e que o El Plus e o Fox+ não se inserem nesse conceito, cessa a premissa de sua competência. Seria diferente, por exemplo, se a lei não tivesse restringido os conceitos de distribuição e de SeAC como fez, deixando para a Anatel a regulamentação do que se insere nesses conceitos. Neste caso, o debate estaria

25 Mais especificamente, a Claro afirma que os danos à competição e à concorrência justa se dariam pelo suposto descumprimento às regras do art. 5º da Lei do SeAC (BRASIL, 2011). Processo nº 53500.057279/2018-66, SEI nº 3629050 (BRASIL, 2018).



dentro do espectro de exercício de sua competência regulamentar. Mesmo no âmbito do exercício de competência regulamentar, a mera extrapolação do regime do SeAC às OTTs de vídeo poderia ser objeto de questionamento a respeito da proporcionalidade/razoabilidade da medida, tendo em vista que as obrigações impostas podem não se mostrar como os meios adequados a atingir os fins almejados<sup>26</sup>.

Não é esse o caso, contudo. A definição do que se submete à Lei do SeAC não foi delegada à Anatel. Ou seja, o sentimento de injustiça concorrencial do incumbente – por mais que legítimo – não autoriza o seu regulador a reduzir/mitigar a assimetria, sem autorização legislativa específica, extrapolando o mesmo regime para uma atividade ainda alheia a sua competência.

Quanto ao segundo aspecto e à mutação das falhas de mercado, trata-se de um tema de particular relevância no contexto de alterações promovidas em mercados digitais. Como já destacado por Ragazzo e Rodrigues (2013), na medida em que a função da regulação é corrigir falhas de mercado (assimetrias de informação, externalidades negativas etc.), é importante que as suas ferramentas busquem efetivamente atingir tais objetivos – algo que os autores ressaltam nem sempre ocorrer, devido às chamadas falhas regulatórias. Como destacam, porém, uma alternativa que pode se mostrar eficiente tanto para adequadamente endereçar as falhas de mercado quanto para não impor ônus excessivo sob a concorrência quando do desenho das regras é o uso do princípio da proporcionalidade, já que

*a aplicação desse raciocínio é útil no sentido de conter os efeitos anticompetitivos gerados pela regulação, em prejuízo do direito à livre concorrência, fato esse que ocorre com frequência. Não obstante, em havendo eventual necessidade de se restringir a concorrência a fim de que outro bem jurídico seja privilegiado, a observância do princípio da proporcionalidade garante que o direito à concorrência não seja inadequadamente, desnecessariamente ou desproporcionalmente lesado, ou seja, garante que de fato não haja medidas alternativas mais idôneas, menos onerosas ou que garantam uma melhor relação custo-benefício no sentido de alcançar o objetivo visado pela medida restritiva, assim deixando de afetar o ambiente competitivo (RAGAZZO; RODRIGUES, 2013, p. 8)<sup>27</sup>.*

Raciocínio semelhante pode ser feito quando estamos frente ao debate aqui analisado. Se por conta das mudanças tecnológicas as falhas de mercado podem agora ser endereçadas de forma menos onerosa, e dessa forma a concorrência será privilegiada, na medida em que se diminuem as barreiras à entrada naquele setor, é do interesse do mercado e dos consumidores que essa alternativa seja perseguida.

Tratando em concreto do caso Claro/Fox/Topsports, ao menos um debate presente na discussão perante a Anatel revela essa questão, qual seja, a discussão a respeito da aplicabilidade da regra de corte da cadeia de valor. No artigo 5º da Lei do SeAC (BRASIL, 2011) existe uma regra com claro intuito concorrencial, que veda a integração vertical entre empresas produtoras e empacotado-

26 Nesse sentido, destaca-se a inserção recente pela Lei nº 13.848/19 (BRASIL, 2019) no ordenamento jurídico brasileiro da obrigação expressa de as Agências Reguladoras Federais utilizarem-se de ferramentas de análise de impacto regulatório como forma de quantificar os impactos das alternativas estudadas para atingir o objetivo da regulação.

27 Para debates mais profundos sobre falhas de mercado e regulação, vide Stiglitz (2008) e Dempsy (1989).

ras de conteúdo audiovisual (por exemplo, os canais SporTV) e empresas distribuidoras desse conteúdo (por exemplo, a Sky). Conforme longamente debatido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 4679/DF, o objetivo dessa regra é, em atendimento à Constituição, evitar uma monopolização da cadeia do audiovisual e também garantir a diversidade de conteúdo. Conforme ressaltou o Relator do caso, Ministro Luiz Fux:

*Diante desse quadro fático e jurídico, não me parece que o art. 5º, caput e §1º nem o art. 6º, I e II, ambos da Lei no 12.485/11, tenham violado qualquer previsão constitucional. Bem ao revés: as regras proibitivas da propriedade cruzada entre os setores de radiodifusão e de telecomunicações, bem como aquelas impeditivas da verticalização da cadeia de valor do audiovisual nada mais fazem do que, direta e imediatamente, concretizar os comandos constitucionais inscritos no art. 170, §4º e 220, §5º, da Lei Maior, no sentido de coibir o abuso do poder econômico e evitar a concentração excessiva do mercado. Cuida-se, portanto, de regras antitruste que buscam prevenir a configuração de falhas de mercado (monopólios e oligopólios) e a distorção alocativa que lhes é correlata.*

*De forma mediata, as aludidas regras contribuem ainda para promover a diversificação do conteúdo produzido, justamente porque tendem a evitar que o mercado de TV por assinatura se feche, ampliando as fontes de informações disponíveis e o espaço para a manifestação de novos entrantes (BRASIL, 2012).*

Pois bem, a pergunta que merece ser feita é se uma regra como essa faz algum sentido no contexto de serviços como Fox+ e El Plus. Afinal, o produtor do conteúdo é a própria Fox ou a própria TopSports, que oferecem acesso à programação online. Ou seja, a Fox e a TopSports não utilizam uma infraestrutura por elas detida para fazer chegar o serviço ao consumidor final, pois quem faz esse papel é o provedor de internet. Faz sentido dizer, portanto, que as preocupações de integração vertical são fortemente mitigadas, e que impor a essa estrutura de oferta uma separação entre produção e distribuição gera um ônus considerável ao agente econômico sem conseguir atingir o objetivo regulatório pretendido pela norma.

Para além disso, uma consideração adicional que permeia os debates concretos sobre assimetrias regulatórias merece destaque. No mais das vezes, o foco da autoridade regulatória que analisa a questão é decidir se aquela atividade se enquadra ou não naquele serviço regulado, a fim de poder atribuir as consequências imediatas à luz da legislação aplicável. No caso Claro/Fox/TopSports, por exemplo, uma vez que a Anatel entendeu, em sede liminar, que Fox+ e El Plus poderiam ser serviços de acesso condicionado, a decisão foi por conferir uma medida cautelar determinando que os serviços fossem retirados do ar.

Nos parece extremamente grave esse tipo de encaminhamento, não só por conta do seu impacto concreto, mas principalmente por conta da sinalização que transmite ao mercado. Uma empresa que oferece um serviço inovador e que, portanto, quase que necessariamente não se enquadra de forma perfeita em regras pré-existentes, é fortemente desencorajada de continuar investindo em novos produtos na medida em que a postura do poder público face a uma situação como essa é a de proibir a sua operação no mercado, a menos que ela se molde ao regime tradicional. Evidente que isso não corresponde a dizer que há uma carta branca para que qualquer empresa decida operar de forma efetivamente clandestina no mercado, ignorando completamente as obrigações legais a que

está submetida. Queremos apenas ressaltar que, num cenário de incerteza, o caminho da proibição parece excessivo e contrário aos interesses da coletividade. Até porque o resultado desse tipo de atuação raras vezes é a “adequação” do entrante às regras-padrão, e sim sua saída do mercado, o que é danoso para a concorrência como um todo e naturalmente maléfico para o consumidor final<sup>28</sup>.

Um caso recente demonstra o que pode ocorrer quando o poder público opta por forçar os entrantes a se submeterem a regras que aquela empresa considera excessivas e despropositadas. A empresa Lime, focada em micromobilidade urbana, anunciou em janeiro de 2020 sua saída do mercado brasileiro após seis meses de operação. Ainda que provavelmente a causa da saída seja múltipla, e esteja atrelada à sustentabilidade financeira geral da companhia, um fator que sem dúvida impactou a atividade da empresa foi a regulamentação expedida na cidade de São Paulo, considerada extremamente onerosa. Uma das regras do decreto municipal exarado determina que as operadoras podem ser responsabilizadas objetivamente caso algum usuário descumpra as normas determinadas pela Prefeitura, colocando sob o ente privado o ônus de fiscalização de todos os usuários que façam uso do serviço (REGRAS..., 2019). A medida é claramente desproporcional e despropositada, já que é meramente impossível que as empresas efetivem essa obrigação e, mais que isso, altamente questionável que elas devam tutelar seus usuários dessa forma.

Esse entendimento e a necessidade de reflexão sobre o impacto das decisões está também em linha com a Lei nº 13.874/19, conhecida como a Lei de Liberdade Econômica (BRASIL, 2019). A norma determina que os princípios que norteiam sua aplicação são quatro:

*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 (BRASIL, 2019).*

Para além disso, estabelece como uma das garantias de livre iniciativa (art. 4º, 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” (BRASIL, 2019).

Ou seja, é patente nesse diploma a preocupação com a regulação excessivamente restritiva e também com a interpretação sobremaneira limitadora da inovação. Novamente, essa não é uma carta branca para atuação de qualquer empresa de qualquer forma, mas uma orientação para o intérprete e para o formulador da legislação futura, que deve se preocupar não apenas com o debate regulatório em concreto, mas sempre ter um olhar voltado aos impactos que aquela decisão trará ao ambiente competitivo como um todo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulação de novas tecnologias não é tarefa simples, seja porque a compreensão exata do alcance e dos impactos dessas inovações é incerto, seja porque o embate gerado entre incumbentes

28 Esse debate guarda relação com as discussões a respeito de eficiência dinâmica e concorrência. Vide, entre outros: Ellig (2001) e Lemley (2011, p. 638-651).

e entrantes quanto ao cabimento de regimes jurídicos é intenso.

O enfrentamento da questão, no entanto, não pode se restringir a uma decisão sobre se determinadas regras devem ou não ser estendidas aos entrantes, sem que uma reflexão cuidadosa sobre o tema seja levada a cabo. O endereçamento de embates como esse tem um impacto significativo no ambiente competitivo como um todo, além de fornecer sinalizações relevantes para possíveis agentes interessados em desenvolver novos bens e serviços.

Essa questão fica clara, por exemplo, no caso Claro/Fox/Topsports estudado neste trabalho. No caso concreto, saber se os serviços do El Plus e Fox+ se enquadram como distribuição por meio do serviço de acesso condicionado (o SeAC), e, portanto, devem cumprir com todas as determinações impostas pela Lei nº 12.485/11 é apenas parte da questão. Essa resposta permite ao regulador decidir se o serviço deve ou não ser de pronto suspenso, mas não endereça o tema por completo. Afinal, ainda é preciso saber se há regras regulatórias outras que regem a atividade, ou se ela é efetivamente um serviço desprovido de regulamentação específica.

Em concreto, a dúvida seria se o SVA é efetivamente o regime regulatório cabível. A definição de SVA trazida pela LGT parece ter o propósito de diferenciar entre um agente que explora um serviço de telecomunicações e um agente que não explora um serviço de telecomunicações, mas que precisa deste serviço para desempenho de suas atividades e que, portanto, dela usufrui como usuário da rede. No entanto, apesar dessa definição mais conceitual usualmente apresentada, o art. 61 da LGT também define que as novas utilidades providas pelos SVAs são “*relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações*”, o que também não parece acomodar o tipo de serviço prestado por plataformas de *streaming* como a El Plus e a Fox+.

A tentativa de subsunção à definição de SVA do art. 61 da LGT se justifica por uma questão de estratégia argumentativa do litígio em questão, por ser mais seguro enquadrar-se em uma categoria já definida do que constatar que o modelo de negócios em questão nunca fora tratado anteriormente pela legislação, principalmente quando a categoria definida direciona o regime para um espaço próximo à desregulamentação. Ou seja, estrategicamente, melhor defender que o ordenamento jurídico já conhece o modelo de negócios e optou por não o submeter a regras tão rígidas quanto às do SeAC, mas sim a um regime alternativo já bem definido, que apontar, no contexto de uma disputa em concreto, a possível incerteza em relação ao tratamento daquela atividade.

Contudo, como já destacado, não é incomum que a inovação tecnológica acabe por configurar um serviço que de fato não se enquadra perfeitamente em qualquer regime já existente, e que tanto soluciona falhas de mercado pretéritas, quanto leva a outras preocupações que ainda precisam ser endereçadas. Nesse sentido, vale destacar que a Anatel deu início em 2019 a uma tomada de subsídios<sup>29</sup> a fim de analisar o regime jurídico da assim chamada “*oferta de televisão linear por assinatura na Internet (TVLai)*”. O tema teve seu julgamento iniciado em 2020, sendo que dois conselheiros já se manifestaram afirmando entender que o serviço deve ser configurado por SVA, mas também reconhecendo a assimetria regulatória existente entre TVLai e SeAC e “*a consequente necessidade de redução do peso regulatório imposto ao SeAC*” (BRASIL, 2020). A análise caminha no sentido contrário da cautelar anteriormente deferida e inclusive contribuiu para que tal cautelar fosse efetivamente

29 Processo nº 53500.022476/2019-45 (BRASIL, 2019).

revogada pelo presidente da agência, ainda que uma decisão final não tenha sido exarada pelo regulador.

Assim, fica evidente a necessidade de um debate de *policy* sobre se e como regular esses serviços. No que diz respeito às plataformas de OTT de vídeo, o debate vem de fato ocorrendo tanto no Congresso Nacional<sup>30</sup> quanto pelas agências especializadas. Para além dos movimentos observados na Anatel, a Ancine elaborou estudo sobre os serviços de vídeo sob demanda, afirmando expressamente fazê-lo pois:

*Herdeiro das expressivas mudanças tecnológicas e comunicacionais das últimas décadas, o VoD conquista espaços no mercado audiovisual, seja pelos recursos e tempo a ele dedicados pelos usuários, pelos investimentos publicitários das empresas, pelas disputas em torno das marcas e conteúdos audiovisuais ou pelas reações que provoca nos concorrentes. 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 (ANCINE, 2019, p. 1).*

Há, portanto, um processo de aprendizado a ser vivido pelos reguladores, sejam eles setoriais ou antitruste, sobre como regular esses novos modelos, que, como destacado pela Ancine, desafiam o modelo regulatório estruturado. Vale assim considerar que, provavelmente, o ideal no médio prazo para endereçar da melhor forma possível esse tipo de inovação é (i) melhor compreender o produto ofertado, (ii) estudar quais são seus reais impactos no mercado, se cria novas falhas de mercado e quais das antigas resolve, e (iii) buscar desenvolver novas ferramentas regulatórias<sup>31</sup> que efetivamente conversem com esse novo modelo, de forma a permitir o pleno desenvolvimento de suas eficiências e a endereçar seus eventuais problemas.

Há que se cuidar, contudo, para que esse processo – normal e necessário – de análise e aprendizado pelos reguladores não leve a uma situação de perpetuação da inação, à “paralisia por

30 Há diversos Projetos de Lei que pretendem alterar a Lei do SeAC tramitando no Congresso Nacional, além do PLS 57/2018, que pretende definir o marco regulatório do VoD brasileiro, a exemplos dos PL n.º 4389/2019, do PL 5645/2019 e do PL 4292/2019.

31 Nesse sentido, vale a menção à perspectiva apontada por Baptista e Keller (2016, p. 147), que enxerga também a regulação como uma tecnologia, como uma ferramenta, alertando para o fato de que para regular, é preciso que o regulador tenha um acervo de informações disponíveis minimamente relevante a conhecer o objeto regulado: “A partir do momento em que a regulação pode ser entendida como um conjunto de técnicas direcionadas à adaptação das atividades econômicas, conforme o objetivo de restringir ou ampliar determinados resultados, identifica-se nela a existência de uma lógica tecnológica. Considerando ainda que tal lógica se revela diante de um determinado objetivo (representado por um interesse público específico), há uma série de técnicas regulatórias das quais o poder público pode dispor para atingir seus fins. Licenças negociáveis (tradable permits), franquias, comercialização de emissões (emissions trading) e a própria regulação estatutária são exemplos de mecanismos que, em conjunto, compõem um corpo de ferramentas técnicas que servem à intervenção estatal na economia. Trata-se de um sistema propriamente dito, dotado de uma série de ferramentas hábeis a influenciar as atividades econômicas e sociais para que produzam o resultado desejável. Nesse sentido, o processo regulatório, em si, de fato, funciona como uma tecnologia”.

análise”<sup>32</sup>. Transparência, debate público, análise de alternativas e quantificação de impactos são aliados importantes no processo de chegada a uma solução que atinja os objetivos de regular as falhas existentes sem, contudo, inibir o desenvolvimento da nova atividade e a inovação<sup>33</sup>.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINI, Renata. Melhor que proibir o Uber é fortalecer os taxistas, diz chefe do Cade. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 12 jul. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2ULBwgA>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ALEXIADIS, Peter; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Competing Architectures for Regulatory and Competition Law Governance**. Fiesole: European University Institute, 2019.

ANCINE. Vídeo sob Demanda. Análise de Impacto Regulatório. 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. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3pWT5ZM>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3lMuqEH>. Acesso em: 3 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/36XaqJs>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2ISomft>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lDzWcN>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://bit.ly/3nCPNZA>. Acesso em: 12 jan. 2020.

32 Como alertam Baptista e Keller (2016, p. 146) “agentes de Estado lidando com novas tecnologias correm o risco de “paralysis by analysis” (em tradução livre, “paralisia por análise”, que é a possibilidade de a espera pelo momento adequado de intervir acarretar inércia regulatória e consequente omissão. Postergar a intervenção regulatória, ainda que por um prazo determinado, é postergar também seus efeitos benéficos e arriscar a perpetuação de situações de injustiça ou a produção de resultados indesejados ou menos eficientes”.

33 Como observado por Godlovitch (EUROPEAN PARLIAMENT, 2015, p. 20), uma dificuldade ainda importante e presente é como situar os serviços prestados pelas OTTs de vídeo em comparação com os serviços de TV a Cabo, por exemplo, dadas todas as diferenças existentes em termos de controle de rede (um através de rede própria ou de terceiros e o outro através da rede pública, sem possibilidade de controle do meio de entrega) e a enorme flexibilidade de serviços que podem ser oferecidos pelas OTTs de Vídeo, Ou seja, mesmo a constatação de se tais serviços são substitutos não é uma tarefa trivial. Este ponto também é apontado no relatório da ANCINE que motiva a abertura da audiência pública sobre o tema.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Análise Nº 84/2020/VA**. Processo nº 53500.022476/2019-45. Interessado: Prestadoras de Serviços de Telecomunicações. Brasília, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kP4Oph>. Acesso em: 11 jan. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Informe Nº 242/2019/CPRP/SCP**, Processo nº 53500.022573/2019-38. Interessado: Claro S.A. – Claro. Brasília, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2l-T01pL>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Processo Administrativo nº 53500.056473/2018-24**. Interessados: E. L. Garcia Ltda. – EPP, FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA [...] MOTION PICTURE ASSOCIATION AMÉRICA LATINA. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2ITzQiq>. Acesso em: 11 jan. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Processo Administrativo nº 53500.057279/2018-66**. Interessados: E. L. Garcia Ltda. – EPP, TOPSPORTS VENTURES LTDA, [...] Associação Brasileira de Rádio e Televisão - ABRATEL. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/35MUwBT>. Acesso em: 14 jan. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 581, de 26 de março de 2012**. Aprova o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) bem como a prestação do Serviço de TV a Cabo (TVC), do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e do Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA). Brasília: Anatel, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3fmTGz2>. Acesso em: 6 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4679 DF**. Relator: Ministro Luiz Fux, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/32XXj9B>. Acesso em: 10 jan. 2020.

CARVALHO, Vinicius Marques de. Inovação e regulação pró competitiva: Propostas regulatórias não devem prescrever uma uniformidade cega às diferentes naturezas jurídicas dos diversos modelos de negócio. **Jota**. 2 maio 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lSGV1G>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CORTEZ, Nathan. Regulating Disruptive Innovation. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 29, n. 175, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3lN8dGy>. Acesso em: 3 jan. 2020.

DEMPSY, Paul Stephen. Market Failure and Regulatory Failure as Catalysts for Political Change: The Choice Between Imperfect Regulation and Imperfect Competition. **Washington and Lee Law Review**, v. 46, n. 1, 1989. Disponível em: <https://bit.ly/3lLXEDv>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ELLIG, Jerry (ed.). **Dynamic Competition and Public Policy**: Technology, Innovation, and Antitrust Issues. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

EUROPEAN COMMISSION. Digital Services Act package: ex ante regulatory instrument of very large online platforms acting as gatekeepers. [S. l.]: European Commission, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3pNMZuE>. Acesso em: 10 nov. 2020.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Over-the-Top players (OTTs)**: Study for the IMCO Committee. [S. l.]: European Parliament Publications Office, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3ffdcgB>. Acesso em: 6 jan. 2020.

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

em: <https://bit.ly/2UHenMn>. Acesso em: 11 jan. 2020.

HOUSE OF REPRESENTATIVES. **Investigation of Competition in Digital Markets**. Washington: Subcommittee on antitrust, commercial and administrative law of the committee on the judiciary, 2020. Disponível: <https://bit.ly/39e7UkP>. Acesso em: 11 nov. 2020.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and the Regulatory Enterprise. **Columbia Business Law Review**, v. 2004, n. 2, p. 335-377, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3pJQlic>. Acesso em: 12 nov. 2020.

LEMLEY, Mark A. Industry-Specific Antitrust Policy for Innovation. **Columbia Business Law Review**, v. 2011, n. 3, 2011, pp. 638-651. Disponível em: <https://stanford.io/32Zlowx>. Acesso em: 12 nov. 2020.

“O AIRBNB é uma concorrência desleal com os hotéis”, diz fundador da CVC e presidente do Grupo GJP Hotéis. **ISTOÉ Dinheiro**. 15 set. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/38XiL2d>. Acesso em: 12 jan. 2020.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Parecer apresentado no Processo Administrativo ANATEL nº 53500.057279/2018-66. 2019.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RODRIGUES, Eduardo Frade. Proporcionalidade e melhora regulatória dos serviços de táxi. **Revista do IBRAC**, v. 22, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3pIC31h>. Acesso em: 12 jan. 2020.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso de. Regulação e novas tecnologias: verticalização das OTTs de Vídeo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 37, p. 200-218, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3lOjq9F>. Acesso em: 10 jan. 2020.

REGRAS para patinetes em SP começam a valer, com limite de velocidade. **Exame**. São Paulo, 30 out. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3nFSXf2>. Acesso em: 12 jan. 2020.

STIGLITZ, Joseph E. **Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation**. [S. l.: s. n.], 2008. Disponível em: <https://bit.ly/35Npzh4>. Acesso em: 10 nov. 2020.

TAXISTAS de Ribeirão reclamam de crise e concorrência desleal do Uber. **G1 Ribeirão Preto e Franca**. 20 jan. 2017. Disponível em: <https://glo.bo/2Hkvq3W>. Acesso em: 12 jan. 2020.