

INTRODUÇÃO

Operadoras, TVs por assinatura e emissoras de Televisão, que são veículos típicos de telecomunicação, perfeitamente enquadrados e regulamentados pela Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº. 9.472/1997 são diuturnamente submetidos a várias obrigações – regulatórias, consumeristas, trabalhistas e fiscais, fundamentalmente – por parte de todos os Entes Federados e da população em geral, para que a qualidade, segurança, valorização da Nação e as respectivas obrigações trabalhistas e fiscais sejam viabilizadas e adimplidas, de sorte a se atingir sua função social.

Com o avanço tecnológico e a maior e melhor estruturação dos serviços de banda larga, no mundo e no Brasil ganham espaço os serviços oferecidos sob demanda, pela internet, sem que o fornecimento direto seja por intermédio de operadora de telecomunicações.

São os denominados serviços “Over The Top”, cuja sigla que se popularizou no Brasil e no mundo é OTT. São oferecidos diretamente ao cliente por meio da internet, em seus dispositivos a ela conectados, permitindo acesso em qualquer lugar, a qualquer tempo, a todo o conteúdo que se desejar.

Tal expressão, “Over The Top, é alusiva ao termo cunhado durante a Primeira Grande Guerra Mundial (1914 à 1918) significando a necessidade de se passar por cima da trincheira para se atacar o inimigo, colocando-se em terra perigosa, sem regras e além dos limites (esta última a tradução livre do termo “Over The Top”).

Devem-se distinguir os serviços de Vídeo On Demand, cuja sigla popular é VODs, dos Over The Tops, embora aqueles também se enquadram na categoria sob demanda (como todos aqueles que permitem ao usuário determinar o momento de sua fruição). A distinção é que os Over The Tops, além de serem também sob demanda, não se utilizam de meios convencionais para a sua transmissão (normalmente são transmitidos via internet).

A mais popular operadora de serviços Over the top no mundo é a NETFLIX, que veicula conteúdo em vídeo (filmes e seriados de TV) online, a qualquer hora e lugar, desde que se disponha de um player conectado à internet.

A mencionada gigante da internet, objeto de nosso trabalho, já contava, em 2014 (conforme dados levantados pela Infobase Interativa), com 53 milhões de usuários, os quais já consumiam mais de 1 bilhão de horas de conteúdo mensalmente. (PROXIMA, 2014).

Salta aos olhos, pois, a expressividade deste novo modelo de negócio, sua popularidade, bem como o seu grande potencial de alteração no mercado de telecomunicações do Brasil e do mundo. Positivamente, com a forte tendência de inibir a pirataria online. Ou

negativamente, em razão de concorrer, sem igualdade de condições, com as empresas convencionais de telecomunicação, especialmente no que toca às questões regulatórias e fiscais.

Ambos os pontos serão tratados no decorrer do artigo, tendo-se como foco o mercado nacional, mas com reflexos nos exemplos internacionais.

DESENVOLVIMENTO

A questão fiscal e o Projeto de Lei Complementar nº. 366/2013.

Até o presente momento, as operadoras de serviços Over The Top, no Brasil, não possuem enquadramento jurídico, o que faz com que a submissão tributária seja praticamente nula. Tais empresas não possuem expressivas sedes no País, não dispõem de complexos centros de transmissão, já que todo o conteúdo é transmitido via internet, e, por via de consequência, contam com a ajuda de poucos empregados aqui contratados.

Por outro lado, também resultante da falta de regulamentação, a natureza jurídica do negócio ainda não está bem definida, fato que, até o momento, as isenta do recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza-ISS.

Essa reduzidíssima estrutura para a formatação do negócio representa um dos fatores determinantes de seu sucesso. Por outro lado, é o maior alvo de críticas, já que pouco fomenta a economia local, não gera empregos e não arca com valores significativos a título de tributos.

Como um lampejo, o Projeto de Lei Complementar nº. 366/2013, já aprovado na Câmara dos Deputados, prevê a incidência do Imposto de competência Municipal sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) em relação às operações realizadas pelos denominados serviços Over The Top, especialmente o NETFLIX.

Inicialmente, há que se chamar a atenção ao termo serviços, justamente o componente nuclear da hipótese de incidência tributária do Imposto sobre serviço, e o responsável por definir a subsunção – ou não – do negócio desenvolvido pelo NETFLIX à norma tributária em questão.

Feito tais esclarecimentos iniciais, salta aos olhos que a pedra de toque que separa tal legislação insurgente da possível mácula da inconstitucionalidade, será o enquadramento do negócio no conceito de serviço, já que o art. 156, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988-CF/88, traz a competência municipal para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza.

Temos que responder, pois, à seguinte pergunta: os “Serviços Over The Top”, e o NETFLIX, portanto, são, de fato, serviços?

Num primeiro momento, poderíamos afirmar se tratar de prestação de serviços de informática, como por exemplo, a transmissão de sinal de internet. Todavia, no específico caso do NETFLIX, a internet é, apenas, um meio, um canal por meio do qual são transmitidos sinais que viabilizam o acesso a dados – vídeos – em tempo real.

O modelo do negócio viabilizado pelo NETFLIX, portanto, apenas concede a seus assinantes acesso a conteúdos específicos armazenados em seus servidores, o que se aproxima de uma locação virtual de cada um dos conteúdos, por meio do pagamento de mensalidade fixa.

Ocorre que pensar desse modo necessariamente afastaria tal atividade da incidência do tributo municipal estudado, eis que o Supremo Tribunal Federal, em sede de Enunciado de Súmula Vinculante nº. 31, chancelou ser “(...) *inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.*”

Para o STF, o ato de locar não perfaz as características da prestação de um serviço, já que unicamente se disponibiliza algo, sem se realizar qualquer prestação positiva em favor de alguém.

Não parece ser este o caso do NETFLIX, uma vez ser possível a todos os usuários o acesso ao mesmo conteúdo, ao mesmo tempo.

Em sentido contrário, podemos afirmar se tratar de um serviço específico, *sui generis*, consistente, justamente, em disponibilizar conteúdo de áudio e vídeo para seus assinantes por meio de uma plataforma virtual.

O Imposto sobre Serviço tem sua regulamentação assentada na Lei Complementar nº. 116/2013, segundo a qual o tributo tem como fato gerador a prestação de serviços constante de lista anexa a seu próprio texto, a qual, com nítida natureza exaustiva, depende de nova lei complementar para a inclusão de novos serviços.

Para tanto, na tentativa de regulamentar, no aspecto fiscal, a atividade de empresas tais como a NETFLIX, busca-se, conforme já comentado, a ampliação do rol de serviços constantes da Lei Complementar nº. 116/2013, fazendo com que ela passe a trazer a hipótese de incidência do imposto quando se estiver diante da prestação de serviços consistentes na “*disponibilização de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto em páginas eletrônicas, exceto no caso de jornais, livros e periódicos*” (Projeto de LC - nº. 366/2013).

Ainda com relação à tributação de empresas de streaming de dados (tecnologia que envia informações multimídia por meio da transferência de dados via internet),

especialmente cinematográficos como a NETFLIX, a Agência Nacional do Cinema (ANCINE) entende que haverão de pagar a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (CONDECINE), tributo criado em 2001 pelo advento da MP nº. 2228-1 (alterada pela Lei nº. 12.485/2001), que tem como hipóteses de incidência a veiculação, produção, licenciamento e distribuição de obras cinematográficas e videofonográficas com fins comerciais. Vejamos o teor do art. 32 da MP nº 2228-1/2001, com redação alterada pelo art. 26 da Lei nº. 12.485/2001:

Art. 32. A Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional - Condecine terá por fato gerador:

I - a veiculação, a produção, o licenciamento e a distribuição de obras cinematográficas e videofonográficas com fins comerciais, por segmento de mercado a que forem destinadas;

II - a prestação de serviços que se utilizem de meios que possam, efetiva ou potencialmente, distribuir conteúdos audiovisuais nos termos da lei que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado, listados no Anexo I desta Medida Provisória;

III - a veiculação ou distribuição de obra audiovisual publicitária incluída em programação internacional, nos termos do inciso XIV do art. 1º desta Medida Provisória, nos casos em que existir participação direta de agência de publicidade nacional, sendo tributada nos mesmos valores atribuídos quando da veiculação incluída em programação nacional.

Portanto, salta aos olhos que os serviços Over The Top, necessitam de regulamentação, e essa tenderá a asseverar (na realidade, criar) um sistema tributário próprio e apropriado à nova modalidade da indústria cinematográfica.

Já existem exemplos interessantes nesse sentido em outros Ordenamentos Jurídicos, e pode-se citar como exemplo a Cidade de Chicago, nos Estados Unidos, que passou a adotar um novo imposto para serviços na nuvem, o denominado imposto da nuvem, cuja alíquota é de 9% (nove por cento) sobre as diversões entregues eletronicamente, tais como os vídeos. Este é cumulado com o imposto de venda, que o NETFLIX e outros serviços já arcam em muitos estados dos EUA. (TERRA, 2015)

No mesmo sentido, o Governo Australiano vem taxando os serviços de streaming online em 10% (dez por cento), o qual se convencionou chamar de "Imposto NETFLIX". (EXAME, 2015).

Por fim, tanto no Brasil quanto na Europa, nos últimos anos, tem sido discurso comum entre os operadores de TV por assinatura o protesto por mais regulação e condições regulatórias menos assimétricas de competição com os operadores Over The Top (OTT),

como NETFLIX e similares. Criticam, especialmente, as exigências e tributos impostos ao setor em desconformidade (e desigualdade) com o tratamento dispensado às empresas que operam sob demanda, o que gera afronta à livre concorrência e ao princípio da igualdade, especialmente no aspecto tributário.

A tributação de um Estado há que se pautar pela neutralidade e equidade, garantindo-se que alterações na tributação não tragam distorções e desequilíbrios concorrenciais, como nos casos da guerra fiscal, da sobrecarga tributária setorial e da informalidade. A esta realidade se convencionou chamar de Constituição Econômica, que pode ser entendida como um conjunto de preceitos jurídicos que, resguardando os pilares definidores de um dado sistema econômico, cria uma forma de organização e funcionamento da economia e constituem uma determinada ordem econômica. (FARO; ROCHA, 2015).

Neste particular, urge notar que a CF/88, em seu art. 170, institui a Ordem Econômica e Financeira e materializa os Princípios Gerais da Atividade Econômica, determinando os fundamentos da ordem econômica como o trabalho humano e a livre iniciativa, bem como suas finalidades de assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, observando-se os princípios de soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego.

Fica muito claro, pois, que no caso das Over The Tops há nítida falta de neutralidade tributária, provocando no mercado distorções sobre a oferta, a demanda e os preços, fazendo com que se torne um elemento fundamental nas decisões e disputas econômicas e constituindo significativo desequilíbrio para o sistema econômico.

Por tais motivos, o problema se torna mais nítido, eis que não se trata de discussão em tese, pois esta modalidade de serviço já é uma realidade no Brasil e no mundo. Segundo pesquisa realizada pela consultora Frost & Sullinvan – "Over-the-top Video Services Market in Latin America" (2014) –, a demanda deverá aumentar, consideravelmente, até 2018, devido ao crescimento no número de dispositivos com essa tecnologia, sendo que o número de assinantes poderá chegar a 12,7 milhões, em comparação com os 3,2 milhões em 2013.

Com relação aos valores envolvidos, estima a pesquisa que entre 2013 e 2018 a receita deste mercado aumentará de US\$ 96 milhões para US\$ 783 milhões.

Como se não bastassem os valores envolvidos, a alta disponibilidade, o acesso ilimitado a filmes e seriados e os baixos valores das mensalidades têm atraído os consumidores e chamado a atenção das gigantes do mercado cinematográfico, que, ao mesmo

tempo que tentam se reinventar, levantam a bandeira de afronta à livre a concorrência em face da ausência de tributação e regulação das empresas operadoras de serviços OTT.

O princípio da livre concorrência tem como escopo garantir aos agentes econômicos a oportunidade de competirem no mercado de forma equânime, de modo que a ideia de conquista de mercado e de lucratividade deva estar atrelada a motivos jurídico-econômicos lícitos (inovação, oportunidade, eficiência etc.) e não serem decorrentes de hipóteses de abuso do poder econômico.

Não por outro motivo, assume o Estado a tarefa de estabelecer um conjunto de regras com vistas a garantir a competição entre as empresas, evitando as práticas abusivas e mantendo a coerência do sistema.

Do ponto de vista histórico, valendo-se dos ensinamentos de Paula A. Forgioni (2008, p. 94), pode-se afirmar que a tutela da concorrência no Brasil operou-se em momentos distintos de acordo com o ambiente político-econômico atuante na economia. Forçoso concluir, portanto, que o tema tratado no presente trabalho certamente inaugura uma nova fase, na qual a proteção à livre concorrência é global e não apenas local, devendo lançar seus regulamentos em um território ainda com pouca (ou nenhuma) regulamentação: a internet. Resumidamente, são os períodos demarcados pela autora:

1. Momento fiscalista: do período colonialismo até a transferência da Coroa para o Brasil em 1808, tempo em que vigorava política fiscalista, quando então se buscava apenas a renda dos impostos decorrentes das atividades comerciais aqui existentes. Marcado pela inexistência de concorrência.

2. Momento da orientação econômica e social: com a vinda da Família Real ao Brasil, teve início um período de transformações sociais e econômicas, marcadas pela liberação dos portos aos Estados estrangeiros aliados, remanescendo, todavia, a vinculação a Portugal. Foi a época da criação do Banco do Brasil. A intervenção estatal no domínio econômico era marcante, considerando que até a produção era controlada pelo Estado. Marcada pela concorrência limitada.

3. Momento Pós-independência: com o advento da independência, teve início um ambiente propício para o desenvolvimento liberal da economia, o que proporcionou a concentração de capitais, mas mantendo-se a intervenção estatal. A concorrência era ainda limitada, mas já se descobria que a livre concorrência era essencial ao desenvolvimento do País.

4. Período interventivo: com a crise americana de 1929, repercutindo no Brasil na década de 30, a intervenção do Estado na economia passou a ser significativa. No período, entretanto, não houve qualquer lei que regulasse o processo competitivo.

5. Início da regulação do antitruste: surgem cogitações a respeito da proteção à concorrência com a edição do Decreto-Lei nº 7.666/45 (Lei Malaia, que criara a Comissão de Defesa Econômica), por meio do qual a regulamentação ao abuso do poder econômico tomou forma específica e sistemática. Tal lei deu ao Governo poderes para intervir em qualquer negócio que lesasse o interesse nacional.

6. O sistema brasileiro atual do antitruste: atualmente, a livre concorrência é princípio fundamental da ordem econômica, significando a franca possibilidade de os dirigentes econômicos poderem/deverem atuar visando a sua defesa e manutenção.

Sendo assim, diante das peculiaridades do cenário atual, se inicia uma nova fase de proteção à livre concorrência, por meio da qual se deve buscar sua proteção de forma globalizada, já que com a rede mundial de computadores e sua consequente possibilidade de transmissão de dados de maneira instantânea, de qualquer lugar do mundo e sem qualquer restrição, o estado de proteção deve subir um degrau, alcançando, entendendo e regulamentando novos negócios levados a efeito via internet, sob pena de compactuar com flagrantes e diuturnas afrontas aos princípios constitucionais erigidos pela CF/88 como fundamentos da Ordem Econômica Nacional.

O Direito Regulatório no Brasil.

É inegável que o Estado Brasileiro – outrora concebido como o grande provedor, o Estado Máximo – tem passado, desde o final do século passado, por uma profunda transformação, e todas as concepções até então vigentes quanto ao papel que lhe cabe desempenhar caem por terra, ganhando espaço teorias de descentralização e de redução da presença do Estado.

Surgem, assim, ideias como terceirização, privatização, publicização, dentre outras medidas tendentes a reduzir o tamanho do Estado, e por consequência, a necessidade de fortalecimento das funções reguladoras, fiscalizadoras e fomentadoras deste Estado, agora não mais produtor e prestador, mas sim, regulador e fiscalizador. O Estado cede à função de explorador da atividade econômica e toma seu lugar na fiscalização e regulação dos serviços prestados por entes privados, concessionários ou permissionários de serviços públicos.

Igualmente, o Estado e a Administração Pública se modernizam e se desburocratizam, fazendo com que a eficiência e a capacidade gerencial sejam os objetivos a serem buscados e, na medida do possível, alcançados.

Neste cenário em que o Estado Brasileiro se reinventa e redefine seu papel, agora como agente normativo e regulador, surgem as Agências Reguladoras, especialmente criadas para fiscalizar a prestação de serviços públicos praticados pela iniciativa privada, as quais, além de controlar a qualidade na prestação do serviço, regulamentam o setor. (GROTTI, 2006). Nas palavras de Dirley da Cunha Jr.:

A agência reguladora foi concebida para exercer a disciplina e o controle administrativo sobre os atos e contratos que dizem respeito à prestação de um serviço público específico, cumprindo-lhe a função de regulamentar esta prestação.

Tais Agências, com natureza de autarquias de regime especial, são pessoas jurídicas de direito público, dotadas de amplo poder normativo, especialização temática e autonomia em relação aos três poderes do Estado. Seus dirigentes são submetidos a investidura especial, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. Com mandato fixo, somente podem perder o cargo em caso de renúncia, condenação judicial com trânsito em julgado ou processo administrativo disciplinar, conforme disciplina expressa nos artigos 5º, 6º e 9º da Lei nº. 9.986/2000.

Os “amplos poderes” das Agências Reguladoras, todavia, sofrem limitação, especialmente no tocante ao poder normativo em face do princípio constitucional da legalidade, já que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, em sede de liminar na ADI nº. 1668/DF (cujo objeto são dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações), esse poder sofre limitações constitucionais e legais, podendo se fazer valer, apenas, no campo regulamentar, sempre observando a primazia do princípio da legalidade.

Nota-se que inexistente controle de subordinação ou hierárquico em face das Agências Reguladoras, apenas uma tutela administrativa quanto aos seus fins e pertinência quanto à matéria; já em relação à tutela jurisdicional, essa mencionada independência se limita ao mérito administrativo, permanecendo possível, como não poderia deixar de ser, o controle da legalidade de seus atos.

As Agências Reguladoras são regidas pelas normas que as criam, mas algumas, tais como a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, que nos interessa pelo tema da pesquisa, contam com assento constitucional. Veja-se o teor do dispositivo:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

Portanto, é de competência da União a exploração – direta ou mediante concessão ou permissão – dos serviços de telecomunicações, ficando sob os auspícios de norma regulamentadora, fundamentalmente, a organização dos serviços e a criação de órgão regulador, como já mencionado, a Agência Nacional de Telecomunicações.

Criada pela Lei nº. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), a Agência Nacional de Telecomunicações foi a primeira agência reguladora a ser instalada no Brasil, em 5 de novembro de 1997. Com a natureza de autarquia federal de regime especial, está vinculada ao Ministério das Comunicações, mas preserva sua independência administrativa e autonomia financeira.

Dentre as atribuições da Agência, destacam-se: implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações; exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade); bem como promover o desenvolvimento das telecomunicações do País de modo a dotá-lo de uma moderna e eficiente infraestrutura de telecomunicações, capaz de oferecer à sociedade serviços adequados, diversificados e a preços justos, em todo o território nacional. (ANATEL, 2015).

Neste ponto, salta aos olhos o frontal enquadramento da Agência Nacional de Telecomunicações nas discussões acerca da necessidade de regulamentação dos serviços Over The Top, não obstante a atual gestão da Agência ter posicionamento claro quanto à falta de competência técnica para regular as Over The Tops. Nas palavras do seu Presidente, João Rezende, "A dúvida jurídica é que eu acho que não temos instrumentos para regular aplicativos, Over The Tops. Isso em termos de conteúdo, serviços prestados. Vamos até a estrutura de rede". (TELETIME, 2015).

Em caminho contrário, a Federal Communications Commission (FCC), órgão regulador dos serviços de telecomunicações nos Estados Unidos, recentemente inseriu a internet no campo das telecomunicações, regulamentando a neutralidade da rede nos Estados Unidos, classificando-a como serviço de radiodifusão. Tal decisão foi bem vista pelo conselho do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), mas as diferenças que existem entre a

realidade brasileira e a norte-americana são muitas, especialmente pelo fato de a Lei Geral das Telecomunicações (LGT) separar os serviços de telecomunicações e de valor adicionado, e a Norma 4 da agência, aparentemente, confirmar tal distinção. Cite-se o teor do art. 61 da Lei nº. 9.472/1997:

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.

Com relação ao tema, estão em pauta de julgamento do STF as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), de Relatoria do Exmo. Min. Luiz Fux, propostas contra a Lei n. 12.485/2011 – *Lei da TV por assinatura – Marco Legal da TV por assinatura*. Esta Lei trata dos serviços de comunicação social de acesso condicionado (SEAC); são elas ADI nº. 4679, proposta pelo Partido Democratas (DEM), a ADI nº. 4756, da Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA), a ADI nº. 4747, da NEOTV e a ADI nº. 4923, da Associação das TVs em UHF, e a ADI nº. 4703, da Associação dos Canais Comunitários.

As Ações em comento discutem algumas restrições e regulações pertinentes às TVs por assinatura, especialmente relativas (i) à propriedade cruzada e à propriedade vertical das empresas de telecomunicações e empresas concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens; (ii) à distribuição obrigatória dos canais de TV comercial por radiodifusão (TV aberta); (iii) às cotas de conteúdo brasileiro na programação da TV por assinatura; (iv) às regras de transição do regime de outorgas por concessão para o modelo de autorização administrativa; (v) à competência da Agência Nacional do Cinema para regular e fiscalizar serviços de empacotamento e programação dos canais de televisão; e (vi) às restrições à publicidade em canais de televisão comunitários.

Após cinco votos pela validade do marco legal da TV por assinatura, o Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu o julgamento de quatro ações que questionam a Lei 12.485/2011. A discussão foi interrompida por um pedido de vista do ministro Dias Toffoli, após o relator do caso, Luiz Fux, e os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki e Rosa Weber votarem pela manutenção do marco legal, criado pela mencionada lei.

Da análise, ainda que preliminar, da legislação e do provável posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito das TVs por assinatura, fica mais evidente, ainda, a falta de coerência e isonomia na regulação dos mercados, que, apesar da semelhança, recebem

tratamento desigual no Ordenamento Jurídico Brasileiro, o que cria flagrante afronta à concorrência.

Igualmente, em razão dos conteúdos veiculados pelas empresas de Over The Tops e Vídeo On Demands, também a ANCINE – Agência Nacional do Cinema possui competência regulatória sobre o setor. Tal Agência, criada em 2001 pela Medida Provisória 2228-1, tem como atribuições o fomento, a regulação e a fiscalização do mercado do cinema e do audiovisual no Brasil. Com natureza de autarquia federal de regime especial, está vinculada desde 2003 ao Ministério da Cultura, preservando, porém, sua independência administrativa e autonomia financeira, e tem como missão institucional

desenvolver e regular o setor audiovisual em benefício da sociedade brasileira. Encerrado o ciclo de sua implementação e consolidação, a ANCINE enfrenta agora o desafio de aprimorar seus instrumentos regulatórios, atuando em todos os elos da cadeia produtiva do setor, incentivando o investimento privado, para que mais produtos audiovisuais nacionais e independentes sejam vistos por um número cada vez maior de brasileiros.

Não por outros motivos, a Agência Nacional do Cinema já iniciou procedimentos tendentes à regulamentação dos serviços Over The Tops no Brasil, buscando isonomia no tratamento fiscal e regulatório em relação às empresas do mercado cinematográfico e televisivo.

Para tanto, a Agência Nacional do Cinema fez publicar, no Diário Oficial da União de 13/03/2015, sua agenda regulatória para o biênio 2015/16, onde trouxe expressa a cobrança de CONDECINE sobre serviços de Vídeo On Demand, visando a busca de isonomia tributária com serviços concorrentes, como a TV por assinatura.

Ocorre que os valores cobrados podem inviabilizar serviços de Vídeo On Demand por assinatura no País, ferindo de morte tão importante instrumento difusor da cultura, e por consequência, estimulando a pirataria na internet.

Da pirataria *online*.

A indústria fonográfica, tal e qual significativa parcela da indústria no Brasil e no mundo, tem se submetido, diuturnamente, à revolução tecnológica, especialmente a relativa aos mais recentes formatos de informações e comunicações, os quais tem resultado em maior facilidade de acesso a conteúdos digitais com baixíssimos custos de reprodução e entrega. (IPEA, 2012)

De igual modo, a tecnologia também tem influenciado nos custos de armazenamento de conteúdos digitais, fator que contribui para a proliferação de servidores, conteúdos em nuvem, smartphones e demais mecanismos portáteis capazes de armazenar significativo conteúdo digital, contribuindo, ainda mais, para a circulação/troca destes dados pela rede mundial de computadores.

Tirante as questões tecnológicas, outros fatores influenciam o frenético aumento desse mercado pirata calcado na troca de arquivos digitais piratas – ponto a ponto, *peer-to-peer*, sem a necessidade de um servidor central, de modo que cada um dos pontos funcione, simultaneamente, como cliente e como servidor. Estudemos cada um desses fatores:

Inicialmente, como bem delineado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) no já citado estudo sobre o Perfil dos Piratas online, há que se enfrentar uma questão ética, já que, por razões culturais, mesmo que conscientemente, o senso comum não taxa a pirataria online como infração ética, e o motivo é a ausência de ganhos financeiros, já que o objetivo de ambos os trocadores de dados é o mero deleite.

Portanto, ainda que diante de algo reprovável, não se imputa ao consumidor de pirataria a pecha de infrator, eis que sua conduta, no mais das vezes, não é reprovada pela sociedade.

Ademais, a própria qualidade do produto e segurança da operação não são considerados, como regra, pelos usuários, os quais buscam, fundamentalmente, a conveniência e facilidade.

Não obstante a normalidade social do procedimento consistente em baixar conteúdo pirata, há que se analisar o custo envolvido nesta atividade, especialmente, custos com a busca, possíveis riscos de segurança (ex: vírus), custo de reprodução e personalização (ex: dificuldades, incompatibilidades, legendas), custo moral de se lançar em atividade ilícita e os custos legais (ex: possíveis penalidades e sanções).

A análise conjunta do custo/benefícios do procedimento e do custo efetivo do produto regular – no caso, o NETFLIX, por exemplo – será a pedra de toque para demonstrar o mecanismo de escolha dos consumidores, entre o certo e o errado.

Demonstradas essas particularidades, é de rigor concluir que, a depender do custo envolvido na transação legítima – por exemplo, mensalidade do NETFLIX – os consumidores optam pelo caminho correto, o que culminará em golpe salutar na pirataria.

Por outro lado, a depender da carga tributária a incidir no negócio jurídico, os valores envolvidos tenderão a subir, e os consumidores, possivelmente, optarão pelo pirata. Esse o

dilema que se tem de enfrentar, buscando-se o equilíbrio e viabilizando a busca pelo produto legítimo.

Cria-se, pois, um dilema que carece de solução parcimoniosa e ponderada, de sorte a se compor interesses, não se tolhendo o avanço tecnológico, respeitando os interesses dos clientes e as necessidades do Estado (principalmente receitas tributárias), e ao mesmo tempo, laborando em desfavor da pirataria online.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, em face de uma realidade tão nebulosa, com poucos lampejos e escassa atenção por parte dos agentes envolvidos, um artigo que verse sobre a regulação dos serviços ao invés de trazer soluções, somente pode apregoar esperanças e tentar, na medida do possível e demonstrar um possível caminho a ser seguido, de sorte a se respeitar o mercado, a CF/88 e eliminar práticas nefastas à sociedade.

Fica claro que a tecnologia é o motriz das inovações, desempenhando papel fundamental na vida das pessoas e nas alterações sociais.

No caso específico das empresas que prestam serviços Over The Top, inegavelmente, por meio da tecnologia e novas formas de disponibilização de dados, valendo-se da rede mundial de computadores, transformaram o mercado da telecomunicação no Brasil e no mundo, prestando bons serviços, a preços módicos, já aclamados pelos consumidores.

Tal realidade, além de proporcionar melhores alternativas para os consumidores, torna legítima a transferência online de dados via internet, fato que contribui de maneira significativa, para o combate à pirataria na internet, uma vez que a legitimidade se mostra mais segura e atrativa em comparação com a prática de atos ilegítimos (e ilegais), propiciando a escorreita divulgação da cultura.

Acontece que, o negócio em questão, em razão de sua novidade e velocidade de implantação, ainda carece de regulamentação, seja do ponto de vista regulatório, seja quanto ao tratamento fiscal, o que gera no cenário atual, afronta à livre concorrência com televisões abertas, por assinatura e demais veículos que operam as telecomunicações.

No caso específico da NETFLIX, objeto do presente artigo, inegável suas contribuições relativas à difusão módica de cultura, e acessibilidade, mas igualmente inegável a total falta de regulamentação de suas atividades, possibilitando ausência de sedes nacionais, baixíssima incidência de tributos, desnecessidade de fornecimento de produtos nacionais e não geração de empregos nos Países onde ele opera fora da sede norte americana.

Salta aos olhos que tal situação não pode perdurar, e que a regulamentação do setor é premente e iminente, mas não imaginemos que ela seja fácil.

Do contrário, serão muitas as dificuldades, seja pela total novidade do negócio, o que dificulta sua definição, seja pela necessidade de se manter a viabilidade do serviço, não se possibilitando à regulamentação, transmudar-se em inviabilizadora da tecnologia e fomentadora da informalidade e, por via de consequência, uma força tendente a fomentar a difusão da pirataria.

Esses os pontos e o dilema que se pretendeu tratar no presente artigo, demonstrando a necessidade de um marco legal sobre serviços Over The Tops no Brasil (como já vem ocorrendo no mundo), mas chamando-se a atenção para a sutil necessidade de parcimônia para que se busque uma efetiva regulamentação isonômica, pautada na razoabilidade e proporcionalidade, de sorte a não se tolher o florescimento da tecnologia em nosso País, e a divulgação módica da cultura.

REFERÊNCIAS

ANATEL. *Institucional*. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/institucional/index.php?option=com_content&view=article&id=99&Itemid=296>. Acesso em 17 de nov. 2015.

EXAME. *Novo “imposto Netflix” aumentará preço de serviço de streaming em 10% na Austrália*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/governo-da-australia-aprova-criacao-de-imposto-sobre-servicos-de-streaming>>. Acesso em 17 de nov. 2015.

FARO, Maurício Pereira; ROCHA, Sérgio André. *Neutralidade tributária para consolidar concorrência*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-21/neutralidade-tributaria-fator-fundamental-livre-concorrenca#_ftn2>. Acesso em 19 de nov. 2015.

FORGIONI, Paula Andréia. *Os fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FROST & SULLIVAN. *Hot Topic—Over-the-top Video Services Market in Latin America*. Disponível em: <<http://www.marketresearch.com/product/sample-8552386.pdf>>. Acesso em 18 de nov. 2015.

GABAN, Eduardo Molan; JULIANA, Oliveira Domingues. *Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *As Agências Reguladoras*. REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf?q=reguladoras>>. Acesso em 17 de nov. 2015.

IPEA. *Download de músicas e filmes no Brasil: um perfil dos piratas online*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120510_comunicadoipea0147.pdf>. Acesso em 19 de nov. 2015.

PROXIMA. *Infográfico: dados e estatísticas da Netflix em 2014*. Disponível em: <<http://www.proxima.com.br/home/negocios/2014/11/13/Infografico-dados-e-estatisticas-da-Netflix-em-2014.html>>. Acesso em 20 de nov. 2015.

TELETIME. *Telefônica e Anatel trocam farpas na regulação de OTTs*. Disponível em: <<http://convergecom.com.br/teletime/28/10/2015/telefonica-e-anatel-trocam-farpas-na-regulacao-de-otts>>. Acesso em 19 de nov. 2015.

TERRA. *Novo “imposto da nuvem” deve aumentar preço do Netflix nos EUA*. Disponível em: <<http://idgnow.com.br/internet/2015/07/01/novo-imposto-da-nuvem-deve-aumentar-preco-do-netflix-nos-eua/>>. Acesso em 17 de nov. 2015.