

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

ANDRÉ PESSOA AYRES

**SERVIÇOS OVER THE TOP (OTTs) DISRUPTIVOS E A COMPETIÇÃO COM OS
SERVIÇOS TRADICIONAIS DE TELECOMUNICAÇÕES QUE NECESSITAM DE
OUTORGA ESTATAL PARA A SUA EXPLORAÇÃO**

SÃO PAULO

2021

ANDRÉ PESSOA AYRES

SERVIÇOS OVER THE TOP (OTTs) DISRUPTIVOS E A COMPETIÇÃO COM OS
SERVIÇOS TRADICIONAIS DE TELECOMUNICAÇÕES QUE NECESSITAM DE
OUTORGA ESTATAL PARA A SUA EXPLORAÇÃO

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da
Universidade Presbiteriana Mackenzie em Direito Político e
Econômico, Campus Universitário de São Paulo, como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Linha de Pesquisa: Poder Econômico e seus Limites Jurídicos

ORIENTADOR: Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes

SÃO PAULO

2021

ANDRÉ PESSOA AYRES

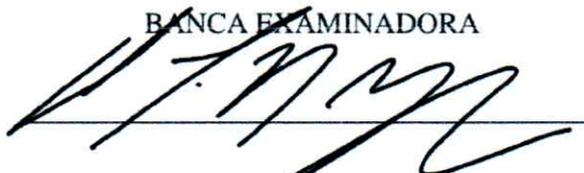
SERVIÇOS OVER THE TOP (OTTs) DISRUPTIVOS E A COMPETIÇÃO COM OS
SERVIÇOS TRADICIONAIS DE TELECOMUNICAÇÕES QUE NECESSITAM DE
OUTORGA ESTATAL PARA A SUA EXPLORAÇÃO

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da
Universidade Presbiteriana Mackenzie em Direito Político e
Econômico, Campus Universitário de São Paulo, como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Linha de Pesquisa: Poder Econômico e seus Limites Jurídicos

Aprovada em 27 de janeiro de 2021

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Irene Patrícia Nohara

Assinado de forma digital por
Irene Patrícia Nohara
Dados: 2021.01.28 17:56:18 -03'00'

Prof.^a. Dr.^a. Irene Patrícia Nohara
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Elias Kallás Filho
Faculdade de Direito do Sul de Minas

RESUMO

Esta pesquisa busca averiguar o debate sobre a competição entre os serviços over the top e os serviços tradicionais de telecomunicações, considerando a assimetria regulatória que existe entre os serviços. Os serviços over the top são serviços que podem substituir ou, consideravelmente, melhorar um serviço tradicional de telecomunicações. Todavia, os serviços over the top não são, atualmente, regulados, ao passo que os serviços tradicionais de telecomunicações sofrem diversos encargos regulatórios. Considerando este cenário, busca a pesquisa entender o porquê de os serviços over the top não serem regulados, partindo-se da tentativa de classifica-los de acordo com o direito pátrio e a Lei Geral de Telecomunicações, a fim de verificar se, em tese, seria necessária alguma outorga estatal para sua exploração. Tendo os serviços over the top como serviços de valor adicionado, que são considerados usuários dos serviços tradicionais de telecomunicações, torna-se nítida a necessidade de discutir os benefícios e malefícios de uma eventual regulação. Para tanto, foram analisadas duas consultas públicas que foram realizadas sobre a questão, bem como dois estudos técnicos relacionados à temática, sendo possível trazer à pesquisa os argumentos pró e contra a regulação. Por fim, foi feito um estudo de caso sobre os serviços de acesso condicionado (SeAC), que são serviços autorizados regulados que sofrem forte competição dos serviços over the top de Video On Demand (sVOD), atualmente livres de encargos regulatórios. Com todos os elementos acima, utilizou-se o método dedutivo de pesquisa para chegar à conclusão de que os serviços over the top são considerados serviços de valor adicionado que não podem ser confundidos com serviços tradicionais de telecomunicações, especialmente porque os serviços over the top não possuem qualquer controle sobre a infraestrutura necessária para a prestação do seu serviço. Assim sendo, não há que se falar em outorgas estatais para a exploração dos serviços over the top.

Palavras-chave: Telecomunicações. Inovação. Serviços Over The Top. Regulação. Serviços de Acesso Condicionado.

ABSTRACT

This research aims to investigate the debates regarding the competition between over the top services and traditional telecommunications services, considering the regulatory asymmetry that exists between them. The so called over the top are services that can replace or considerably improve a traditional telecommunications service. However, the over the top services are, currently, not subjected to any regulation, whereas traditional telecommunications services suffer from various regulatory burdens. Considering this scenario, this research aims to understand why over the top services are not regulated, having as a start point the attempt to classify them according to the national laws and the General Telecommunications Law, in order to verify if, in theory, their exploitation would require, beforehand, the granting of a State authorization. Taking into account that over the top services are classified as value-added services, which are considered users of traditional telecommunications services, the need to discuss the benefits and harms of its eventual regulation becomes clear. For this reason, two public consultations on the issue were analyzed, as well as two technical studies related to the matter, making it possible to bring to the research the arguments for and against the regulation. Finally, the research focused on a case study about the conditioned access services (SeAC), which are regulated authorized services that suffer strong competition from over the top Video On Demand (sVOD) services, which are, currently, free from regulation. With all the elements above, the deductive research method was utilized to reach the conclusion that over the top services are considered value added services that cannot be confused with traditional telecommunications services, especially because over the top services do not have any control over the infrastructure needed to provide their service. Thus, when it comes to the exploitation of over the top services, the granting of State authorizations is not necessary.

Keywords: Telecommunications. Innovation. Over The Top Services. Regulation. Conditioned Access Services.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AIR – Análise de Impacto Regulatório

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINE – Agência Nacional do Cinema

CF – Constituição Federal

IP – Internet Protocol

LGT – Lei Geral de Telecomunicações

MCI – Marco Civil da Internet

MCTIC – Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações

MS – Mandado de Segurança

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OTT – Serviço Over The Top

PGR – Procuradoria Geral da República

PTSN – Public Switched Telephone Network

SeAC – Serviço de Acesso Condicionado

SCM – Serviço de Comunicação Multimídia

SMP – Serviço Móvel Pessoal

SMS – Short Message Service

SVA – Serviço de Valor Adicionado

STF – Supremo Tribunal Federal

STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado

sVOD – Serviço de Video On Demand

TCU – Tribunal de Contas da União

UIT – União internacional de telecomunicações

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 PANORAMA GERAL DOS SERVIÇOS OVER THE TOP E DA COMPETIÇÃO COM OS SERVIÇOS TRADICIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES	13
2 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS OVER THE TOP COMO ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO OU SERVIÇO PÚBLICO	22
2.1 Classificação dos serviços over the top de acordo com os regimes jurídicos previstos na lei geral de telecomunicações e a eventual necessidade de concessão, permissão e autorização para a sua exploração	29
2.1.1 Das autorizações administrativas previstas na lei geral de telecomunicações e a polêmica quanto ao seu alcance.....	41
2.1.2 Da possibilidade de conversão das concessões de setor de telecomunicações em autorizações	53
2.2 Serviços over the top como atividade econômica em sentido estrito – serviços de valor adicionado	59
3 CONSULTAS PÚBLICAS E ESTUDOS SOBRE A EVENTUAL ASSIMETRIA REGULATÓRIA ENTRE SERVIÇOS OVER THE TOP E SERVIÇOS TRADICIONAIS DE TELECOMUNICAÇÕES	71
3.1 Consulta pública n. 01/2015 promovida pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC)	71
3.2 Consulta pública promovida pela União Internacional de Telecomunicações (UIT)	78
3.3 Dos estudos relacionados ao tema – avaliação da OCDE sobre telecomunicações e radiodifusão no brasil e estudo da Anatel sobre novos mercados nas telecomunicações	84
4 ESTUDO DE CASO – SERVIÇOS DE ACESSO CONDICIONADO (SEAC) x SERVIÇO DE VIDEO ON DEMAND (sVOD)	89
CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112

INTRODUÇÃO

A busca pela riqueza e pelo sucesso faz parte de um mundo capitalista e globalizado. As pessoas fazem o possível para melhorar suas condições financeiras e ampliar seus horizontes. Nos dias atuais, uma das mais comuns formas de emergir são as famosas startups – empresas que surgem todos os dias no mercado a partir de ideias inovadoras e que geralmente trazem um novo *player* ao mercado, oferecendo um serviço não antes prestado ou prestado de maneira um pouco diferente.

Esse serviço pode evoluir no exterior e ser exportado para o Brasil. Ocorre que, muitas vezes, chegam ao país competindo com serviços semelhantes. Diversos exemplos podem ser citados, como o caso do AirBnB e dos hotéis, do Uber e dos táxis, do WhatsApp e das operadoras de telefonia móvel, e do Netflix e dos canais de TV por assinatura.

A dificuldade consiste em enquadrar essas atividades inovadoras como um serviço público, como uma atividade econômica em sentido estrito ou, ainda, em outra categoria. Isso é de grande importância para a compreensão de qual será o regime jurídico da atividade no Brasil.

Embora haja pontos em comum que as identificam, nem todas as inovações “invasoras” se subordinam ao mesmo regime jurídico formal. O tratamento jurídico aplicável é variável em vista do seu enquadramento nas diversas categorias vigentes no Direito Brasileiro.

Se a inovação “invasora” for configurada como uma atuação empresarial privada conflitante com o serviço público, configurar-se-ia uma ilicitude. Afinal, o particular apenas poderia desenvolver a atividade de serviço público mediante um ato formal de delegação do ente estatal dele titular. Como exemplo dessa controvérsia cita-se o caso do Uber - o transporte individual de passageiros por via rodoviária é objeto da atividade de táxi, que muitos entendem e defenderam por muito tempo que se enquadraria no regime de serviço público¹.

A inovação também pode ser atividade totalmente privada, sem conflito com serviços públicos. Porém, pode ser semelhante a uma atividade privada que é subordinada à regulação estatal. Caso em que seria discutível a justiça de uma atividade ser livre de encargos regulatórios e outra não, tendo em vista a equivalência do serviço – como exemplo cita-se o caso do AirBnB e dos hotéis.

¹ Atualmente predomina o entendimento que o serviço de táxi é um serviço de utilidade pública, sujeito apenas à autorização administrativa.

A inovação “invasora” também pode ser semelhante a uma atividade econômica em sentido estrito que depende de autorização no regime jurídico brasileiro – a licitude dessa atividade depende da comprovação do preenchimento pelo particular dos requisitos pertinentes e do atendimento às formalidades necessárias à obtenção da autorização estatal. Não parece, a princípio, razoável uma atividade depender da autorização e a outra, semelhante, não. Neste caso das autorizações deve ser bem observado se existe, de fato, uma melhoria proporcionada pela atividade invasora, pois se não existirem grandes benefícios, pode-se sustentar que deveriam ser preservados os direitos assegurados aos exploradores da atividade que já possuem a autorização, mas caso seja significativo o avanço da atividade invasora, pode-se pensar na extinção das autorizações antes concedidas (desregulamentação da atividade), sendo a atividade explorada livremente.

No entanto, sem a devida regulação² estatal pode acontecer uma competição não saudável, pois as atividades semelhantes já existentes estariam submetidas a um regime jurídico com encargos que a atividade inovadora não precisaria observar. Deve-se, então, sempre que possível e sem prejudicar os consumidores, estabelecer uma conexão entre os institutos inovadores e o direito público brasileiro.

Deste modo, buscará o presente trabalho discutir os possíveis enquadramentos das inovações “invasoras”, seja serviço público, atividade econômica em sentido estrito ou outra, bem como entender as consequências desses enquadramentos – qual seria o regime jurídico aplicável para cada caso, mas priorizando, em especial, o caso da competição dos Serviços Over The Top (OTTs) com os Serviços Tradicionais de Telecomunicações.

O conceito de serviço over the top foi oficialmente reconhecido apenas recentemente. São aplicações acessadas ou entregues na rede pública que podem substituir de forma direta ou funcional os serviços de telecomunicações tradicionais. Atualmente, os mais populares serviços

² Sobre a regulação, explica Marçal Justen Filho:

“A regulação consiste no conjunto de providências por meio das quais o Estado busca disciplinar o desempenho pela iniciativa privada de atividades de interesse coletivo. A função administrativa regulatória costuma ser atribuída a entidades administrativas dotadas de autonomia reforçada, tal como as agências reguladoras independentes.

(...)

A utilização do vocábulo "regulação" não é casual; não pode ele ser substituído por "regulamentação".

Na terminologia consagrada entre nós, a expressão "regulamentação" corresponde ao desempenho de função normativa infraordenada, pela qual se detalham as condições de aplicação de uma norma de cunho abstrato e geral, tal como dispõe o art. 84, IV, da Constituição.

O conceito de regulação é muito mais amplo e qualitativamente distinto. Eventualmente, a regulação pode se traduzir em atos de regulamentação.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 41 e 531)

over the top são os serviços de streaming de vídeos e os aplicativos de conversa de voz e troca de mensagens com imagens, conversas em grupo e outras funcionalidades. E a cada dia novas empresas e produtos ingressam nesse mercado.

Com a rápida evolução tecnológica, tem-se o constante surgimento de novos serviços e facilidades oferecidos pelas empresas aos clientes, especialmente com o uso da plataforma da internet. Nesse contexto, surgem os serviços over the top, que são as atividades de transmissão de conteúdo audiovisual, mensagens e voz por meio de plataformas IP, e, portanto, fora do controle dos distribuidores tradicionais desse conteúdo (como as empresas autorizadas de radiodifusão, TV por assinatura e telefonia móvel).

Há muita discussão sobre os serviços over the top. Estas tecnologias se valem das infraestruturas de telecomunicação para oferecer serviços na internet, muitas vezes em concorrência direta com os próprios detentores da infraestrutura. Sendo assim, vê-se a necessidade de discutir a eventual regulação destes serviços para que haja uma adequação das condições concorrenciais deste mercado, deixando os competidores em um mesmo “campo” – o que se chama de “*level playing field*”.

Observa-se, assim, que o tema é bastante atual e ainda permite sólidas discussões. Com o desafio não se restringindo apenas ao Brasil, será interessante também analisar as soluções encontradas por países mais desenvolvidos.

Por meio deste trabalho será possível esclarecer os enquadramentos das inovações estrangeiras over the top no direito brasileiro e as consequências disto. Fato este que poderá ser útil para empresas que pretendem atuar no Brasil, para empresas que temem esta competição estrangeira e até mesmo para o Estado, que poderá ter caminhos mais bem esclarecidos, em busca de um equilíbrio regulatório.

Os serviços over the top são amplamente utilizados pela população, sendo assim um assunto de grande interesse e alcance econômico. Como exemplo, cita-se o WhatsApp que conta com mais de 120 milhões de usuários no Brasil³ (números de 2017), e o Netflix que conta com aproximadamente 17 milhões⁴. E trata-se de um mercado que não para de crescer – de

³ WHATSAPP revela número de usuário no Brasil. Olhar Digital, 2017. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/whatsapp-revela-numero-de-usuarios-no-brasil/68604>> Acesso em: 15 de novembro de 2020.

⁴ SANTANA, Pablo. Netflix passa TV a cabo em número de assinantes no Brasil, segundo consultoria americana. Info Money, 2020. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/consumo/brasil-tem-mais-assinantes-da-netflix-de-que-tv-a-cabo-segundo-consultoria-americana/>> Acesso em: 15 de novembro de 2020.

acordo com pesquisa realizada pela agência AT Kearney, a pedido da GSMA Mobile for Development Foundation Inc, associação mundial de operadoras de telefonia móvel, no ano de 2015 os serviços OTT foram responsáveis por 47% da receita auferida pela economia digital (internet), um total de USD 3,46 trilhões⁵. Seus concorrentes, tvs por assinatura e empresas de telefonia móvel, também possuem milhões de clientes, o que reforça bastante a relevância da pesquisa.

Para o estudo, adota-se o conceito de inovação previsto no Manual de Oslo⁶, que traz diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação:

Uma inovação é a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas.

A Lei Federal n. 10.973/2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, também traz relevante conceito do que seria inovação:

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

[...]

IV - inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho;

Ambos os conceitos acima trabalham com a ideia de que a inovação é algo que rompe com o status quo, aperfeiçoando algo já existente ou trazendo uma novidade ao mercado. É justamente o caso dos serviços over the top.

Além disso, também é importante observar que a pesquisa foca na ideia da inovação disruptiva, ou seja, da inovação que possibilita que uma empresa emergente, com menos recursos, desafie mercados considerados já estabilizados. É claro que boa parte das empresas

⁵ THE Internet Value Chain. A study on the economics of the internet. GSMA, 2016. Disponível em: <https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2016/09/GSMA2016_Report_TheInternetValueChain.pdf> Acesso em: 15 de novembro de 2020.

⁶ MANUAL de Oslo. Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. Disponível em: <<https://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>> Acesso em: 13 de julho de 2020.

prestadoras de serviços over the top já deixaram de ser emergentes, sendo algumas, hoje, grandes potências econômicas. Isto não muda o fato, contudo, de que todas foram emergentes e desafiaram mercados tradicionais. Neste sentido, cumpre trazer o conceito de inovação disruptiva elaborado por Clayton M. Christensen, Michael E. Raynor e Rory McDonald⁷:

There's another troubling concern: In our experience, too many people who speak of "disruption" have not read a serious book or article on the subject. Too frequently, they use the term loosely to invoke the concept of innovation in support of whatever it is they wish to do. Many researchers, writers, and consultants use "disruptive innovation" to describe any situation in which an industry is shaken up and previously successful incumbents stumble. But that's much too broad a usage.

[...]

"Disruption" describes a process whereby a smaller company with fewer resources is able to successfully challenge established incumbent businesses. Specifically, as incumbents focus on improving their products and services for their most demanding (and usually most profitable) customers, they exceed the needs of some segments and ignore the needs of others. Entrants that prove disruptive begin by successfully targeting those overlooked segments, gaining a foothold by delivering more-suitable functionality—frequently at a lower price. Incumbents, chasing higher profitability in more-demanding segments, tend not to respond vigorously. Entrants then move upmarket, delivering the performance that incumbents' mainstream customers require, while preserving the advantages that drove their early success. When mainstream customers start adopting the entrants' offerings in volume, disruption has occurred.

Ainda que os serviços over the top substituam serviços tradicionais de telecomunicações, tal situação há de ser considerada uma evolução do mercado, que beneficiará a população global de uma maneira geral. Toda e qualquer regulação deve ter como objetivo o benefício do povo, que é o destinatário das leis, assim não haveria sentido regular os serviços over the top caso isso viesse a prejudicar o seu desenvolvimento e, conseqüentemente, trazer conseqüências danosas para um serviço amplamente utilizado.

Em suma e em outras palavras, o presente trabalho trata dos serviços conhecidos como over the top, bem como dos desafios regulatórios que estes serviços trouxeram, considerando a competição com serviços tradicionais de telecomunicações. Os serviços over the top são aplicações acessadas ou entregues na rede pública que podem substituir de forma direta ou funcional os serviços de telecomunicações tradicionais. Todavia, deve ser observado que os serviços tradicionais de telecomunicações dependem de outorga estatais, como concessões, permissões e autorizações, e que estas outorgas estatais impõe diversas obrigações regulatórias

⁷ CHRISTENSEN, Clayton M., RAYNOR, Michael E., MCDONALD, Rory. *What is disruptive innovation?* Harvard Business Review, 2015. Disponível em: <<https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>> Acesso em: 13 de julho de 2020.

aos seus destinatários. Os serviços over the top, por outro lado, estão livres de encargos regulatórios. Sendo assim, resta evidente que existe uma assimetria regulatória a ser enfrentada, que é o objetivo principal da pesquisa.

O primeiro capítulo da pesquisa trará aspectos introdutórios sobre o tema, sendo explicado, com mais detalhes, o conceito de serviço over the top e a concorrência destes com os serviços tradicionais de telecomunicações. Será demonstrado que os serviços tradicionais sofreram forte impacto com a emergência dos serviços over the top, mas que deste cenário também surgiram oportunidades. O capítulo também traz a ideia da destruição criativa de Joseph Schumpeter, que se aplica perfeitamente ao caso.

No segundo capítulo pretende-se tentar classificar os serviços over the top, de acordo com o direito pátrio. Inicialmente, deve-se diferenciar os serviços públicos das atividades econômicas em sentido estrito, sendo demonstrado quais seriam os instrumentos de outorga estatal pertinentes para cada um. Em seguida, passa-se a focar nos regimes jurídicos trazidos pela Lei Geral de Telecomunicações, tendo em vista que a Lei prevê a existência de regimes público e privado e que cada regime possui características peculiares e instrumentos de outorga próprios. Após analisadas quais seriam as possíveis classificações para os serviços over the top, buscará o trabalho chegar a uma conclusão sobre qual será a adequada para este tipo de serviço.

O terceiro capítulo, por sua vez, analisará duas consultas públicas, uma em âmbito nacional e outra em âmbito internacional, trazendo ao trabalho os principais argumentos favoráveis e contrários a uma eventual necessidade de regular os serviços over the top, haja vista que existiria, em tese, uma competição injusta para com os serviços tradicionais de telecomunicações. Além disso, ainda neste capítulo, serão analisados estudos técnicos realizados sobre o tema, sendo um da ANATEL e outro da OCDE.

Por fim, no quarto capítulo, será feito um estudo de caso, a fim de demonstrar a relevância prática da pesquisa. Optou-se por estudar o caso do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), que é um serviço autorizado e que sofre feroz concorrência de serviços over the top de streaming (serviço de Video On Demand).

Após a análise de todos estes elementos, espera-se chegar a uma conclusão sobre a necessidade, ou não, de impor barreiras e limitações regulatórias aos serviços over the top. O foco principal da pesquisa será verificar se os serviços over the top necessitam de algum tipo de outorga estatal, considerando que os seus concorrentes precisam. Ademais, buscará o

trabalho compreender se seria possível, ou adequado, tentar encaixar uma inovação disruptiva, no caso os serviços over the top, em um regime jurídico já existente.

1 PARANORAMA GERAL DOS SERVIÇOS OVER THE TOP E DA COMPETIÇÃO COM OS SERVIÇOS TRADICIONAIS DE TELECOMUNICAÇÕES

Conforme mencionado na introdução, apenas recentemente foi oficializado, pela União Internacional de Telecomunicações (UIT), uma definição para os serviços over the top⁸, **sendo estes aplicações acessadas ou entregues na rede pública que podem substituir de forma direta ou funcional os serviços de telecomunicações tradicionais.**

Trata-se, contudo, de uma definição que ainda não é globalmente aceita, razão pela qual é importante discutir os elementos que caracterizariam esse tipo de serviço. Visando uma futura regulação deste tipo de serviço, é fundamental delimitar o seu alcance.

Em linhas gerais, entende-se que os serviços over-the-top são aqueles que podem ser considerados como potenciais substitutos dos tradicionais serviços de telecomunicações, como telefonia móvel, SMS, VoD e televisão. Assim, um serviço que não potencialmente substitua ou compita com um serviço tradicional de telecomunicações, não deve ser considerado um serviço over the top.

Observa-se que os serviços over the top competem com os serviços tradicionais de telecomunicação, utilizando, para tanto, a rede de internet (Internet Protocol – IP). Os agentes de mercado que oferecem os serviços over the top não controlam a rede que dá suporte à sua distribuição. Há de se diferenciar, deste modo, os serviços over the top dos *managed services*, que são aqueles em que o provedor tem um controle substancial sobre a rede fixa ou móvel utilizada para a distribuição. No caso dos *managed services*, o provedor pode delimitar a sua rede ou reservar capacidade de rede para garantir a qualidade dos seus serviços. Os serviços over the top não possuem este tipo de controle.

Por vezes, os serviços over the top funcionam como substitutos imperfeitos dos serviços de telecomunicações tradicionais, considerando que a qualidade ainda não é garantida como no caso dos serviços tradicionais. Contudo, os serviços over the top representam uma evolução em relação aos serviços tradicionais, pois, muitas vezes, oferecem serviços não disponibilizados pelos serviços tradicionais, ou até já disponibilizados, mas a um alto custo. É uma característica dos serviços over the top serem mais acessíveis, em termos de custo, ao público em geral.

⁸ PROPOSTA brasileira de definição de OTTs é adotada internacionalmente. Agência Nacional de Telecomunicações, 2018. Disponível em: <<https://www.anatel.gov.br/institucional/noticias-destaque/1968-proposta-brasileira-de-definicao-de-otts-e-adotada-internacionalmente>> Acesso em: 23 de junho de 2020.

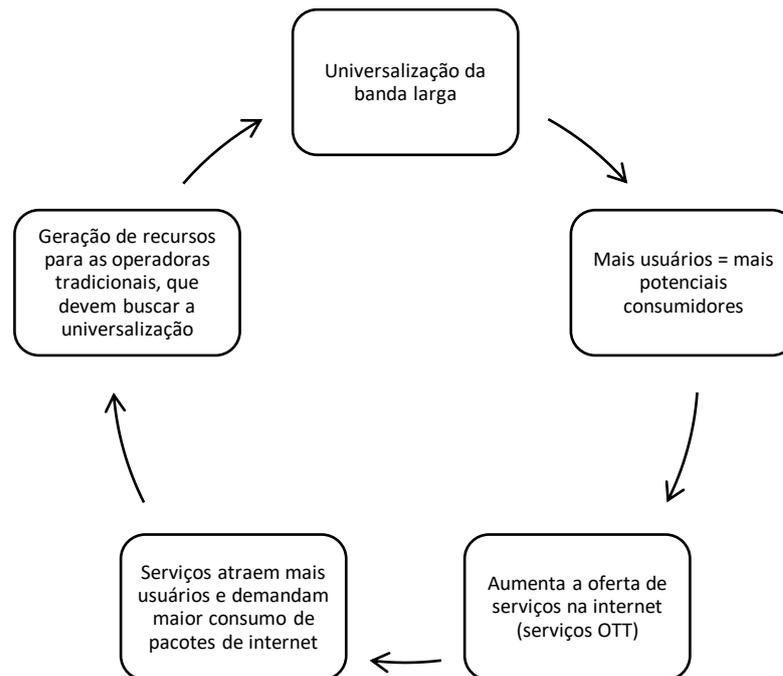
Deve ser observado, também, que nem todo serviço disponibilizado online deve ser considerado um serviço over the top, uma vez que para isso é necessário que haja uma efetiva competição com serviços tradicionais de telecomunicações, afastando-se, portanto, serviços online como redes sociais, agências de viagem, navegadores e buscadores. Redes sociais podem ser consideradas serviços over the top, caso sua oferta vá além da rede em si, como o caso do Facebook que tem o Messenger para chamadas de voz e vídeo.

Há grande preocupação, ainda, com o impacto que os serviços over the top podem ter na saúde financeira das operadoras tradicionais, considerando que estas empresas possuem obrigações de investimentos em infraestrutura que podem acabar prejudicadas. Assim, vários governos e autoridades regulatórias demonstram inquietação que o impacto dos serviços over the top possa afetar investimentos necessários em tecnologias de fibra óptica e novas tecnologias de acesso móvel, como o 5G.

A receita das operadoras tradicionais de serviços de telecomunicações com certeza foi afetada pelos serviços over the top. Como exemplo disso, tem-se o caso do Skype e do WhatsApp, que brutalmente alteraram o mercado de ligações e SMS.

Sob outro ponto de vista, pode ser feita crítica à verticalização do mercado por parte das operadoras tradicionais de telecomunicações, que, por vezes, podem dominar não apenas a infraestrutura, como também a produção de conteúdo e serviços oferecidos ao público.

Não se pode perder de vista, contudo, que o crescimento da oferta de serviços over the top pode ser associado ao aumento do número de usuários de internet móvel e banda larga. As operadoras de serviços tradicionais de telecomunicações buscam a expansão e a universalização do acesso à internet, aumentando o número de usuários e, conseqüentemente, as suas receitas oriundas da venda de pacotes de dados de internet. Os agentes do mercado over the top percebem o setor em franca expansão e oferecem os seus serviços por meio da rede de internet. Serviços estes que atraem ainda mais usuários que, por sua vez, demandam mais pacotes de dados de internet, conforme demonstrado na imagem abaixo:



Fonte: elaboração própria.

Percebe-se, assim, que os serviços over-the-top contribuem para o crescimento e giro da economia. No entanto, o efeito dos serviços over the top tem um alcance muito maior do que isso, tendo o potencial de revolucionar mercados, como Skype, WhatsApp e Netflix fizeram. A revolução de mercados faz parte do sistema capitalista e do progresso tecnológico. O sistema é feito de vencedores e perdedores, de modo que o impacto negativo causado às operadoras de serviços de telecomunicações faz parte de um processo que, em tese, beneficiaria a todos em longo prazo. É a ideia da destruição criativa de Schumpeter, abaixo transcrita⁹:

O ponto essencial a compreender é que, lidar com o capitalismo é lidar com um processo evolucionário.

[...]

O capitalismo é, por natureza, uma forma ou método de transformação econômica e não só não é, como não pode ser estacionário. E o caráter evolucionário do processo capitalista não se deve meramente ao fato de a vida econômica transcorrer em um ambiente social e natural que se transforma incessantemente e cujas transformações alteram os dados da ação econômica; esse fato é importante e essas mudanças (guerras, revoluções e assim por diante) geralmente condicionam as mutações industriais, mas não são a sua principal causa motriz. Esse caráter evolucionário também não se deve a um crescimento quase automático da população e do capital ou aos caprichos dos sistemas monetários, que tampouco figuram entre as suas principais causas motrizes. O impulso fundamental que põe e mantém em movimento a máquina capitalista é dado pelos novos bens de consumo, os novos métodos de

⁹ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da Unesp, 2017, pp. 119 e 120.

produção ou transporte, os novos mercados e as novas formas de organização industrial criadas pela empresa capitalista.

(...)

A abertura de novos mercados, estrangeiros ou nacionais, e o desenvolvimento organizacional da oficina de artesanato e da manufatura para os conglomerados como a U.S. Steel ilustram o mesmo processo de mutação industrial que revoluciona incessantemente a estrutura econômica de dentro para fora, destruindo incessantemente a antiga, criando incessantemente a nova. Esse processo de destruição criativa é o fato essencial do capitalismo. O capitalismo consiste nesse processo e é nele que toda empresa capitalista tem de viver.

Schumpeter rompeu com a visão dominante de sua época, que acreditava em um equilíbrio estático da economia e propôs um modelo onde a mudança passaria a exercer um papel fundamental, pois quebraria o equilíbrio do mercado e promoveria um boom econômico.

Este modelo dinâmico tem como característica a atividade do empreendedor, que lança inovações, altera as relações de concorrência e promove o desenvolvimento econômico. Schumpeter aceita que a economia capitalista anda em ciclos e quando uma crise entra em cena, são as inovações e mudanças de paradigmas que conduzem a novo ciclo de prosperidade. O processo de destruição criativa se dirige ao caráter disruptivo das inovações, pois ao alterar o equilíbrio faz-se necessário um rearranjo do mercado. Esse processo seria inerente ao sistema capitalista, que não funciona numa redoma, protegido pelo equilíbrio perfeito de Adam Smith, mas reside no mundo real, no mundo social¹⁰.

Nesse contexto, Schumpeter também cuida da adaptação das instituições a esta realidade, tanto no que toca ao mercado (que precisa, por exemplo, considerar esse processo cíclico em suas estratégias de negócios) como ao Estado (cuja intervenção regulatória eficiente demanda uma análise dinâmica e uma aplicação de seus institutos que considere o fato da inovação tecnológica, sua importância e suas consequências).

As polêmicas regulatórias atestam o desafio que a inovação tecnológica impõe às instituições atuais, a partir da ruptura com arranjos de produção antigos em função de novas formas de desenvolvimento das atividades conhecidas. Em mercados caracterizados por uma grande importância material da tecnologia digital e, por isso, mais sujeitos à sua rápida evolução – telecomunicações, sistema financeiro, transportes, etc. -, a conformação institucional dessas novas formas de produção apresenta um desafio ainda maior para o direito. Quando um determinado arranjo institucional é confrontado com uma nova lógica de organização, uma série

¹⁰ SCHULTES, Marcelo. *Neoschumpeterianismo na intersecção entre inovação e desenvolvimento econômico*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar/ago. 2014.

de questões passa a incomodar os agentes do Estado, como adequação, momento e forma de regulação do novo contexto¹¹.

Deste modo, percebe-se que os estudos de Schumpeter são ideais para análise dos serviços over the top e de como eles revolucionaram o mercado de telecomunicações.

Feitas estas breves considerações sobre a destruição criativa, volta-se o foco aos serviços over the top. Imagina-se que os serviços over the top vão cada vez mais estar presentes no dia-a-dia das pessoas, inclusive em países em desenvolvimento. A cobertura de banda larga tende a se expandir e os serviços over-the-top vão ficando mais acessíveis. No entanto, a competição dos serviços over the top com os serviços tradicionais de telecomunicações passa a ser bastante questionada, pois não seria, em tese, justa considerando os encargos aos quais os serviços tradicionais estão sujeitos. É uma clássica premissa que serviços semelhantes, que competem entre si, devem ter obrigações similares. Contudo, impor encargos em demasia para os serviços over the top pode significar a queda de sua oferta e, conseqüentemente, o freio do desenvolvimento tecnológico. Defende-se, também, que caberia ao mercado a escolha entre serviços over the top e serviços tradicionais, de modo que a eventual queda dos serviços tradicionais faria parte do desenvolvimento econômico e tecnológico – é a destruição criativa Schumpeteriana, sobre a qual já se dissertou.

A questão da substituição dos serviços tradicionais por serviços over the top é sensível, pois os serviços não são absolutamente equivalentes. Conforme já exposto, os serviços são muito semelhantes, mas ainda existe diferença em termos de qualidade. Os serviços tradicionais de telecomunicações estão sujeitos a controles de qualidade e eficiência, já os serviços over the top funcionam com base na aceitação dos usuários. Os controles de qualidade fazem com que os custos sejam, invariavelmente, mais altos.

Há, ainda, diferença quanto a protocolos de segurança. Os serviços tradicionais de telecomunicações devem observar parâmetros de segurança de rede e são monitorados pelo Governo. Todavia, os serviços over the top não estão sujeitos a este tipo de controle. Seria necessário impor requisitos mínimos para operação no país? Os usuários estão cada vez mais conscientes da necessidade de segurança das informações, de modo que têm exigido dos provedores mais transparência quanto aos métodos de segurança utilizados. Com isso, talvez o

¹¹ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. *Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas*. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, ano 2016, n. 273, p. 123-163, setembro a dezembro 2016.

mercado seja capaz de impor esses parâmetros mínimos de segurança, independentemente de regulação estatal.

Haveria, deste modo, razões para um tratamento regulatório diferenciado?

Para a imposição de encargos regulatórios a qualquer tipo de serviço ou atividade econômica, devem ser considerados os benefícios sociais envolvidos. Qualquer regulação que venha a prejudicar os usuários finais, consumidores, deve ser repensada. Nesta seara, cumpre lembrar que a Lei de Liberdade Econômica, n. 13.874/2019, estabeleceu em seu artigo 5º que deve ser realizada análise de impacto regulatório antes da edição ou alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários de serviços prestados¹², uma vez que o impacto econômico da medida regulatória não pode ser ignorado. Há, inclusive, posicionamento doutrinário no sentido de que a análise de impacto regulatório deve contemplar a alternativa de não regulação estatal ou desregulação, conforme o caso¹³.

Uma questão problemática é o fato de que os serviços tradicionais de telecomunicações exigem, em grande parte do mundo e no Brasil, autorizações ou licenças regulatórias. As autorizações impõem diversos condicionamentos e obrigações às exploradoras da atividade. Assim, a concorrência poderia até ser ilegal, uma vez que os serviços over the top ficam à margem dessas autorizações.

Surge, também, a dúvida sobre qual país possuiria jurisdição para regular os serviços over the top. A princípio, seria aquele país no qual o provedor over the top está localizado, onde é a sua origem. Contudo, isso não seria eficiente, tendo em vista que os provedores over the top simplesmente se alocariam nos países com regulação menos restritiva e com menor valor devido em tributos. Isto posto, seria mais adequado que o serviço over the top se adequasse à regulação do país de destinação, ainda que isso demandasse uma capacidade de adaptação considerável por parte destes serviços, que estariam diante de uma grande variedade de normas.

¹² Art. 5º - As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

¹³ Enunciado n. 38 da I Jornada de Direito Administrativo: “A realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) por órgãos e entidades da administração pública federal deve contemplar a alternativa de não regulação estatal ou desregulação, conforme o caso”. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/10082020-I-Jornada-de-Direito-Administrativo-divulga-os-40-enunciados-aprovados.aspx>> Acesso em: 17 de novembro de 2020.

Ademais, no Brasil, em 23 de abril de 2014, foi editado o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), que estabelece princípios, garantias, direitos e obrigações para o uso da Internet no país. No texto legal, a neutralidade de rede é citada no artigo 9º: “O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”. O artigo 9º foi regulamentado pelo Decreto Federal n. 8.771/2016. A neutralidade de rede é de extrema importância para a análise da competição entre serviços over the top e serviços tradicionais, podendo ser conceituada como¹⁴:

A neutralidade da rede é um princípio de arquitetura de rede que endereça aos provedores de acesso o dever de tratar os pacotes de dados que trafegam em suas redes de forma isonômica, não os discriminando em razão de seu conteúdo, origem, destino ou tipo de aplicação. As primeiras formulações a respeito do tema surgiram no início dos anos 2000, período em que a expansão da banda larga e a emergência de novas gerações Internet móvel aumentaram o número de dispositivos conectados em um ritmo muito maior do que a expansão física das redes de telecomunicação disponíveis, surgindo evidências de que provedores de acesso estariam discriminando tráfego de aplicações que pudessem ser danosas a seus interesses comerciais (como, por exemplo, aplicações VoIP que competem com serviços de telefonia tradicional).

Os serviços over-the-top fazem parte de uma relação de três agentes: usuários finais de internet fixa ou móvel, provedores de acesso à internet e serviços over-the-top. Assim explica Victor Oliveira Fernandes¹⁵:

No formato proposto, de um lado se postam os usuários finais de internet fixa ou móvel e, na outra ponta, os chamados prestadores de serviços Over The Top (OTT), como Facebook, Gmail, Youtube, entre outros. No controle da plataforma central, situam-se os Provedores de Acesso à Internet (Internet Service Provider – ISP), que podem cobrar tanto dos usuários finais, pelo acesso à rede, quanto dos provedores de conteúdo, pela movimentação dos seus dados. No regime de neutralidade de redes, os Provedores de Acesso à Internet estariam impedidos de cobrar dos aplicativos ou dos usuários pela priorização de tráfego. Já num cenário sem regras de neutralidade, tal cobrança seria lícita.

[...]

Essa aproximação de mercado é útil para demonstrar como podem surgir os inventivos à discriminação de tráfego. Principalmente quando no mercado atuam prestadores de serviços OTT que oferecem serviços substitutivos ou análogos aos

¹⁴ RAMOS, Pedro Henrique Soares. Neutralidade da rede – um guia para discussão. Disponível em: <<http://www.neutralidadedarede.com.br/>> Acesso em: 23 de junho de 2020.

¹⁵ FERNANDES, Victor. *Neutralidade de Redes entre Regulação e Concorrência: uma análise da literatura especializada a partir dos aportes da Teoria das Múltiplas Funcionalidades do Direito* (Net Neutrality Between Regulation and Competition: A Literature Review Through the Theory of the Multiple Functions of Law.) (November 1, 2016). Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 4, nº 2. Novembro 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3294550> Acesso em 29 de junho de 2020.

tradicionalmente prestados no setor de telecomunicações (como serviços típicos de voz e dados), tais incentivos começam a se fazer tangíveis.

É o que ocorre, por exemplo, com os serviços de Voice-over-Internet-Protocol (VoIP) que, em certa medida, substituem as ligações de telefonia móvel. Nesses casos, os prestadores de VoIP – tal como ocorrem com os demais aplicativos que utilizam uma base de internet – só podem chegar aos consumidores finais se estiverem conectados à plataforma. Por outro lado, os prestadores de internet móvel, que tradicionalmente prestam serviço de voz e dados (como ligações telefônicas e mensagens de textos), teriam hipoteticamente o interesse de bloquear ou tornar mais lenta a transmissão de dados dos serviços VoIP. Os Provedores de Acesso à Internet, portanto, atuariam como uma infraestrutura essencial de acesso de usuários finais a um mercado complementar de bens serviços de internet. Tal configuração acaba por revelar-se propícia à formação de restrições verticais.

Verifica-se, assim, que a neutralidade de rede é fundamental para impedir a verticalização do mercado por parte dos provedores de acesso à internet, uma vez que sem esta regra, os serviços over the top não teriam a eficiência desejada e não atenderiam às demandas dos usuários finais. No entanto, deve ser mencionada a complicada situação diante da qual estão os provedores de internet, que disponibilizam sua infraestrutura para a sua concorrência.

Ainda que a infraestrutura seja fruto de investimentos dos provedores tradicionais de telecomunicações, deve ser feito o compartilhamento equânime desta, a fim de melhor atender os administrados. Pode-se, deste modo, tirar importantes lições da doutrina das *essential facilities*, que, nas palavras de Irene Nohara¹⁶, “é a teoria de acesso a bens essenciais, utilizada pelas agências para provocar livre concorrência, em condições isonômicas. Trata-se, por exemplo, do compartilhamento de rede de infraestrutura detida com exclusividade por determinado agente com os demais, denominados “entrantes””.

Por fim, há de se mencionar que a decisão por regular ou não os serviços over the top será uma decisão de política pública¹⁷, seja esta uma iniciativa tomada pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo. Contudo, isto não afasta a importância do Direito para o presente

¹⁶ NOHARA, Irene. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 652.

¹⁷ Adota-se o conceito de política pública definido por Maria Paula Dallari Bucci: “Política pública é programa de ação governamental que resulta de um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39)

estudo. Neste sentido, Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho¹⁸ apontam os elementos pelos quais o Direito deve ser considerado intrínseco a qualquer política pública:

O primeiro elemento que desde logo deve ser ressaltado diz respeito ao fato de que as medidas de política pública são definidas por meio de normas e de atos jurídicos. Esta afirmação, apesar de aparentemente singela, nada tem de trivial. Afinal das contas, equivale a dizer que o DNA das políticas públicas é escrito em códigos jurídicos. Dito de outro modo: as políticas públicas dependem do Direito para a construção de sua estrutura, valendo-se, para tanto dos mecanismos que lhe são próprios.

[...]

O Direito, além de fornecer a estrutura básica das políticas públicas, também condiciona seu método de definição – ou seja, os trâmites processuais e os requisitos procedimentais que guiarão sua execução. As normas não se restringem a criar as medidas que formam as políticas; vão mais longe, disciplinando o modo pelo qual operarão na prática as engrenagens que as compõem. (...) É ele quem cria e estrutura os órgãos e entidades estatais, traçando, para cada um deles, um plexo específico de competências.

O último dos fatos que contribui para realçar o valor do Direito neste debate decorre quase que naturalmente dos anteriores. Afinal, sendo as medidas de política pública, seus métodos e organizações, todos, estruturados pelo Direito, é de se esperar que sobre eles recaiam controles jurídicos. E o que é “controle jurídico”? É o controle da aplicação das políticas feito a partir de parâmetros jurídicos, isto é, para verificar a sua conformidade com as normas jurídicas.

Sendo assim, pretenderá este trabalho responder as seguintes hipóteses, utilizando o método dedutivo de pesquisa: Considerando que os serviços over the top competem com os serviços tradicionais de telecomunicações, que dependem de outorgas estatais para sua exploração, também deve-se exigir destes serviços inovadores outorgas estatais? Considerando a assimetria regulatória existente entre os serviços, bem como as vantagens e desvantagens de uma possível regulação dos serviços over the top, deve-se obrigar os serviços inovadores a seguir ditames regulatórios já existentes?

Feito este breve panorama geral sobre a concorrência entre serviços tradicionais de telecomunicações e serviços over the top, passa-se a focar na tentativa de enquadrar os serviços over the top como serviços públicos ou atividades econômicas em sentido estrito, de acordo com a classificação proposta por Eros Grau, bem como em um dos regimes jurídicos propostos pela Lei Geral de Telecomunicações. As classificações são fundamentais para compreender os limites que podem ser impostos aos serviços over the top.

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). Direito da regulação e políticas públicas. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 48 e 49.

2 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS OVER THE TOP COMO ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO OU SERVIÇO PÚBLICO

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico¹⁹. É uma questão histórica e cada Estado desenvolve um modelo particular. Logo, não é possível dizer que exista um serviço público por natureza ou por essência.

Diversos motivos levam determinado Estado a considerar uma atividade como serviço público, dentre os quais pode-se citar a necessidade de propiciar o serviço aos menos favorecidos, suprir carência da iniciativa privada, ordenar o aproveitamento de recursos finitos e controlar a utilização de materiais perigosos. Assim, os serviços públicos não podem ser definidos *a priori*, pois emergem do estado natural das relações sociais e variam no decurso do tempo.

A maioria dos autores que se debruçaram sobre o desafio de criar um conceito de serviço público afirma que o serviço público reunia três elementos: a) subjetivo – que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade, assim o serviço público seria aquele prestado pelo Estado; b) material – que considera a atividade exercida, assim o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas; e c) formal – que considera o regime jurídico, assim o serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

Neste sentido, cumpre trazer os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰:

Em sentido subjetivo o serviço público é concebido como um organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal. Nesta acepção, falar em serviço público é o mesmo que se referir a um complexo de órgãos, agentes e meios do Poder Público. É uma organização pública de poderes e competências.

[...]

Pode-se, em conclusão, afirmar que, na acepção objetiva, o serviço público define-se em razão da natureza da atividade ou tarefa. É o fato de corresponder a uma necessidade de interesse geral, é a circunstância de se impor como uma exigência da coletividade, cuja satisfação incumbe ao Poder Público prover, ainda quando o faça diretamente, o elemento que se encontra por detrás de todas as noções objetivas de serviço público.

¹⁹ GROTTI, Dinorá A. Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 34 e ss.

[...]

Em sentido formal, exprime-se com notável perícia e concisão nas seguintes frases de Chenot, seu defensor: “dizer que uma atividade é serviço público é dizer que está submetida ao regime de serviço público”.

Contudo, deve-se observar que os critérios mencionados servem apenas de parâmetro na tentativa de classificar determinada atividade como serviço público, uma vez que, isoladamente, eles são considerados insuficientes. Assim, seria necessária, pelo menos, a presença de dois ou três dos elementos mencionados. É o que explica Irene Nohara²¹:

Em suma, os critérios isoladamente não são suficientes para caracterizar a noção, nem do ponto de vista subjetivo, pois nem toda atividade exercida por ente público é serviço público e os particulares também podem prestar serviços públicos por delegação (por exemplo, por meio de concessão ou permissão de serviço público); nem do ponto de vista material, pois nem toda atividade que supre necessidade pública é considerada serviço público; nem da perspectiva formal, pois pode ocorrer a aplicação de algumas regras do direito privado se uma estatal prestar serviço público, por exemplo.

Vistos os elementos caracterizadores de um serviço público e a ressalva acima, há de se mencionar que a Constituição Federal de 1988 não trouxe um conceito do que seria serviço público, mas forneceu algumas diretrizes, alguns referenciais que seriam próprios dos serviços públicos.

A doutrina, por sua vez, traz conceitos que merecem transcrição, como o de Ruy Cirne Lima²², que esclarece que serviço público é o:

[...] serviço existencial à Sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.

Eros Roberto Grau²³ segue os ensinamentos de Ruy Cirne Lima, afirmando que:

[...] assume o caráter de serviço público qualquer atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, qualquer atividade que consubstancie serviço existencial relativamente à sociedade (Cirne Lima).

²¹ NOHARA, Irene. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 524.

²² LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 82.

²³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 131.

Para José Cretella Júnior²⁴, serviço público “é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”.

Irene Nohara²⁵, por sua vez, considerando a ressalva anteriormente feita quanto à insuficiência dos elementos subjetivo, material e formal, define serviço público como:

Atividade prestacional, que incumbe ao Poder Público, com ou sem caráter privativo, sendo por ele desenvolvida diretamente ou por contrato de concessão ou permissão, com regime de exorbitância ou tendo em vista restrições especiais estabelecidas para a satisfação de necessidades coletivas que o ordenamento jurídico confere especial proteção.

Por fim, convém ainda mencionar que Hely Lopes Meirelles²⁶ define serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.

O estudo sobre o estabelecimento de uma noção de serviço público é de extrema importância, especialmente para evitar confusões com as chamadas atividades econômicas em sentido estrito, uma vez que os regimes jurídicos aplicáveis serão distintos. A Lei Geral de Telecomunicações trabalha com essa diferenciação, prevendo serviços considerados públicos e serviços sujeitos aos princípios das atividades econômicas. Neste sentido, esclarece Fernando Herren Aguilar²⁷ os motivos pelos quais a diferenciação de serviços públicos e atividades econômicas (sem sentido estrito) seria relevante:

A razão pela qual o tema da distinção entre serviços públicos e atividade econômica é relevante para o Direito Econômico pode ser explicada da seguinte maneira. Havendo regimes jurídicos diversos aplicáveis a um e outro casos, impõe-se identificar na Constituição os critérios existentes para submeter as atividades econômicas a este ou àquele regime.

Tais regimes apartam as atividades que devem ser precipuamente desempenhadas pelo Estado daquelas que devem em regra ser desenvolvidas pela iniciativa privada. Por imposição constitucional, os serviços públicos são de competência estatal, enquanto as atividades econômicas restantes são reservadas em princípio aos particulares.

[...]

²⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 55-60.

²⁵ NOHARA, Irene. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 525.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 319.

²⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 298.

Em matéria de Direito Econômico, portanto, e também em matéria de Direito Administrativo, a configuração de uma dada atividade econômica como serviço público tem por finalidade identificar o regime jurídico que lhe é aplicável, tendo em conta as restrições constitucionais ao seu desempenho. Esta é a principal função de se proceder ao enquadramento sistemático das atividades econômicas.

Isto posto, cumpre esclarecer que a expressão atividade econômica é um gênero, do qual figuram como espécies o serviço público, a atividade econômica em sentido estrito e a atividade econômica ilícita. O serviço público ainda se divide em privativo e não privativo.

É o que explica Eros Roberto Grau²⁸:

[...] inexistente, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira.

Em texto anterior averbei:

“A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podemos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica.

Serviço público – dir-se-á mais – é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.

Desde aí poderemos também afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado.”

Salientei, no próprio texto, o fato de, no trecho aqui transcrito, utilizar-me da expressão atividade econômica em distintos sentidos:

“Ao afirmar que serviço público é tipo de atividade econômica, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a espécie, serviço público.

Ao afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado, a ela atribuí a significação de espécie.”

Daí a verificação de que o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica.

Estamos em condições, assim, de superar a ambiguidade que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão. Para que, no entanto, se a supere, impõem-se qualificarmos a expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota gênero, de outra as hipóteses nas quais ela conota espécie do gênero. A seguinte convenção, então, proponho: atividade econômica em sentido amplo conota gênero; atividade econômica em sentido estrito, a espécie.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 99 e 100.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras²⁹ complementam a explicação de Eros Roberto Grau:

Na sua inigualável síntese, a Constituição traria uma apartação essencial entre “serviços públicos” e “atividades econômicas em sentido estrito”. De acordo com o referido autor, as atividades econômicas seriam o gênero, no qual se incluiriam a “prestação de serviços públicos” e as “atividades econômicas em sentido estrito”. Estes (serviços públicos) seriam de titularidade estatal, prestados em regime de exclusividade, compondo uma espécie de “livre iniciativa pública” para a exploração dessas atividades. Aquelas (atividades econômicas em sentido estrito) deveriam ser abertas à exploração privada, só cabendo ao Estado a sua exploração, excepcional e subsidiariamente, nos termos dos artigos 173 e 177 da Constituição. Nesse quadrante, em sede de serviços públicos, sequer caberia falar em intervenção estatal, pois que “não se intervém no que é próprio”.

Tem-se, portanto, que atividade econômica, em sentido amplo, é algo que gera riqueza mediante a extração, transformação e distribuição de recursos naturais, bens e serviços, tendo como finalidade a satisfação de necessidades humanas, como educação, alimentação, segurança, entre outros, o que inclui serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito. A atividade econômica em sentido amplo vem prevista nos arts. 170 e 174 da Constituição Federal. Por sua vez, as atividades econômicas em sentido estrito são todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de especulação lucrativa. São de titularidade do setor privado, desenvolvidas no regime da livre iniciativa. As atividades econômicas em sentido estrito vêm previstas no art. 173 da Constituição Federal.

É importante destacar que, apesar de as atividades econômicas em sentido estrito serem de titularidade do setor privado, será possível a exploração direta pelo Estado quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou quando presente relevante interesse público (cláusula aberta). A exploração de atividades econômicas em sentido estrito pelo Estado deve acontecer através de Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista, nos termos do § 1º do art. 173 do Texto Constitucional.

Já as mencionadas atividades ilícitas são atividades econômicas em sentido amplo, cujo exercício é vedado pela lei, como por exemplo a produção e o comércio de drogas.

Sobre os serviços públicos devem ser feitas algumas observações. Os serviços públicos são um dever do Estado – o Estado é obrigado a prestar o serviço à população. A maioria dos serviços públicos é de titularidade privativa do Estado, ou seja, o Estado é o titular exclusivo e

²⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória*. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBERTO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 19.

os particulares somente poderão explorar esse serviço através de um ato de delegação formal do Estado, como a concessão e a permissão de serviços públicos (art. 175 da Constituição Federal).

Existem, todavia, serviços públicos que não são de titularidade privativa do Estado, como a educação e a saúde. Estes podem ser explorados pelo setor privado, independentemente de ato formal de delegação. Discute-se na doutrina se esses serviços serão sempre considerados serviços públicos ou se quando explorados por particulares seriam atividades econômicas em sentido estrito.

Há de se observar, ainda, que parte da doutrina vai além e considera que o conceito de serviço público não é mais compatível com a ideia de titularidade ou exclusividade estatal. São cada vez mais comuns posicionamentos no sentido de que a classificação de determinada atividade como serviço público implica deveres para o poder público, como a universalização, a modicidade das tarifas e a continuidade, mas que isso não deve impedir a livre concorrência e a livre iniciativa, de modo que os particulares também poderiam explorar a atividade classificada como serviço público, desde que isso não prejudicasse a prestação pública do serviço. Neste sentido é o ensinamento de Vitor Rhein Schirato³⁰:

Os serviços públicos, no atual estágio do direito constitucional e do direito administrativo no Brasil, devem ser vistos como uma atividade a ser prestada ou garantida pelo Estado sem qualquer regime de exclusividade ou de privilégio. O regime jurídico dos serviços públicos não significa prerrogativas, mas, sim, deveres. Deveres de prestação universal, de modicidade no acesso e de continuidade, os quais podem, sem qualquer óbice, ser alcançados em um ambiente de livre iniciativa e livre concorrência, como demonstra, de forma evidente, a realidade em que vivemos.

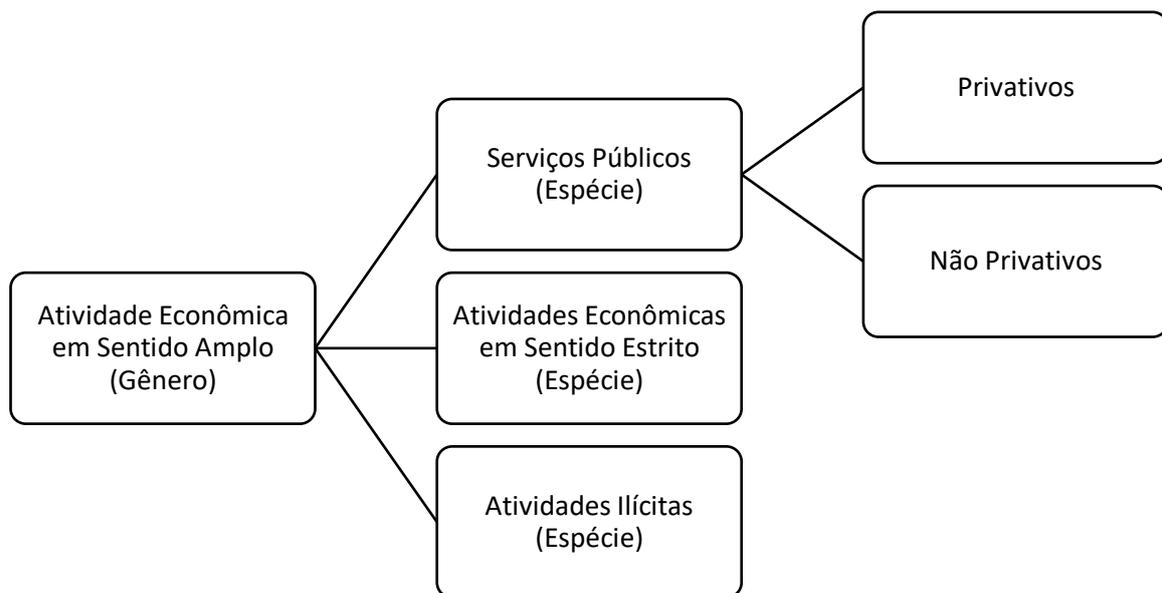
Apenas em casos muito específicos conterão os serviços públicos cláusulas de restrições à livre iniciativa e à livre concorrência. Tais cláusulas, como já tivemos a oportunidade de gizar ao longo deste trabalho, decorrem dos casos em que a livre iniciativa e a livre concorrência podem afetar o alcance das finalidades efetivas dos serviços públicos ou de casos em que as circunstâncias fáticas impedem a plena entrada de novos agentes no setor, o que ocorre nos casos de monopólios naturais ou no caso dos serviços de transporte público urbano de passageiros, os quais são estruturados em um sistema dependente de um planejamento urbanístico.

Em qualquer outro caso, os serviços públicos serão prestados em um regime de ampla concorrência, seja uma concorrência sem assimetria de regimes, seja uma concorrência com assimetrias. O grau de abertura à concorrência e as formas de seu desenvolvimento, contudo, dependerão das condições específicas de cada caso e não de qualquer elemento especial imanente aos serviços públicos.

³⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 323 e 324.

Não é por que uma atividade é um serviço público, que ela estará uma bolha regida pelo chamado regime jurídico de direito público e blindada a tudo o que ocorre no chamado regime jurídico de direito privado. Essa apartação dos regimes jurídicos de forma estanque e incomunicável é uma criação doutrinária, que nunca encontrou total ressonância na vida prática, muito menos nos dias atuais, em que a tendência cada vez maior é a colocação da dicotomia público/privado em xeque.

O quadro abaixo, de elaboração própria e baseado no trabalho de Eros Roberto Grau, permite melhor visualizar a classificação em questão:



Fonte: elaboração própria.

Quanto aos serviços de telecomunicações, objeto de análise deste trabalho, estabelece a Constituição Federal, em seu art. 21, inciso XI, que compete à União explorá-los diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Percebe-se, assim, que o legislador originário colocou os serviços de telecomunicações como sendo um serviço de titularidade da União, logo um serviço público. Portanto, para que os particulares explorem os serviços de telecomunicações será necessário, em tese, um ato formal de delegação estatal, como a concessão, a permissão e a autorização.

Neste sentido, cita-se Celso Antônio Bandeira de Mello³¹:

Dentre os serviços apontados como da esfera da União – não dos particulares; não, portanto, como pertinentes à esfera de exploração de atividade econômica

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e telecomunicações*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, 2008. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/red/article/view/725>> Acesso em: 24 de junho de 2020.

– estão os “serviços de telecomunicações”. Estes, pois, não apenas por sua índole (“existenciais à coletividade em um momento dado”), mas por uma decisão constitucional explícita (art. 21, XI) são incluídos no âmbito daquelas atividades que o Estado reputa de tal importância que ele mesmo pretendeu responsabilizar-se por elas e atribuir-lhes uma disciplina protetora de molde a resguardar os interesses dos usuários de tais serviços.

A Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), por sua vez, indica a existência de regimes público e privado para a exploração dos serviços de telecomunicações, esclarecendo que os serviços explorados no regime privado serão regidos pelos princípios das atividades econômicas. Isto leva a crer que foi feita uma divisão – parte dos serviços de telecomunicações são serviços públicos e parte são atividades econômicas em sentido estrito. Sendo assim, o particular estará diante de situações jurídicas distintas, a depender do tipo de serviço de telecomunicações a ser explorado.

Contudo, conforme será demonstrado nos capítulos seguintes, a existência do regime privado para serviços de telecomunicações envolve bastante polêmica, inclusive quanto ao ato formal de delegação para a exploração destes serviços – a autorização.

Vistos o conceito de serviço público e a sua diferenciação para com as atividades econômicas em sentido estrito, passa-se, a seguir, a estudar qual é o regime jurídico aplicável para cada um, a fim de que se possa concluir pela classificação dos serviços over the top como atividades econômicas em sentido estrito.

2.1 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS OVER THE TOP DE ACORDO COM OS REGIMES JURÍDICOS PREVISTOS NA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES E A EVENTUAL NECESSIDADE DE CONCESSÃO, PERMISSÃO OU AUTORIZAÇÃO

Conforme mencionado no item anterior, a Lei Geral de Telecomunicações trata de atividades econômicas em sentido estrito e de serviços públicos. Prevê que determinadas atividades estarão vinculadas a um regime público e que outras estarão vinculadas a um regime privado. Assim, nem todo serviço de telecomunicações está sujeito a um regime jurídico de direito público, inerente aos serviços públicos. Isto posto, cumpre entender como a Lei Geral de Telecomunicações estruturou o setor, verificando quais os critérios utilizados para considerar uma atividade serviço público e outra não.

Inicialmente, é importante destacar que a Lei previu, em seu artigo 62, que os serviços de telecomunicações se classificam em serviços de interesse coletivo e em serviços de interesse restrito.

Art. 62. Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.

Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo.

A Resolução nº 73, de 25 de novembro de 1998, regulamentou os serviços de telecomunicações e esclareceu o que significaria cada uma das classificações, conforme abaixo transcrito:

Art. 17. Serviço de telecomunicações de interesse coletivo é aquele cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação.

Parágrafo único. Os serviços de interesse coletivo estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração atenda aos interesses da coletividade.

Art. 18. Serviço de telecomunicações de interesse restrito é aquele destinado ao uso do próprio executante ou prestado a determinados grupos de usuários, selecionados pela prestadora mediante critérios por ela estabelecidos, observados os requisitos da regulamentação.

Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito só estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique os interesses da coletividade.

Verifica-se, deste modo, que os serviços de interesse coletivo são aqueles abertos a todos, sem discriminações, ao passo que os serviços de interesse restrito são aqueles que não são disponibilizados ao público em geral. Assim, os serviços de interesse coletivo necessitam observar condicionamentos na sua exploração, já os serviços de interesse restrito são de livre exploração, devendo apenas não prejudicar os serviços de interesse coletivo.

Os serviços de interesse restrito são explorados em regime de livre concorrência, sem controle de preços e sujeitando apenas a autorizações, que podem, ainda, ser dispensadas. Já os serviços de interesse coletivo sofrem regramentos mais intensos. O Anexo ao Ato nº 3.807/99 da ANATEL discriminou quais serviços correspondem a cada uma das categorias³².

³² São classificados, quanto aos interesses a que atendem, como coletivo os seguintes serviços:
 Telefônico Fixo Comutado, destinado ao uso do público em geral
 De TV a Cabo
 De Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal
 De Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite
 Especial de Televisão por Assinatura
 Especial de Radiochamada

Ademais, as classificações dos serviços de telecomunicações não se limitam apenas ao interesse envolvido. A Lei Geral de Telecomunicações, em seus artigos 63 e 64, também determinou que os serviços de telecomunicações estarão sujeitos a regime jurídico público ou a regime jurídico privado, de diferente nível de regulação estatal.

Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64. Comportar-se prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Sobre os regimes público e privado e a sua correspondência com os serviços de interesse coletivo ou restrito, cumpre citar o entendimento de Irene Nohara e Cibille Kilmar³³:

A LGT trouxe importante inovação ao sistema jurídico no que diz respeito à prestação de serviços essenciais, classificando as telecomunicações, concomitantemente, tanto em regime público quanto em regime privado.

[...]

O artigo 63 da LGT procurou criar um ambiente concorrencial, para que o setor tivesse abertura suficiente para agregar diferentes tipos de empresas,

Avançado de Mensagem
Especial de Radiorecado
Especial de Freqüência Padrão
Especial de Boletim Meteorológico
Especial de Sinais Horários
Móvel Global por Satélite
Radiocomunicação Aeronáutica
Móvel Celular
Rede de Transporte de Telecomunicações
Móvel Especializado
Rádio Taxi Especializado
Telestrada
São classificados, quanto aos interesses a que atendem, como restrito os seguintes serviços:
Especial para Fins Científicos e Experimentais
Especial de Radioautocine
Limitado Privado
Limitado de Radioestrada
Limitado Estações Itinerantes
Móvel Privado
Rádio Taxi Privado
Radiochamada Privado
Rede Privado
Móvel Aeronáutico
Rádio do Cidadão
Radioamador

³³ KILMAR, Cibille Mortari; NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Agência nacional de telecomunicações – Anatel: Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 134 e 135.

para diferentes tipos de mercado, para que, assim, os serviços pudessem permear todas as camadas da sociedade ampla e irrestritamente.

O parágrafo único menciona a figura da concessão e da permissão, que, por sua vez, por se tratar de delegações dos serviços com regime público de telefonia, carregam as obrigações de universalização e continuidade. Aqui, portanto, é nítida delegação da função do Estado ao particular, quanto às obrigações enquanto prestador de serviço público, conforme determina genericamente o art. 175 da Constituição.

[...]

Os serviços de telecomunicações, tendo em vista a função e a abrangência dos interesses a que atendem, podem ser interesse coletivo ou restrito – e, quanto ao regime jurídico de sua prestação – serviços públicos e serviços privados. Trata-se de mecanismo que almeja estimular a concorrência e a livre abertura de um mercado eminentemente oligopolista.

Os serviços de interesse coletivo, prestados no regime público, caracterizado como serviços abertos a todos, são voltados, principalmente, para concretizar os objetivos e princípios fundamentais expostos nas funções do Estado, portanto, estão sujeitos a maiores condicionamentos legais e administrativos.

Os serviços de interesse coletivo, prestados no regime privado, caracterizados pela livre exploração, por intermédio de autorização, sujeitam-se apenas aos condicionamentos necessários para evitar que a sua exploração possa acarretar prejuízos ao interesse coletivo.

Pela leitura dos artigos e da doutrina acima transcrita é possível perceber que pelo menos parte dos serviços de interesse coletivo será explorada no regime jurídico público, tendo em vista que estes serviços deverão ser disponibilizados a qualquer interessado, garantindo-se a universalização e a sua continuidade.

Neste sentido, cumpre citar o disposto no artigo 65 da Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:

I - exclusivamente no regime público;

II - exclusivamente no regime privado; ou

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

§ 1º Poderão ser deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, mesmo sendo essenciais, não estejam sujeitas a deveres de universalização (Redação dada pela Lei nº 13.879, de 2019).

§ 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o caput poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

Observa-se, portanto, que os serviços de interesse coletivo e os serviços de interesse privado podem ser explorados exclusivamente no regime público, exclusivamente no regime privado ou até mesmo concomitantemente nos dois regimes. Contudo, há de se observar que o § 1º trazia a observação de que a depender da essencialidade do serviço de interesse coletivo,

este deveria, sem falta, ser explorado no regime público, ainda que não exclusivamente. A exigência se justificava pela necessidade de se garantir a universalização e a continuidade do serviço considerado essencial.

Com a edição da Lei n. 13.879/2019³⁴, a redação foi alterada e passou a prever que as modalidades de serviço de interesse coletivo, ainda que essenciais, podem ser deixadas para a exploração no regime privado (exclusivamente), desde que não estejam sujeitas a deveres de universalização. Percebe-se, portanto, que nem toda atividade classificada como de interesse coletivo está sujeita a deveres de universalização, muito em função da evolução do mercado, da sociedade e dos serviços. Uma universalização que antes era fundamental pode deixar de ser, de acordo com as necessidades da sociedade.

A essencialidade do serviço a justificar a exploração através do regime jurídico público será definida pelo Poder Executivo, nos termos do artigo 18 da Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:

I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;

II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;

III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;

IV - autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. O Poder Executivo, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações.

O Plano Geral de Outorgas, citado no inciso II do artigo acima transcrito, foi instrumentalizado através do Decreto nº 6.654, de 20 de novembro de 2008, e teve como objetivo estabelecer que o serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral seria prestado nos regimes público e privado (art. 1º), bem como que aos demais serviços se aplicaria apenas o regime privado (art. 3º).

Sobre a questão explica Dinorá Grotti³⁵:

³⁴ Lei que ficou conhecida como “o novo modelo de telecomunicações”.

³⁵ GROTTI, Dinorá Musetti. *Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão*. R. Dir. Adm., 2001. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47764>> Acesso em: 24 de junho de 2020.

Não se trata de reservar algumas atividades ao Estado. A lei prevê claramente que o serviço coletivo pode ser prestado exclusivamente no regime público, exclusivamente no regime privado ou concomitantemente nos regimes públicos e privado (art. 65), cabendo ao Presidente da República definir as modalidades de serviço que serão exploradas no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado (art. 18, I e II da L.G.T), definindo de antemão que o serviço de telefonia fixa comutada (L.G.T., art. 64, parágrafo único) seria, desde logo, explorado por alguma prestadora em regime público, o que daria uma certa maleabilidade ao modelo.

[...]

Ficou definido que somente o “serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral será prestado no regime público, mesmo assim, admitindo-se sua exploração concomitantemente no regime privado, sendo os demais serviços e prestadores sujeitos a autorizações, em regime privado (arts. 1º, 3º e 9º).

Diante do acima exposto, é forçoso concluir que, por uma decisão de política pública, ficou estabelecido que apenas o serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral seria prestado em regime público e que os demais serviços seriam explorados no regime privado.

O parágrafo único do art. 64 da Lei Geral de Telecomunicações corroborava a assertiva, uma vez que previa que as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado (STFC), de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral, seriam prestadas no regime público. Contudo, com a edição da Lei n. 13.879/2019, o dispositivo foi revogado, de modo que nem mesmo este tipo de serviço está vinculado, exclusivamente, ao regime público.

Irene Nohara e Cibelle Kilmar³⁶, analisando a evolução do setor de telecomunicações e mudança de protagonismo do serviço telefônico fixo comutado para serviços de internet, demonstram preocupação de que não esteja sendo dada a atenção devida ao regime jurídico que garante os direitos da coletividade, conforme abaixo transcrito:

Assim, a LGT criou a possibilidade de coexistência de dois regimes jurídicos distintos, o regime público aplicado aos serviços que devem ter existência, continuidade e universalização assegurados pelo Estado e o regime privado aplicado aos serviços não essenciais, regidos pelos princípios constitucionais da atividade econômica.

Entretanto, como em 2020 começamos a vivenciar um novo momento, em que a evolução tecnológica mudou radicalmente o panorama setorial, inclusive intensificado pela situação de pandemia mundial da Covid-19, percebe-se a preferência pelos serviços de telecomunicações que dão suporte às inovações,

³⁶ KILMAR, Cibelle Mortari; NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Agência nacional de telecomunicações – Anatel: Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 137 e 138.

como: aplicativos, serviços de streaming, entre tantos outros serviços aplicados às telecomunicações que promovem mobilidade, acessos remotos, entre outras facilidades, pela internet.

Esse movimento de percepção social mudou o foco da telefonia fixa, ou seja, a essencialidade do STFC, para um protagonismo da internet, fazendo com que os bens e esforços que eram dedicados unicamente à prestação do STFC em regime público agora sejam empregados para o provimento da internet, que, conseqüentemente, estão voltados ao provimento de tantos outros serviços sem a definição clara de um regime jurídico de essencialidade.

Com o advento da Lei nº 13.879, de 3 de outubro de 2019, alterou-se, ainda, o regime jurídico dos serviços essenciais, para permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviços de telecomunicações de concessão para autorização, na esteira do movimento já exposto no início desse comentário.

Entendemos que é de fundamental importância o rearranjo da organização dos serviços de telecomunicações que permita a existência do dinamismo vivenciado na sociedade como um todo, porém, sem alterações em seu regime jurídico que somente beneficiam o empresariado, em detrimento da coletividade.

Necessário, agora, compreender quais as características inerentes a cada um dos regimes. O regime jurídico público vem previsto nos supracitados artigos 63 e 64, onde foi estabelecido que o serviço (de interesse coletivo) prestado neste regime será explorado mediante concessão ou permissão e, ainda, que existirá a obrigação de universalização e continuidade. Para o serviço explorado no regime público é um dever da União garantir a sua universalização e continuidade.

Assim, nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto e Milene Coscione³⁷, “há, portanto, correspondência entre o perfil conferido pela LGT aos serviços de telecomunicações prestados em regime público e o perfil associado aos tradicionais serviços públicos, especialmente no que tange à sua essencialidade traduzida no dever de o Poder Público garantir a todos o acesso contínuo a esses serviços”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸ também traz importante observação sobre a vinculação do regime público e do serviços públicos:

Em nenhum momento o legislador se refere ao serviço de telecomunicações como serviço público; no entanto, quando fala que o serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, está fazendo uma afirmação que implica necessariamente reconhecimento de que se trata de serviço público, já que a concessão e a

³⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, COSCIONE, Milene Louise Renée. *Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 143.

permissão têm por objeto a delegação da execução de um serviço público; onde não existe serviço público próprio do Estado, não cabe falar em concessão e permissão de serviço público.

[...]

O que realmente o legislador quis fazer, repita-se, foi considerar como serviço público apenas uma parte do serviço de telecomunicações, deixando a outra parte livre à iniciativa privada, que ficará sujeita tão somente à autorização (entenda-se licença) do Poder Público, como tantas outras atividades privadas submetidas ao poder de polícia do Estado.

Deste modo, considerando que o serviço de telecomunicações a ser explorado no regime público é um serviço público, ou seja, de titularidade estatal, só poderá ser prestado por particulares caso haja um ato formal de delegação estatal, uma outorga estatal, no caso a concessão de serviço público, nos termos do artigo 83 da Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

Já os serviços a serem explorados no regime privado não dependem de uma relação contratual a ser firmada através de um contrato de concessão. A exploração destes serviços é pautada nos princípios constitucionais da atividade econômica, conforme previsto no artigo 126 da Lei Geral de Telecomunicações³⁹, o que leva à conclusão de que estes serviços são atividades econômicas em sentido estrito. Sendo assim, não há que se falar em concessão de serviço público para a exploração dos serviços vinculados a esse regime, de modo que serão explorados através de autorizações administrativas, nos termos do artigo 131 da Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

§ 2º A Agência definirá os casos que independem de autorização.

³⁹ Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.

§ 3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

§ 4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União.

Ante o acima exposto, cumpre novamente citar Dinorá Grotti⁴⁰, que traz relevante explicação sobre as diferenças entre os regimes público e privado:

O que muda substancialmente nos serviços públicos em regime público e privado é a relação da prestadora com o Poder Público, principalmente nos seguintes aspectos: a) não há contrato com o poder público, mas sim o estabelecimento de uma relação jurídica não contratual, advinda de uma autorização; b) não há dever de continuidade na prestação dos serviços; c) não há dever de universalização de serviços; d) não há direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; e) o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado; f) os preços são livres, inexistindo, portanto, controle estatal a respeito.

Cibele Fernandes Dias⁴¹ também destaca as diferenças entre os regimes jurídicos de prestação dos serviços de telecomunicações:

É possível destacar as seguintes diferenças entre os regimes jurídicos de prestação dos serviços de telecomunicações: (i) no regime público, o serviço de telecomunicações é delegado mediante concessão ou permissão, há as obrigações – principal da prestadora e subsidiária da União – de universalização e continuidade; (ii) no regime privado, o serviço é delegado mediante autorização, não há dever de universalidade e continuidade, embora quando se trate de prestadora de serviço de interesse coletivo, a Anatel possa condicionar a autorizar à aceitação de encargos decorrentes de “compromissos de interesses da coletividade”; (iii) finalmente, o regime privado é o regime exclusivo de prestação dos serviços de telecomunicações de interesse restrito e não pode ser o regime exclusivo de prestação dos serviços de telecomunicações de interesse coletivo essenciais.

Há quem entenda, contudo, que o regime privado citado na Lei não teria razão de existir, pois se confundiria com o regime público e seria, assim, inconstitucional. Neste sentido, cita-se, novamente, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴²:

Eis, pois, que ao lume dos dispositivos mencionados, é desnecessário discutir ou por reparos em quaisquer tolices ou contradições até infantis da Lei nº 9.472, as quais, de resto, não passariam de meras tolices se não fossem

⁴⁰ GROTTI, Dinorá Musetti. *Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão*. R. Dir. Adm., 2001. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47764>> Acesso em 24 de junho de 2020.

⁴¹ DIAS, Cibele Fernandes. *Serviços de telecomunicações: regime constitucional*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 91.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e telecomunicações*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, 2008. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/red/article/view/725>> Acesso em 24 de junho de 2020.

grosseiramente inconstitucionais, como o tal suposto “regime de direito privado” para a prestação de certos serviços.

Deveras, é visível que o conjunto de preceptivos citados, tanto como o fato das autorizações serem a título oneroso (art. 48, § 1º, da Lei nº 9.472) e eventualmente pendente de licitação (art. 136, § 2º) torna óbvio que dito regime não é de direito privado e nada tem a ver com aquele previsto no artigo 170 da Constituição.

Com efeito, em regime de direito privado, alguém já ouviu falar da necessidade de pagar ao Estado para exercer atividade livre à iniciativa privada, como, por exemplo, para instalar uma indústria, uma fábrica de bicicletas ou para abrir um armazém de secos e molhados? Ou de licitar para abrir uma farmácia, uma papelaria? Ou de alguma autarquia expedir normas e padrões para os equipamentos que prestadores de serviços, como os barbeiros ou os tradutores irão utilizar (art. 19, XVII)? Ou a expedição de regras para determinar a maneira como os encanadores ou prestadores de serviços de informática deverão agir na prestação dos sobreditos serviços (art. 19, inciso X)? Ou “compor administrativamente conflitos entre empresas privadas” (art. 19, XVII)?

De toda sorte, se se quiser – ainda que quase inocuamente – chamar de regime de direito privado o que está previsto na lei nº 9.472 para as atividades em questão, nem por isto ficará despido da pleora de imposições aludidas, as quais também a ele expressamente se reportam e colocam o Estado na obrigação de adotar zelosas providências assecuratórias da melhor qualidade e generalização do serviço, como de resto ocorre em relação aos serviços públicos em geral.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴³ também considera que a Lei Geral de Telecomunicações seria inconstitucional por conta do regime privado previsto, conforme abaixo explicado:

Essa conclusão é reforçada pela norma do art. 126 da Lei nº 9.472, em cujos termos “a exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica”. Vale dizer que submeteu a atividade aos princípios do art. 170, em especial o da livre iniciativa, consagrado no caput do dispositivo. E também ao art. 173, segundo o qual, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Com isso, a Lei nº 9.472 inverteu o sentido da norma do art. 21, XI, com relação a uma parte dos serviços de telecomunicações; esse serviço, cuja titularidade foi atribuída em sua totalidade à União, que tem a possibilidade de delegar a execução ao particular, passou a ser considerado atividade privada, que a União só pode executar por motivo de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, conforme definido em lei. Com a agravante de que a lei não definiu as hipóteses em que o serviço é considerado de interesse restrito e, portanto, passível de prestação em regime privado; deixou à Anatel a incumbência de fazê-lo, em amis uma ofensa ao princípio da legalidade.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 143 e 144.

É evidente que a sistemática adotada na lei, nessa parte, afronta o art. 21, XI, da Constituição, que não permite essa distinção entre os dois tipos de serviço de telecomunicações. O que a lei fez foi privatizar (não a execução do serviço, como ocorre na autorização, permissão ou concessão) mas a própria atividade ou, pelo menos, uma parte dela, o que não encontra fundamento na Constituição.

[...]

A sistemática adotada na Lei nº 9.472, se considerada vantajosa em relação a anterior, dependeria, para ter validade, de alteração da Constituição. Sua adoção por lei que se revela, sob muitos aspectos, inconstitucional constitui apenas um dos exemplos dos avanços do direito administrativo em relação ao constitucional, em franco desprestígio à nossa Constituição e ao princípio da segurança jurídica, que fica seriamente abalado por normais legais de duvidosa ou, às vezes, flagrante inconstitucionalidade, e, portanto, de incontestável fragilidade, porque passíveis de impugnação perante o Poder Judiciário.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Milene Coscione⁴⁴, todavia, discordam das posições acima transcritas, uma vez que admitem a existência do regime privado para as atividades econômicas em sentido estrito:

O STFC apresenta-se hoje como o único serviço de telecomunicações prestado em regime público (art. 64, parágrafo único).

[...]

Tal escolha legislativa deve-se ao caráter de essencialidade que impeliu o Poder Público, repise-se à época de edição da LGT, a assegurar o acesso contínuo e universal dos administrados especificamente a esse serviço de telecomunicações.

Todas as demais espécies de serviços de telecomunicações compreenderiam atividades econômicas (em sentido estrito) passíveis de exploração tão somente por particulares, exceto quando necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173m caput, da CF).

No que tange aos serviços de telecomunicações explorados sob o regime privado, é importante destacar que este se baseia nos princípios constitucionais da atividade econômica (art. 126 da LGT).

A questão vem sendo alvo de discussão no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 1.668/DF proposta pelo Partido Comunista do Brasil, pelo Partido dos Trabalhadores, pelo Partido Democrático Trabalhista e pelo Partido Socialista Brasileiro. A decisão final ainda não foi proferida, mas já foi analisado pedido em sede cautelar, sendo este parcialmente deferido. É objeto de análise a constitucionalidade da Lei Geral de Telecomunicações, sob vários

⁴⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, COSCIONE, Milene Louise Renée. *Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

aspectos, mas destacando-se a coexistência do regime público com o regime privado. Sobre esse aspecto, cumpre transcrever parte dos votos proferidos que indeferiram o pedido cautelar:

Sr. Presidente, não vejo inconstitucionalidade alguma no fato de cada modalidade de serviço estar destinada à prestação exclusivamente do regime público, do regime privado, ou, concomitantemente, a ambos os regimes, sem qualquer exclusão. A Agência poderá definir, e, em alguns casos concretos, há o interesse público no sentido de que um serviço possa ser, ao mesmo tempo, privado – forma pela qual poderá ser financiado - e aberto ao público.

Em países como o nosso, com imensa dimensão territorial, podemos citar como exemplo o sistema de comunicação usado nos rios da Amazônia. Há um sistema de comunicação usado pela Polícia Federal, no Alto Juruá, no Amazonas, ao qual tem acesso o público. Então, temos que a Agência poderá estabelecer essa forma de comunicação.

Não vejo inconstitucionalidade alguma em relação à concomitância, razão pela qual dirijo do emitente Ministro-Relator, e, no que diz respeito ao inciso III do art. 65, peço vênias para inferi-lo (Ministro Nelson Jobim).

Sr. Presidente, peço vênias ao Ministro-Relator para acompanhar o Ministro Nelson Jobim.

Não me parece, à vista da alteração constitucional do inciso XI do art. 21 da Constituição, que haja a impossibilidade essencial de que o serviço, por ser de interesse coletivo, seja prestado em regime público, como está na lei, e, concomitantemente, em regime privado. É esta, má ou boa, a inspiração da revisão constitucional (Ministro Sepúlveda Pertence).

Verifica-se, assim, que a questão é bastante polêmica, dando margem a diversas interpretações. Mas, por ora, há de se concluir que os dois regimes existem, são vigentes e constitucionais.

Logo, considerando as classificações de serviços públicos, atividades econômicas em sentido estrito, serviços de interesse coletivo, serviços de interesse restrito, serviços sujeitos ao regime jurídico público e dos serviços sujeitos ao regime jurídico privado, pode-se concluir que: a) o serviço de interesse restrito não comporta a prestação em regime público⁴⁵; b) dos serviços de telecomunicação existentes, apenas o serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral está sujeito ao regime jurídico público; c) tendo o Poder Executivo decidido por vincular a exploração deste serviço a regime jurídico público, há de se considerar que se trata de um serviço público; d) sendo um serviço público, será o serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral outorgado à iniciativa privada apenas através de concessão de serviço público (art. 83 - polêmica); e) os demais serviços de telecomunicações não foram vinculados ao regime jurídico público, de modo que não existe o dever de

⁴⁵ Art. 67. Não comportarão prestação no regime público os serviços de telecomunicações de interesse restrito.

universalização e continuidade, o que os afasta do regime dos serviços públicos; f) não sendo serviços públicos, estarão os serviços sujeitos ao regime privado, inerente às atividades econômicas em sentido estrito; e que g) os serviços sujeitos ao regime privado serão autorizados.

Ademais, cumpre agora desvendar como funcionam os instrumentos de delegação mencionados, em especial a concessão e a autorização. Faz-se o alerta de que, nos termos do art. 210 da Lei Geral de Telecomunicações, as concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente pela Lei Geral de Telecomunicações, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações.

2.1.1 DAS AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES E A POLÊMICA QUANTO AO SEU ALCANCE

A Lei Geral de Telecomunicações estabelece que os serviços de telecomunicações de regime público serão explorados mediante concessão ou permissão, ao passo que os serviços de regime privado serão explorados mediante prévia autorização da ANATEL. Destacam-se, abaixo, os textos legais que trazem essas previsões:

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade (art. 63).

[...]

Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

[...]

Art. 118. Será outorgada permissão, pela Agência, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão.

Parágrafo único. Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.

[...]

Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

§ 2º A Agência definirá os casos que independem de autorização.

§ 3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

§ 4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União.

Conforme antes já exposto, o Poder Executivo definiu que apenas o serviço telefônico fixo comutado se sujeitará ao regime público, sendo, portanto, a única hipótese sujeita ao contrato de concessão de serviço público. O Poder Executivo poderá estabelecer que outros serviços também se sujeitem ao mesmo regime, mas isto até agora não foi feito.

Outrossim, considerando que as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nº 9.074, de 7 de julho de 1995, não se aplicam à Lei Geral de Telecomunicações, há de se concluir que a mencionada concessão de serviço público será regida por um regime especial.

Quanto às permissões, destaca-se que a Lei Geral de Telecomunicações seguiu a doutrina clássica administrativista ao determinar que servirá apenas para suprir situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço, possuindo caráter transitório até que seja normalizada a situação excepcional, o que reforça a característica da precariedade do instrumento⁴⁶.

Ainda sobre as permissões, é pertinente esclarecer a sua natureza. Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁴⁷ a define como: “a permissão é ato unilateral, discricionário e precário, não envolvendo, por isso mesmo, qualquer direito do particular contra a Administração Pública”. O artigo 123 e seu § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações, corroboram a precariedade do

⁴⁶ “Em suma, e para melhor caracterizar os casos de seu cabimento, poder-se-ia dizer que seu préstimo ajustar-se-ia às hipóteses em que a possibilidade de revogação unilateral a qualquer tempo e sem qualquer indenização – traço que se lhe dava como característico – não acarretaria consequências econômicas perniciosas para o permissionário, sendo, pois, um instituto aplicável sobretudo em face de situações efêmeras, transitórias”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 788)

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 133.

instituto: “Art. 123. A revogação deverá basear-se em razões de conveniência e oportunidade relevantes e supervenientes à permissão. § 1º A revogação, que poderá ser feita a qualquer momento, não dará direito a indenização”. No entanto, há de se observar que a doutrinadora faz a ressalva de que tradicionalmente a permissão é considerada pela doutrina como um ato unilateral, discricionário e precário, mas que, atualmente, o instituto possui características de contrato de adesão⁴⁸. A questão é explicada por José dos Santos Carvalho Filho⁴⁹, que conclui que a permissão tem natureza de contrato administrativo de adesão:

A permissão, em toda doutrina clássica, sempre teve a natureza jurídica de ato administrativo, indicando o consentimento que a Administração dispensava a determinada pessoa física ou jurídica para executar serviço público de forma descentralizada. Essa era, aliás, a marca que a distinguia da concessão de serviço público, qualificada como contrato administrativo.

A Constituição vigente, no entanto, referindo-se à prestação descentralizada de serviços, previu, no art. 175, parágrafo único, a edição de lei para o fim de dispor sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias, aludindo também ao fato de que deveria levar em conta o caráter especial de seu contrato. A expressão suscitou dúvida em sua interpretação, porque, da forma como foi mencionada no dispositivo, parecia alcançar tanto a concessão quanto a permissão.

Para alguns intérpretes, teria havido impropriedade da lei, porque, a considerar-se ambas como contrato, desapareceria fatalmente a única distinção de relevo entre os dois institutos. Outros, entretanto, numa visão mais literal do mandamento constitucional, preferiram advogar o entendimento de que, a partir da Constituição de 1988, a permissão de serviço público haveria de ter a natureza jurídica de contrato administrativo.

Regulamentando a norma constitucional, a Lei nº 8.987/1995 dispôs que a permissão deveria ser formalizada mediante contrato de adesão (art. 40), realçando, assim, o aspecto de bilateralidade do instituto, própria da figura do contrato. A opção se nos afigurou infeliz e só aumentou a confusão entre os estudiosos e administradores públicos, porque, na prática, desapareceu a diferença entre tais delegações. Como já dito, outrora qualificamos a permissão como ato administrativo, mas, tendo em vista o absurdo adotado pela lei, somos forçados a nos render à caracterização nela estabelecida, qual seja, a de contrato administrativo de adesão. O direito é lógica e precisão científica, e nada lhe é mais devastador do que a incongruência e a irrazoabilidade.

Em que pese a polêmica envolvendo as permissões de serviços públicos e a sua natureza, tem-se que tanto as concessões quanto as permissões previstas na Lei Geral de

⁴⁸ Relativamente à permissão de serviço público, as suas características assim se resumem: 1. é contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente (em conformidade com o art. 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição, e do art. 40 da Lei nº 8.987/95), embora tradicionalmente seja tratada pela doutrina como ato unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, *intuitu personae*. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 314)

⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 418 e 419.

Telecomunicações não possuem grande relevância para o presente trabalho, na medida em que, conforme já exposto, apenas os serviços de telefonia fixa foram vinculados ao regime jurídico público. Logo, apenas este tipo de serviço é que poderia ser concedido ou permitido, afastando a sua aplicabilidade para os serviços over the top. Contudo, o mesmo não pode ser dito quanto à autorização.

A autorização prevista na Lei Geral de Telecomunicações gerou bastante controvérsia, principalmente porque a Lei trouxe ao instrumento características que não lhe eram inerentes de acordo com a doutrina administrativista majoritária. Previu o § 1º do art. 131 que a autorização seria um ato vinculado a ser concedido quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. Contudo, a autorização administrativa sempre foi conhecida por ser um ato discricionário e precário. É o que explicam Irene Nohara e Cibelle Kilmar⁵⁰:

No dispositivo em tela, determina-se que a exploração de serviço no regime privado depende de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias. Ainda, determina que a autorização de serviço de telecomunicações é ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, da modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

[...]

Nota-se que a previsão da autorização como ato vinculado foi outro dos temas controvertidos. Isso pois, para a doutrina, até a previsão da lei, era muito comum que houvesse a diferenciação entre licença, estudada no poder de polícia, sendo que, enquanto a autorização é considerada ato discricionário e precário, a licença sempre foi tido como ato vinculado, sendo seu alvará concedido tão logo o particular preenchesse os requisitos legais do deferimento, para desempenhar certa atividade por ato negocial.

Contudo, a LGT subverteu esse raciocínio e disciplinou a autorização em outros termos, tendo criado uma autorização vinculada, sendo, ainda, não sujeita à revogação por conveniência e oportunidade da Administração Pública, ainda que para situações excepcionais e expressamente previstas em lei ordinária.

Isto posto, cumpre trazer alguns conceitos clássicos do instrumento. Cid Tomanik Pompeu⁵¹ define a autorização administrativa como:

Ato administrativo discricionário, pelo qual se faculta a prática de ato jurídico ou de atividade material, objetivando atender diretamente a interesse público

⁵⁰ KILMAR, Cibelle Mortari; NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Agência nacional de telecomunicações – Anatel: Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 224 e 225.

⁵¹ POMPEU. Cid Tomanik. *Autorização administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 199 e 200.

ou privado, respectivamente, de entidade estatal ou de particular, que sem tal outorga seria proibida.

[...]

A definição de autorização administrativa apresentada identifica o instituto de acordo com as formas em que é predominantemente utilizado no direito brasileiro, que o entende como ato discricionário que faculta a prática de ato jurídico, administrativo ou não, e o exercício de atividade material, na qual pode estar incluído, também, o uso privativo de bem público, desde que vise atender interesse imediato do autorizado e não a interesse geral, pois, então, estar-se-ia diante de outros institutos: da permissão, se a outorga fosse mediante ato e da concessão, se por meio de contrato. A predominância foi salientada porque, como observado, as leis federais sobre radiodifusão, telecomunicações e águas, inovando o direito objetivo pátrio, a instituem sob a forma de ato vinculado.

Deve-se ter presente que, em alguns casos, os textos legais, jurisprudenciais ou doutrinários estão utilizando o termo no sentido comum e não no de instituto do direito. Em outras ocasiões, o instituto da autorização administrativa pode estar sendo aplicado de forma incorreta, uma vez que, mais apropriado ao caso, seria outro tipo de ato.

Diógenes Gasparini⁵², por sua vez, assim define a autorização:

É o ato administrativo discricionário mediante o qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material que sem ela lhe seria vedada. Por ser discricionária, não está o Poder Público obrigado a agir conforme a solicitação que lhe fora feita, ainda que o interessado tenha atendido a todos os requisitos legais. São dessa natureza os atos que autorizam a captação de água de rio público. Os direitos outorgados por essa espécie de ato são, em tese, precários. Em face dessa característica, a ninguém é dado exigir da Administração Pública, conforme decisão do STJ, proferida por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 72-DF (DJU, 7 ago. 1989), ou impedir sua revogação (RT, 655:176). A expressão, anote-se, é muitas vezes utilizada com o sentido e o regime da permissão, conforme se vê no § 3º do art. 100 da Lei Orgânica do Município de Cubatão, em São Paulo.

A Constituição Federal, por sua vez, usa esse vocábulo no inciso XII do art. 21 como uma das modalidades de que se pode valer a União para transferir a exploração de serviços de sua competência. Assim, mediante autorização, a União pode trespassar a exploração, por exemplo, dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações ou os serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

Lúcia Valle Figueiredo⁵³ também segue a mesma linha, definindo a autorização conforme abaixo transcrito:

⁵² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 136.

⁵³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 123.

A autorização, sim, é ato administrativo, unilateral e precário, que se presta para serviços públicos emergenciais, não constantes.

De conseguinte, a autorização conserva suas características de ato (e não de contrato), de conteúdo parcialmente discricionário, unilateral e precário, porque passível de ser revogado, quando necessário ao interesse público.

Sirva de exemplo a autorização que vier a ser dada para, durante greves, empresas de turismo prestarem serviços de transporte à população. Ou, em determinados acontecimentos relevantes, qualquer serviço, sem natureza constante, cuja necessidade seja absolutamente aleatória ou passageira.

Está prevista não apenas no texto constitucional, como também na Lei 8.987/1995.

De acordo com os conceitos expostos pode-se perceber que a doutrina classifica a autorização de maneira diversa da que foi estabelecida na Lei Geral de Telecomunicações, uma vez que enquanto a Lei considera que a autorização é um ato vinculado a ser concedido quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias, a doutrina entende que a autorização é um ato discricionário e precário. Assim, considerando a divergência apontada, se faz necessário compreender qual o sentido correto para a expressão ‘autorização’ utilizada.

Parte dos doutrinadores que já se debruçaram sobre o tema entende que a Lei Geral de Telecomunicações utilizou indevidamente o termo autorização, e que o correto seria ter utilizado o termo licença. A doutrina administrativista sempre diferenciou licenças e autorizações justamente por aquela ser vinculada e essa discricionária.

Seguindo essa linha de pensamento, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁴:

Na realidade, a doutrina do direito administrativo brasileiro é praticamente unânime em distinguir autorização e licença pela discricionariedade da primeira e pela vinculação da segunda. No caso de que se trata, tem-se que entender que o vocábulo autorização, na Lei nº 9.472, foi utilizado indevidamente, no lugar de licença.

Fácil é intuir a razão dessa confusão terminológica, em nada benéfica para os estudiosos do direito administrativo e constitucional. O legislador precisava dar uma aparência de constitucionalidade ao tratamento imprimido à matéria de serviço de telecomunicações. Como a Constituição fala em autorização, permissão e concessão, era necessário manter essa terminologia, ainda que de autorização não se trate.

[...]

Também não tem sentido a utilização indevida do instituto da autorização, quando outro existe no direito brasileiro, inteiramente aplicável à situação descrita na lei.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 142 e 144.

Dinorá Grotti⁵⁵ compartilha do entendimento acima:

Sendo a atividade livre à iniciativa privada, sua execução constitui direito subjetivo do particular que preencha os requisitos legais; à Administração Pública incumbe apenas verificar se os requisitos estão presentes e, em caso afirmativo, conferir a licença, como ato vinculado, e não a autorização, que deve ser reservada aos atos discricionários.

Outra parte da doutrina entende que o conceito de autorização teria evoluído, de modo que não seria mais correto o conceito tradicional de autorização acima exposto. É o que explica Alexandre Wagner Nester⁵⁶:

A noção tradicional de autorização atendia às necessidades da época anterior à realidade vivenciada a partir da Constituição de 1988. A evolução do conceito veio a reboque da evolução dos fatos e da necessidade de o direito dar conta a cenários cada vez mais complexos, com a ampliação das situações concretas a serem atendidas e conformadas pelos instrumentos jurídicos.

Logo, se outrora a noção de autorização como ato unilateral, precário e discricionário – que habilita o favorecido ao exercício de uma atividade privada em princípio vedada pela lei, ou faculta o uso de um bem público – era suficiente, isso não mais ocorre.

A figura da autorização pode se prestar a diversos usos, sem prejuízo da concessão e da permissão. É o que se tem visto nos diferentes setores em que ela tem sido empregada, mesmo a contragosto da doutrina.

É preciso saber aproveitar a elasticidade do conceito de autorização para aplicá-lo onde puder ser utilizado de forma eficiente e eficaz. Essa tarefa cabe ao direito positivo, conforme a realidade o exigir. À doutrina cabe o papel de interpretar o direito positivo, sem engessamento que prejudique o manejo adequado dos instrumentos postos à disposição.

Almiro do Couto e Silva⁵⁷ foi outro autor a estudar a questão das autorizações e o conflito existente entre a sua definição clássica e a trazida pela Lei Geral de Telecomunicações, chegando à conclusão de que as autorizações vinculadas estariam em harmonia com a Constituição Federal, conforme abaixo transcrito:

Em lugar de lapso, uma impropriedade ou um “cochilo” do legislador constituinte, isto parece ser, antes, um forte indício de que sua intenção – que,

⁵⁵ GROTTI, Dinorá Musetti. *Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão*. R. Dir. Adm., 2001. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47764>> Acesso em 24 de junho de 2020.

⁵⁶ WALD, Arnaldo, JUSTEN FILHO, Marçal, PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (organizadores). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 125 e 126.

⁵⁷ SILVA, Almiro do Couto e. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público ‘à brasileira’?* RDA 230/59, Rio de Janeiro, Renovar, out.-dez. 2002.

no caso, se confunde com própria ratio legis – foi a de possibilitar maior flexibilidade à atuação da União em face de certas atividades econômicas de interesse coletivo. A ela será dado escolher entre a execução direta da atividade ou do serviço ou permitir a execução por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão.

[...]

Conquanto um critério de definição de serviço público a partir das formas ou espécies pelas quais ele possa ser delegado a terceiros seja lógica ou cientificamente insustentável, de qualquer maneira, a coexistência desses três termos, autorização, concessão e permissão, no corpo da Constituição, a qual não pode ter expressões incongruentes, excrescentes ou inúteis, obriga o intérprete a buscar o adequado sentido de cada um deles dentro do sistema.

[...]

Por certo, se a Constituição ao usar determinada expressão ou conceito o faz invariavelmente no sentido que lhe atribui a doutrina, ao qual não se contrapõem princípios contidos, expressa ou implicitamente na própria Constituição, poder-se-á daí tirar acertadamente a conclusão de que a Constituição incorporou ao seu texto conceito em sentido rigorosamente técnico-jurídico. Ocorre, porém, que nem todos os conceitos jurídicos são unívocos e aceitos indiscrepantemente na doutrina. Por outro lado, no ponto que nos interessa, parece ter ficado claro que a Constituição nem sempre emprega a palavra “autorização” como sinônimo de ato administrativo discricionário, concessivo de alguma vantagem, geralmente a título precário. Ou, com outras palavras, o conceito constitucional de “autorização” é mais amplo do que o corrente do direito administrativo nacional, compreendendo tanto atos discricionários, como atos vinculados, que a doutrina chama de licença.

Seguindo essa linha de pensamento, chega-se a perceber que a autorização para prestar serviço público de telecomunicações em regime privado, com a natureza de ato vinculado, como prevista na legislação ordinária, está em perfeita harmonia com a Constituição, não só no que tange às disposições do inciso XI, do art. 21, como também com o princípio da igualdade.

Marçal Justen Filho⁵⁸ segue a mesma linha de raciocínio, não verificando prejuízo na existência de autorizações discricionárias e de autorizações vinculadas:

A expressão autorização tem sido utilizada na Constituição e nas leis em diversas acepções.

Segundo a concepção tradicional, a autorização é um ato administrativo editado no exercício de competência discricionária, tendo por objeto o desempenho de uma atividade privada, o exercício de um direito ou a constituição de uma situação de fato, caracterizada pelo cunho de precariedade e revogabilidade a qualquer tempo.

A autorização também é utilizada para indicar o ato administrativo unilateral e precário editado no exercício de competência discricionária que faculta a um particular a prestação de serviço público ou o uso temporário de bem público.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 257 e 258.

O problema reside em que o vocábulo autorização passou a ser utilizado em situações incompatíveis com as ideias acima expostas. Assim, por exemplo, o art. 170, parágrafo único, da CF/1988 alude à autorização para o exercício de atividade econômica, o que não se compatibiliza com a concepção de uma competência discricionária.

Por igual, o art. 21, XI e XII, da CF/1988 refere-se à autorização para a exploração por particulares de atividades que, em princípio, são configuradas como serviço público. Nesses casos, autorização é utilizada em sentido próximo ao de licença.

Em muitos casos, a outorga da autorização pressupõe a realização de licitação e se faz a prazo certo. Assim se passa, por exemplo, no tocante aos serviços de telecomunicação prestados em regime privado.

Não existe, portanto, um sentido único e predeterminado para o vocábulo autorização. Mas é possível reconhecer que a figura da autorização tem sido usualmente utilizada para indicar atos administrativos que são destinados a facultar a um particular, o desempenho de atividades privadas dotadas de relevância perante terceiros ou vinculadas à satisfação de um interesse coletivo. Em muitos casos, o desempenho da atividade autorizada é facultativa. Assim se passa no caso das profissões regulamentadas (tal como a advocacia). Em outros, a outorga da autorização acarreta a obrigatoriedade da implantação e manutenção da atividade, e a cessação do seu exercício impõe a extinção da autorização. É o que se verifica, por exemplo, no tocante aos serviços de telefonia móvel celular.

Portanto, é indispensável identificar o sentido jurídico atribuído ao vocábulo "autorização" em cada caso concreto.

Se a autorização tiver sido outorgada por prazo certo, condicionada ou não ao preenchimento de determinados requisitos, não se admite a sua revogação mediante simples invocação de conveniência administrativa.

Jacinto Arruda Câmara⁵⁹ dedicou um artigo para tratar das autorizações administrativas vinculadas no setor de telecomunicações, merecendo destaque o trecho abaixo transcrito:

Há uma definição fortemente arraigada na cultura jurídica nacional, segundo a qual, por autorização, quer-se designar um “ato administrativo de natureza discricionária” e, em geral, por essa característica, normalmente precária, que pode ser extinta (revogada) de maneira unilateral, sem que proporcione qualquer direito a indenização em favor do autorizado.

Essa ideia, porém, não se vê reproduzia em toda legislação. É possível encontrar relevantes exemplos de autorizações que contrariam esse modelo doutrinário. Exemplo marcante desse descompasso – que, justamente por isso, elegi como objeto de análise – é o da autorização criada pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT) (Lei nº 9.472m de 16 de julho de 1997). Ao contrário do que apregoa a clássica doutrina brasileira, o legislador optou por atribuir a esse instrumento de outorga segurança e estabilidade jurídica.

⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, 616, p. 587 e ss.

[...]

O sentido dado pela LGT à autorização para prestar serviços de telecomunicações não obedeceu ao figurino traçado pela doutrina tradicional brasileira. Na legislação do setor, referido instrumento foi concebido para viabilizar a prestação de serviços de telecomunicações em regime privado. Regime este que, por definição do Poder Executivo, é aplicável a todos os serviços de telecomunicações, inclusive ao serviço de telefonia fixa (STFC), que o admite no sistema de concomitância com o regime público.

Por esta aplicação já se percebe que a receita reproduzida nos manuais, de acordo com a qual a autorização seria um instrumento precário e discricionário para exercício de determinada atividade, não é adequada ao perfil instituído pela LGT. E a lei bem acentuou tais diferenças.

A ausência de precariedade está bem marcada quando se prevê, para a hipótese de extinção da autorização por razões de interesse público, um prazo mínimo de cinco anos para a prestadora continuar explorando o serviço. Se houver necessidade de paralisação imediata da exploração do serviço em regime privado, a lei assegura o direito à indenização prévia da autorizatória, prevendo como mecanismo para efetivação desta medida a desapropriação. É o que dispõe o art. 141 da LGT.

[...]

Noutro ponto relevante para a presente análise, a LGT foi ainda mais direta. Deveras, já na própria definição do instrumento buscou-se afastar a equivocada ideia de que a expedição desses atos (as autorizações para prestar serviços de telecomunicações) dependeria de análise discricionária da Agência. Isto foi feito ao caracterizar a aludida autorização como ato vinculado.

Diante de todo o exposto, é possível afirmar que o uso do termo “autorização” causou grande controvérsia, mas que boa parte da doutrina já vem se posicionando do sentido de que a autorização pode ser utilizada com caráter vinculativo e não precário, sem que isso seja causa de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Jacinto Arruda Câmara⁶⁰ conclui, neste sentido, que:

É inegável a existência de autorizações vinculadas, que podem conviver com autorizações de outro tipo, marcadas pela discricionariedade e precariedade. É o que se extrai do ordenamento jurídico brasileiro, com respaldo na experiência internacional.

Ademais, as polêmicas envolvendo as autorizações administrativas não param por aí. A doutrina também discute se as autorizações administrativas seriam um dos instrumentos capazes de outorgar a execução de serviços públicos, não se limitando, apenas, às atividades econômicas em sentido estrito. A doutrina tradicional costumava defender que os serviços públicos apenas poderiam ser concedidos ou permitidos, nos termos do artigo 175 da

⁶⁰ Idem., p. 597.

Constituição Federal. A autorização não seria adequada para a exploração de um serviço público, considerando que o artigo 175 do texto constitucional não trouxe a previsão⁶¹.

A autorização administrativa, assim, seria adequada apenas para autorizar a exploração de atividades econômicas em sentido estrito, nunca serviços públicos. Entendia-se, conforme já exposto, que se tratava de um instrumento discricionário e precário, o que seria incompatível com a exploração de um serviço público. Contudo, hoje já se fala em autorização de serviços públicos e em autorizações vinculadas, apesar de ainda ser um tema bastante polêmico.

Neste sentido, explica Vitor Rhein Schirato⁶²:

É dizer, a Constituição de 1988 trouxe, de forma expressa e inequívoca, a determinação de que certas atividades comumente erigidas pela ordem jurídica a serviços públicos poderiam ser exploradas por particulares em regime de autorização. Com isso, certas concepções há tempos demarcadas no direito administrativo brasileiro foram postas em jogo, como o caráter precário, unilateral e discricionário das autorizações, a distinção entre licença e autorização, sua prestabilidade para a delegação de serviços públicos entre outros (...).

Como exemplo dos que defendem que os serviços públicos podem ser concedidos, permitidos e autorizados cita-se Sergio Ferraz e Amauri Feres Saad⁶³:

Segundo já antes se afirmou, três são as principais modalidades aqui traçadas pela Constituição: concessão, permissão e autorização.

De plano, uma advertência: o fato de no art. 175 da CF não se mencionar a autorização não implica a impossibilidade de usar a figura em tela para delegar a prestação de serviço público. Se isso fosse verdade – o que não é –, chegaríamos ao impensável absurdo de não considerar públicos os serviços de correios, telecomunicações, radiodifusão, transporte e tantas outras prestações essenciais à coletividade para as quais expressamente os arts. 21 e 30 (para mera exemplificação) da CF preconizam a modalidade de autorização. A par disso, insta considerar que a titularidade de tais serviços, constitucionalmente distribuída aos entes federados (União, Estados, Municípios, Distrito Federal), importa a atribuição a eles do poder de escolher, para as pertinentes delegações, o modelo que considerarem mais adequado para a plena consecução dos interesses coletivos visados.

Vitor Rhein Schirato, contudo, entende que a atividade autorizada nunca será um serviço público. Na opinião do autor, a atividade autorizada pode estar em concorrência com um serviço público, mas será sempre uma atividade econômica em sentido estrito. Ter-se-ia, assim, uma

⁶¹ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

⁶² SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 311.

⁶³ FERRAZ, Sergio; SAAD, Amauri Feres. *Autorização de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 29.

concorrência com assimetria de regimes⁶⁴. As autorizações serviriam, portanto, para permitir ao particular explorar uma atividade que também pode ser um serviço público, mas em outro regime que não o de serviço público. Para melhor compreensão, cumpre transcrever trecho da obra de Vitor Rhein Schirato sobre a livre iniciativa nos serviços públicos⁶⁵:

A razão dessa compreensão é simples e decorrente do próprio texto constitucional: o artigo 175 da Constituição não prevê as autorizações como forma de delegação de serviços públicos, mas, apenas, a concessão e a permissão. Portanto, quando se fala em autorização não se pode ter como objeto a prestação de uma atividade em regime de serviço público, mas, sim, o desempenho de uma atividade que demanda prévia aprovação da administração pública para ser explorada e que poderá ser materialmente concorrente de um serviço público.

Até hoje não existe um consenso doutrinário sobre a questão, mas, para o presente trabalho, a problemática não é tão relevante, considerando que a Lei Geral de Telecomunicações é bastante clara ao estabelecer que os serviços sujeitos ao regime público (serviços públicos) somente serão outorgados através de concessão ou permissão, demonstrando a observância ao art. 175 do texto constitucional. A Lei Geral de Telecomunicações também vincula as autorizações ao regime privado, afastando, portanto, a ideia de que as autorizações poderiam servir como instrumento de outorga para serviços públicos de telecomunicações.

Assim, admitindo-se a existência de autorizações administrativas vinculadas e considerando que as atividades econômicas em sentido estrito da Lei Geral de Telecomunicações dependem de autorização, cumpre entender se os serviços over the top necessitariam, em tese, de autorização para que fossem regularmente explorados ante o Direito brasileiro.

Mas, antes, é necessário trazer ao presente trabalho uma relevante questão que vem sendo debatida no mercado das telecomunicações, que é a possibilidade de as concessões de telecomunicações serem transformadas em autorizações, nos termos da Lei Federal n. 13.879/2019.

⁶⁴ É necessário, ainda, demarcar que as autorizações, embora sujeitas a intensa regulação estatal, não implicam a existência do regime de serviço público, tendo-se em vista que as atividades autorizadas não são serviços públicos. No caso da concorrência entre agentes detentores de concessões e agentes detentores de autorizações, haverá sempre uma concorrência com assimetria de regimes. (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 317)

⁶⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 316.

2.1.2 DA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DAS CONCESSÕES DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES EM AUTORIZAÇÕES

A Lei n. 13.879/2019 foi editada com o objetivo de revolucionar o setor de telecomunicações, sendo a principal mudança trazida a possibilidade de adaptar o instrumento de concessão para autorização. Pretendia-se adaptar as atuais concessões de telefonia fixa para autorizações, principalmente porque o modelo atual de concessões vem se mostrando deficitário, muito em função da evolução do mercado e da drástica redução do uso da telefonia fixa.

É o que explicam Caio Mário Pereira Neto e Mateus Piva Adami⁶⁶:

No atual contexto de mercado, um modelo de concessões carregado de obrigações deficitárias encontra sérios problemas para se manter ao longo do tempo, dada a intensa competição com prestadores do serviço em regime privado – tanto fixos quanto móveis – o que gerou o problema de sustentabilidade do modelo, já reconhecido pela própria Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”). De fato, a massificação do serviço de telecomunicações foi efetivamente proporcionada pelo Serviço Móvel Pessoal, explorado em regime privado, sob o regime do art. 170, parágrafo único, da Constituição. Atualmente, para cada aparelho fixo em atividade, temos cerca de 7 aparelhos móveis, e esse número não para de crescer.

Assim, se o atual contexto não é compatível com um regime de concessões, não há sentido em obrigar o Estado a utilizar esse modelo, em qualquer extensão, apenas para obrigar o cumprimento de uma suposta formalidade.

A formalidade referida é a necessidade de exploração do serviço público através de concessão ou permissão de serviço público, nos termos do art. 175 do texto constitucional. Conforme já exposto no capítulo anterior, a autorização de serviços públicos ainda é um instrumento polêmico.

Admitida a possibilidade de autorização para a prestação de serviços públicos, seria possível a adaptação proposta pela Lei n. 13.879/2019, sem maiores problemas, desde que fossem preservados os interesses da coletividade. Contudo, a adaptação proposta implica em mudar os serviços do regime jurídico público, para o regime jurídico privado, uma vez que a Lei Geral de Telecomunicações determina, no parágrafo único do art. 83, que os serviços de telecomunicação em regime público são prestados mediante concessão. Deste modo, falar em serviço autorizado significa falar em regime privado.

⁶⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário; ADAMI, Mateus Piva. *Do orelhão à banda larga: desmistificando o PL 79/2016*. JOTA, 2017. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/do-orelhao-a-banda-larga-desmistificando-o-pl-792016-09032017>>. Acesso dia 17/11/2019, às 19h18.

O regime público estabelece as obrigações de universalização e continuidade dos serviços, já o regime privado é baseado nos princípios constitucionais da atividade econômica. Assim, surge o questionamento de se as concessões a serem adaptadas ao regime privado deixariam de ter essas obrigações. O regime público foi criado para garantir que serviços considerados essenciais fossem disponibilizados a todos, razão pela preveu-se, à época, que os serviços de telefonia fixa deveriam seguir o regime público. No entanto, hoje a essencialidade do serviço de telefonia fixa é extremamente discutível. Passados mais de 17 anos da desestatização do setor de telecomunicações, a inovação tecnológica alterou profundamente o setor, de modo que os usuários utilizam muito mais os serviços de telefonia móvel do que fixa. A banda larga também ganhou muita importância e até foi criado o Plano Nacional de Banda Larga.

Não se verifica, portanto, uma necessidade de manter os investimentos na área de telefonia fixa. Soma-se a isso, o fato de que existe urgência de investimentos em banda larga de internet. Desse modo, pensou-se ser possível mudar o foco dos investimentos. Buscou-se, por esta razão, o estabelecimento de condições para a extinção antecipada das concessões, prevendo-se que as antigas concessionárias assumissem compromissos de interesse da coletividade associados a investimentos em banda larga, como contrapartida à migração para um regime de autorização (privado)⁶⁷.

Carlos Ari Sundfeld⁶⁸ esclarece bem a questão:

A situação das concessões de telecomunicações atuais lembra a daqueles serviços que outrora foram essenciais, mas cujo uso foi declinando com o tempo. Os serviços telefônicos concedidos estão perdendo interesse, têm hoje demanda decrescente, porque as pessoas passaram a ter outras opções, fornecidas pelas empresas autorizadas, com base na liberdade, ou por aplicativos variados. O poder público pode até considerar que a existência desse serviço continua a ser importante, mas a demanda não é como antes. O que fazer nesse cenário? A saída é evidente: a concedente tem de, por acordo, diminuir as obrigações associadas à prestação dos serviços concedidos, para ajustá-las às possibilidades da receita e ao efetivo interesse do conjunto de usuários. É algo como um ajuste das metas, das obrigações do serviço.

Não faz sentido, em um contrato de concessão que tem por objetivo serviço cuja demanda e receita são declinantes, cogitar de aumentar o escopo dos serviços, para incluir atividades e prestações que o mercado já pode oferecer, e oferece, em regime de liberdade. Em suma: não faz sentido querer, por

⁶⁷ PEREIRA NETO, Caio Mário; ADAMI, Mateus Piva. *Chegou a hora da mudança nas telecomunicações*. JOTA, 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/chevou-a-hora-da-mudancas-telecomunicacoes-15102019>>. Acesso em 17/11/2019, às 19h20.

⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *O desenvolvimento futuro das telecomunicações brasileiras e o papel das concessões*. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 219.

acordo, ampliar as concessões atuais por meio da publicização de serviços que as empresas hoje prestam em regime privado (ex.: banda larga). A razão é óbvia: isso não gera para as concessionárias vantagens capazes de complementar a renda declinante com a telefonia, ou de viabilizar novos investimentos, nos serviços acrescidos.

As disposições da Lei n. 13.879/2019 foram regulamentadas pelo Decreto Federal n. 10.402, de 17 de junho de 2020, mas é importante observar os requisitos estabelecidos na Lei para que a concessão possa ser adaptada ao regime das autorizações. A Lei estabeleceu que a concessionária que deseje a adaptação deverá: manter a prestação do serviço adaptado; assumir compromisso de cessão de capacidade que possibilite essa manutenção, nas áreas sem competição adequada; manter as ofertas comerciais do serviço adaptado existentes à época da aprovação da adaptação nas áreas sem competição adequada; assumir compromissos de investimento; e prestar garantia para as obrigações assumidas.

Discute-se, ainda, o valor econômico envolvido na adaptação, principalmente por conta dos bens reversíveis das concessões. Em um modelo de autorizações, as concessões seriam antecipadamente extintas, mas deverão ser feitos investimentos no valor correspondente aos bens reversíveis. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara⁶⁹ explicam o regime da reversão de bens no setor de telefonia fixa:

As características dessa reversão aberta em telecomunicações podem ser sintetizadas como segue:

- a) As concessões de STFC, com respaldo na Lei Geral de Telecomunicações – que permitiu às concessionárias o uso de equipamentos e de infraestrutura de terceiros (art. 94, I) – não contêm um rol taxativo de bens cujos direitos de propriedade devessem pertencer às concessionárias, para poderem ser revertidos ao final dos contratos para o concedente. Portanto, nessas concessões, a reversão não foi adotada como meio de constituir patrimônio público para exploração futura, mas apenas para fins funcionais: viabilizar a continuidade, na forma em que estiverem funcionando, dos serviços que, à época da extinção das concessões, forem ainda prestados em regime público.
- b) Extintas as concessões, as empresas têm o direito de continuar existindo e de prestar, como autorizatárias, os serviços que operam (as autorizações, ao contrário das concessões, não têm vigência sujeita a termo final – art. 138 da LGT), mantendo o patrimônio que lhes pertence e que foi adquirido com recursos delas e de seus acionistas. A reversão prevista nos contratos de concessão não pode alcançar todo esse patrimônio, que é privado, nem comprometer a estabilidade das empresas, cuja atuação nos serviços objeto de autorização é anterior à própria privatização, e foi ampliada desde então nos termos da lei.
- c) Os contratos de concessão previram a transferência ao concedente, a título de reversão, apenas de direitos sobre os bens estritamente “indispensáveis à prestação do serviço” de telefonia fixa. Indispensáveis são somente aqueles

⁶⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral*. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/45093>>. Acesso em 17/11/2019, às 19h20.

cuja ausência inviabilize a execução material do serviço, por serem “necessários” (e não meramente “úteis” – conceitos do art. 96 do Código Civil). A reversão, portanto, ficou limitada aos direitos sobre os bens que, ao final do prazo da concessão, continuarem sendo instrumentos diretos, atuais e indispensáveis à própria execução material do serviço público. Ficam excluídos da reversão bens da empresa com outras destinações que não a prestação mesma do serviço (bens sem utilização atual, bens usados para fins de renda, bens usados em atividades meramente administrativas, bens usados na prestação de serviços outros que não os concedidos, etc.).

d) No caso dos bens da empresa que sejam compartilhados entre os serviços objeto de autorizações (SCM e o SeAC, por exemplo) e o serviço de STFC objeto da concessão, não há fundamento para a reversão integral do direito de propriedade, pois ele não é “indispensável” à prestação do STFC, nem integra o acervo da concessão. Nesse caso, o que deve reverter para o concedente é apenas o direito de uso sobre a rede ou equipamento compartilhado, no modo e quantidade estritamente necessários à continuidade da execução material do STFC concedido, permanecendo a propriedade com a sua titular.

A polêmica da questão está no fato de que o Tribunal de Contas adota uma concepção patrimonialista de concessão, ao passo que a ANATEL adota uma concepção funcionalista de concessão. A concepção patrimonialista considera que todo o acervo da concessão faz parte dos bens reversíveis, mas a concepção funcionalista entende que são reversíveis apenas os bens indispensáveis para a continuidade dos serviços concedidos.

Sobre a problemática, assim se manifestou a Corte de Contas da União (ACÓRDÃO 2142/2019 – PLENÁRIO):

1. As operadoras de telefonia fixa comutável adquiriram controle acionário das antigas subsidiárias da Telebrás, sabendo que os bens reversíveis existentes teriam de ser revertidos ao Poder Concedente ao final da concessão, sem indenização. 2. Ainda que o serviço público de telefonia fixa tenha sido concedido sem o intuito de acumulação de patrimônio, o Poder Público não renunciou aos bens reversíveis então existentes, nem aos que viessem a se incorporar ao acervo das concessões. 3. A obrigatoriedade de controle dos bens reversíveis não adveio da aprovação, pela Anatel, do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, mas da publicação da Lei 9.472/1997 e da celebração dos contratos de concessão de STFC, os quais contêm dispositivos expressos e implícitos que assim requerem. 4. O inventário de bens reversíveis existentes em 1998 é imprescindível para que sejam reclamados das operadoras de STFC ao final da concessão, bem assim para deduzir o valor correspondente a desvinculações, alienações, onerações e substituições relativos a esses bens das indenizações que venham a ser pleiteadas pelas concessionárias ao término da concessão. 5. Após vinte anos de negligência da Anatel, no cumprimento de suas obrigações legais, contratuais e regulamentares, já não é factível obter as informações sobre a totalidade das operações de desvinculações, onerações ou substituição realizadas desde 1998 com bens vinculados ao serviço de telefonia fixa, único meio seguro de obstar indenizações indevidas e dissipação de bens reversíveis; o máximo que ainda se pode aspirar é a mitigação da perspectiva de dano.

Percebe-se, deste modo, que a posição da Corte de Contas e dos doutrinadores acima citados, quanto aos bens reversíveis, é diferente. A ANATEL entende, ainda, que o TCU estaria invadindo a área técnica, de competência da Agência, ao determinar como deve ser o regime de reversão dos bens.

A questão foi, inclusive, judicializada com a proposição de ação civil pública perante a Justiça Federal do Distrito Federal (processo n. 1043563-46.2020.4.01.3400). A ação tem como objetivo a suspensão dos artigos 5º, parágrafos 2º e 3º, e do parágrafo único do art. 6º, e do art. 12 do Decreto n. 10.402/2020, sendo determinado que as rés (União e Anatel) adotem a metodologia para o cálculo do saldo relativo aos bens reversíveis vinculados aos contratos de concessão, conforme disposto nas determinações exaradas na ação civil pública nº 0029346-30.2011.4.01.3400 e pelo Tribunal de Contas da União com relação aos bens reversíveis vinculados aos contratos de concessão do STFC.

Os autores da ação argumentam que tanto o Decreto 10.402/2020 quanto a metodologia definida pela ANATEL para os bens reversíveis (concepção funcionalista) representam riscos de danos graves e de difícil reparação ao erário e ao interesse público.

A ação civil pública ainda está em curso, mas em sede liminar já foi indeferida a tutela de urgência, nos termos abaixo:

Outrossim, cabe reconhecer que as alterações inseridas na LGT e refletidas no Decreto nº. 10.402/2019, ao que parece, respeitaram as exigências do processo legislativo, de sorte que, ao menos neste instante processual, presumem-se legais, cuja vontade do legislador replicada no ato presidencial devem ser preservados, não podendo o Judiciário agir, via de regra, para impugnar o mérito das escolhas da Administração Pública que, a princípio, possuem competência para eleger a metodologia que melhor atenda ao interesse público, notadamente se essas escolhas foram precedidas de debate amplo com os setores envolvidos. Forte em tais razões, INDEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA.

Verifica-se, deste modo, que se trata de um tema bastante complexo e que ainda não existe uma definição para a controvérsia. Deve ser observado, no entanto, que a subavaliação dos bens reversíveis pode ser bastante prejudicial, pois, conforme já exposto, o valor apurado será utilizado para que se façam novos investimentos em banda larga. Assim explica Flavia Levêfre⁷⁰:

⁷⁰ URUPÁ, Marcos. Entidades da sociedade civil apresentam ação contra União e Anatel questionando decreto do novo modelo. Teletime, 2020. Disponível em: <<https://teletime.com.br/06/08/2020/entidades-da-sociedade-civil-apresentam-acao-contra-uniao-e-anatel-questionando-decreto-do-novo-modelo/>> Acesso em: 22 de novembro de 2020.

De acordo as regras de migração dos contratos de concessão para autorizações, vai se apurar o valor da concessão, incluindo o valor dos bens reversíveis, e o que for apurado será utilizado para se firmar compromissos das empresas para se fazer novos investimentos em redes de banda larga. Ou seja, se a gente subavaliar esses bens como Anatel está fazendo, vamos ter menos investimentos na nova infraestrutura de redes para atender a demanda do brasileiro por banda larga.

Ou não tendo dinheiro para tal, a sociedade ficará sem acesso, sem infraestrutura, sem a democratização da infraestrutura de banda larga. Significa a manutenção desse fosso digital imenso que é a desigualdade de acesso à internet no Brasil, tão clara agora nesse cenário de pandemia.

Irene Nohara e Cibelle Kilmar⁷¹ também demonstram preocupação com a problemática dos bens reversíveis:

De modo mais grave, a reforma da LGT buscou soluções apressadas para remendar a problemática da reversibilidade dos bens. Trata-se de questão muito discutida, pois diz respeito aos ativos essenciais e efetivamente empregados no desenvolvimento da prestação dos serviços concedidos e que, por sua vez, prestam-se a ser empregados em tantos outros múltiplos serviços de telecomunicações, os quais utilizam essas redes como suporte à sua prestação.

Na questão problemática relacionada ao cálculo dos bens reversíveis, até 2025 esse patrimônio deverá ser devolvido à União ou se valor deve ser destinado a investimento em banda larga, conforme instituído pelo artigo 144-B, § 3º. Está em trâmite perante a ANATEL, através da Consulta Pública nº 19, a proposta de regulamento de continuidade do STFC, que substituirá o vigente regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução nº 447, de 19 de outubro de 2006.

A reforma da LGT estabeleceu, no artigo 144-C, que o cálculo dos bens reversíveis, aqueles geradores de receita, como as redes de telecomunicações, terá seu valor estipulado pelo valor presente líquido do fluxo de caixa gerado, e não pelo valor residual, o que aumentaria sobremaneira a avaliação desse patrimônio. Nesse sentido, a redação que, para efeito do cálculo do valor econômico, serão considerados bens reversíveis, se houver, os ativos essenciais e efetivamente empregados na prestação do serviço concedido.

O impasse quanto à reversibilidade dos bens é problemático. De um lado tem-se o ponto do Tribunal de Contas da União, que quer a maior valoração possível dos bens reversíveis, o que seria bastante importante considerando que o valor deverá ser utilizado para investimentos em banda larga. De outro lado, tem-se que considerar apenas os bens essenciais como reversíveis, significaria menores investimentos em banda larga, mas isso tornaria a migração para o regime de autorização mais atraente. Explica-se. As concessionárias não são obrigadas a migrar para o regime de autorizações, trata-se de uma escolha. Se o valor a ser investido em

⁷¹ KILMAR, Cibelle Mortari; NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Agência nacional de telecomunicações – Anatel: Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 243.

banda larga for extremamente alto, não haverá, em tese, interesse na migração dos regimes. Se o valor for mais “razoável”, as empresas concessionárias estarão muito mais propensas a optar pela migração e garantir, assim, mais investimentos em banda larga, algo necessário atualmente. Neste sentido, pertinente a conclusão de Carlos Ari Sundfeld⁷² sobre o tema:

A constatação final é que, se o Estado não conseguir fazer a adaptação nos grandes contratos vigentes, para adequá-los à nova realidade, e se também não superar a atual celeuma sobre a reversibilidade nesses contratos, mantendo a atual insegurança jurídica, possivelmente as grandes empresas concessionárias terão dificuldades importantes para assumir um plano agressivo de investimentos. Há, portanto, um risco de paralisia. Ademais, se o Estado acreditar na ilusão de que o futuro das telecomunicações brasileiras é a ampliação do escopo dos atuais contratos de concessão, para incorporar serviços que as empresas hoje já prestam em regime de autorização, vai perder tempo e gerar crises artificiais. Tentar estabilizar o patrimônio relevante das grandes empresas e publicizar serviços como banda larga e comunicação móvel é o caminho do impasse, não do desenvolvimento.

Deve ser mencionado, ainda, que a União Internacional de Telecomunicações, a pedido da Anatel, contratou um consórcio de empresas para fazer um levantamento para identificar e inventariar os bens reversíveis. O mencionado consórcio também deve analisar a conformidade dos modelos de custos vigentes e o cálculo do valor econômico associado à adaptação da concessão da telefonia fixa para o regime de adaptação⁷³.

Feito este breve parêntese sobre a adaptação das concessões para autorizações, volta-se o foco para a classificação dos serviços over the top, a fim de verificar se necessitariam de autorização para a sua exploração.

2.2 SERVIÇO OVER THE TOP COMO ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO – SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO

Para responder a questão de se os serviços over the top estariam sujeitos a alguma outorga estatal, como a autorização, é necessário compreender o conceito de Serviços de Valor Adicionado e a diferença existente para com um Serviço de Telecomunicações.

A Lei Geral de Telecomunicações esclarece, em seu art. 60, que Serviço de Telecomunicações “é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”. O § 1º deste artigo completa a conceito, afirmando que “telecomunicação é a transmissão, emissão

⁷² SUNDFELD, Carlos Ari. *O desenvolvimento futuro das telecomunicações brasileiras e o papel das concessões*. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 219.

⁷³ DO AMARAL, Bruno. Anatel contrata consultoria para determinar saldo da migração. Teletime, 2020. Disponível em: <<https://teletime.com.br/24/11/2020/anatel-contrata-consultoria-para-determinar-saldo-da-migracao/>> Acesso em: 24 de novembro de 2020.

ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

Como visto, trata-se de um conceito bastante amplo, de modo que seria possível imaginar que os serviços over the top seriam um serviço de telecomunicações, na medida em que atuam dentro dos parâmetros descritos acima. Como exemplo, cita-se o WhatsApp, que possibilita a transmissão de diversos conteúdos entre os seus usuários.

Contudo, há de se observar que a Lei Geral de Telecomunicações não se limitou a conceituar os Serviços de Telecomunicações, criando também a figura dos Serviços de Valor Adicionado (SVA), nos termos do art. 61, abaixo transcrito:

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.

Percebe-se, assim, que as empresas prestadoras de serviços de valor adicionado não devem ser confundidas com operadoras de serviços de telecomunicações, sendo consideradas usuárias destes serviços.

Tal assertiva ficou clara com a edição da Resolução nº 73/1998 da ANATEL, que expressamente estabeleceu que os serviços de valor adicionado não são serviços de telecomunicações, conforme art. 3º, II, abaixo transcrito:

Art. 3º Não constituem serviços de telecomunicações:

[...]

III – os serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei 9.472 de 1997.

Assim explica Victor Oliveira Fernandes⁷⁴:

⁷⁴ FERNANDES, Victor Oliveira. *Regulação de serviços de internet: desafios da regulação de aplicações over-the-top (OTT)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 154.

A conceituação de SVA, portanto, remete a serviços que empregam, de forma genérica, funcionalidades de processamento de informações executadas sobre as redes de comunicação, tal como ocorre com os serviços OTT. Os prestadores desses serviços se caracterizam como simples usuários dos serviços de telecomunicações que lhes dá suporte (art. 61, § 1º). A imposição de condicionamento ao seu uso por parte da Anatel só é admitida para que seja assegurado o uso das redes de serviços de telecomunicações, bem como o adequado relacionamento entre prestadoras de serviços de telecomunicações e de SVA (art. 61, § 2º).

Floriano de Azevedo Marques e Milene Louise Coscione⁷⁵ também compartilham do entendimento de que os serviços não se confundem:

Os serviços de valor adicionado não são serviços de telecomunicações. Estes se caracterizam pela complementaridade aos serviços de telecomunicações, isto é, agregam aos serviços de telecomunicações utilidades que não lhe são próprias e sim acessórias.

Os provedores de acesso à internet (inclusive os de alta velocidade) são usuários de serviços de telecomunicações.

Os serviços de valor adicionado proporcionam aos usuários acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações que se encontram de posse do próprio provedor deste serviço. Nestes casos, grosso modo, pode-se dizer que tudo quanto se agrega de valor às telecomunicações e se oferece ao usuário é SVA.

[...]

Os serviços de telecomunicações independem e não se confundem com os serviços de valor adicionado e submetem-se à regulamentação e controle absolutamente distintos. Não obstante, os serviços de valor adicionado inexistem na ausência dos serviços de telecomunicações.

Carlos Ari Sundfeld⁷⁶ explica que os serviços de valor adicionado não se confundem com os serviços de telecomunicações, destacando, ainda, quais os objetivos por trás desta diferenciação:

Já é possível notar, pela própria definição encampada pela lei, que o serviço de valor adicionado não é serviço de telecomunicações. Trata-se de atividade dependente das telecomunicações, pois precisa de seu suporte e lhe agrega utilidades, porém com elas "não se confunde".

[...]

O primeiro objetivo alcançado com tal tratamento é evidente. A lei excluiu tais serviços do campo de abrangência regulatória próprio do setor de telecomunicações. Optou-se por propiciar a tal segmento a liberdade típica das atividades econômicas que não são de titularidade estatal. Assim, a Administração (abarcando o Poder Executivo e a própria Agência Nacional

⁷⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 49 e 50.

⁷⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Regime do serviço de valor adicionado a telecomunicações*. Pareceres, Direito Administrativo Econômico, vol. I. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 379-388.

de Telecomunicações) não teria como disciplinar o conteúdo ou a forma de atuação no mercado desses agentes econômicos.

Esse motivo guarda relação com o momento histórico anterior, quando vigia o monopólio das telecomunicações. No antigo contexto, para dinamizar a participação dos particulares em atividades de imenso potencial de desenvolvimento (como a Internet), cunhou-se o conceito de serviço de valor adicionado como algo alheio ao segmento até então reservado ao Estado. A principal razão, naquele momento, estava justamente em assegurar a liberdade de iniciativa nessa área.

Além disso, a LGT também procurou criar mecanismos que assegurassem a existência e a expansão dos chamados SVAs. Para tanto, criou mecanismos para garantir o acesso dos provedores de SVA aos serviços e redes de telecomunicações. Um dos instrumentos assecuratórios dessa importante prerrogativa foi justamente a atribuição a tais provedores de todos os direitos inerentes aos usuários de serviços de telecomunicações.

Até mesmo o Supremo Tribunal Federal já se manifestou afirmando que os serviços de valor adicionado não são serviços de telecomunicações, conforme disposto na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.491/DF⁷⁷, de relatoria do Min. Carlos Velloso:

III – O Serviço de Valor Adicionado – SVA, previsto no art. 10 da Lei 9.295/1996, não se identifica, em termos ontológicos, com o serviço de telecomunicações. O SVA é, na verdade, mera adição de valor a serviço de telecomunicações já existente, uma vez que a disposição legislativa ora sob exame propicia a possibilidade de competitividade e, assim, a prestação de melhores serviços à coletividade.

Outra previsão que deixa clara a diferenciação entre os serviços, é a constante na Norma n. 004/95 (aprovada pela Portaria n. 148/1995) do Ministério das Comunicações, que trata do Uso da Rede Pública de Telecomunicações para acesso à internet:

b) Serviço de Valor Adicionado: serviço que acrescenta a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações;

Percebe-se, portanto, que o serviço de valor adicionado tem um caráter complementar em relação ao serviço de telecomunicações, criando novas utilidades para estes. Esta diferenciação é extremamente importante, considerando que apenas os serviços de telecomunicações se sujeitam à regulação da ANATEL. Os serviços de valor adicionado são atividades econômicas em sentido estrito, já estudadas, sujeitas apenas aos princípios gerais

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1491 MC/DF. Impetrante: Partido Democrático Trabalhista e Partido dos Trabalhadores. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 08 de maio de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630106>> Acesso em: 29 de junho de 2020.

destas atividades. Essa conclusão é facilmente retirada do art. 1º da Lei Geral de Telecomunicações, abaixo transcrito:

Art. 1º Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poder Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.

O artigo acima deixa claro que a Lei teve como objetivo apenas a regulação dos serviços de telecomunicações, conceituados no art. 60, que, conforme já disposto, não se confundem com os serviços de valor adicionado, previstos no art. 61. Além disso, não se pode esquecer que a Constituição Federal definiu, no art. 21, XI, como competência da União a exploração dos serviços de telecomunicação, apenas.

Sendo assim, diante do acima exposto, há de se concluir que a ANATEL não tem competência para regular os serviços de valor adicionado.

No entanto, não se pode perder de vista que a Lei Geral de Telecomunicações cria uma exceção à esta regra, estabelecendo no § 2º, do art. 61, que a ANATEL poderá regular os serviços de valor adicionado quando for necessária intervenção para: (i) assegurar o direito de uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado; e (ii) estabelecer o relacionamento entre os prestadores de serviços de valor adicionado e as prestadoras de serviços de telecomunicações.

É o que explica Márcio Iório Aranha⁷⁸:

A primeira questão que se apresenta ao estudioso do direito das telecomunicações no tocante à fixação do âmbito de abrangência dos serviços de telecomunicações refere-se à possibilidade de dispositivo infraconstitucional restringir a extensão de competência inscrita na Constituição e dirigida à União (art. 21, XI).

Ao remeter à competência da União a exploração dos serviços de telecomunicações, nos termos da lei, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a pauta diretiva da evolução do ordenamento de telecomunicações. A reserva legal expressa pelo texto constitucional, embora qualificada por indicativos pouco precisos, tais como a exigência de disciplina sobre a organização dos serviços, criação de órgão regulador e outros aspectos institucionais, não permite a manipulação do conceito de serviço de telecomunicação por disposição legal. O limite de pertinência lógica dos serviços disciplinados por lei regulamentadora do art. 21, XI, da Constituição Federal de 1988 ombreia com a adequação da qualificação dos serviços como de telecomunicações ou de valor adicionado.

⁷⁸ ARANHA, Márcio Iório. *Direito das telecomunicações e radiodifusão: histórico normativo e conceitos fundamentais*. 6. ed. rev. e atual. London: Lacademia Publishing, 2019.

Por isso, uma das questões mais espinhosas da regulamentação de telecomunicações no Brasil encontra-se na delimitação da fronteira entre os serviços de telecomunicações e os serviços que apenas lhes adicionam valor ou utilizam de suas redes.

A Lei Geral de Telecomunicações (LGT, Lei 9.472/97), no seu art. 61, caput, firmou posição a respeito e definiu quais serviços distinguem-se dos serviços de telecomunicações apesar de se aproximarem muito deles. A LGT considerou como Serviço de Valor Adicionado (SVA) toda atividade que acrescenta novas utilidades a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde. Essas utilidades devem estar relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

Apartados dos serviços de telecomunicações, os serviços de valor adicionado submetem-se apenas aos controles necessários à garantia de integridade das vias de telecomunicação e serviços correspondentes, pois seus provedores classificam-se como usuários (art. 61, § 1o, da LGT) com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

A competência da ANATEL prevista no art. 61, § 2º da Lei Geral de Telecomunicações vem sendo debatida perante o Supremo Tribunal Federal, através da ADPF n. 546. A ação foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) e vai contra o conteúdo dos parágrafos 1º e 2º do art. 64-A da Resolução n. 73/1998, cuja redação foi dada pelo art. 8º da Resolução n. 693/2018 da ANATEL⁷⁹. A autor afirma que tais atos normativos atribuiriam à Agência Nacional de Telecomunicações competência não amparada por lei para dirimir conflitos entre prestadoras de serviços de telecomunicação, de um lado, e, de outro, prestadoras de serviço de valor adicionado. Ao assim proceder, a ANATEL incorreria em violação a preceitos fundamentais relacionados à separação dos Poderes (art. 2º, CF), à legalidade (art. 5º, II e 37, da CF), ao devido processo legislativo (art. 5º, LIV, CF) e, ainda, à liberdade de iniciativa e da livre concorrência (CF, art. 170, caput e inciso IV).

Tendo em vista as alegações formuladas pela parte autora, a ANATEL juntou informações técnico-jurídicas, cujo conteúdo, apesar de extenso, merece ser parcialmente transcrito⁸⁰:

⁷⁹ Resolução n° 693/2018, art. 8º. Incluir o art. 64-A ao Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução n° 73, de 25 de novembro de 1998, nos seguintes termos: Art. 64-A. É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, em regime de livre pactuação, e de forma isonômica e não discriminatória, nos termos do art. 61 da Lei n° 9.472, de 16 de julho de 1997, observados os princípios e fundamentos da Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014, e do Decreto n° 8.771, de 11 de maio de 2016. § 1º. Eventuais conflitos no relacionamento previsto no caput serão dirimidos pela Anatel. § 2º. A Anatel poderá solicitar a qualquer tempo cópia dos contratos que materializem o relacionamento previsto no caput.

⁸⁰ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Informações da Anatel da ADPF n. 546/DF. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5369947/mod_folder/content/0/ADPF%20546%20-%20Informac%C3%B5es%20ANATEL.pdf?forcedownload=1> Acesso em: 24 de novembro de 2020.

De fato, algumas atividades econômicas, dada sua natureza, inclusive do ponto de vista jurídico-constitucional, devem se submeter a regras setoriais específicas de modo a que sua prestação cumpra a adequada função social que se espera. É o caso dos serviços de telecomunicações, que, como visto, constituem-se em serviços públicos, de titularidade da União, só prestados por particulares mediante delegação estatal. Não se trata de atividade econômica livre, de titularidade dos particulares, mas de atividade devidamente regulada pelo Estado, a cujas normas os agentes econômicos que atuam no setor devem obediência e aderência.

[...]

O ponto é que os dispositivos questionados não ofendem a livre iniciativa ou livre concorrência justamente porque não estão regulando, isoladamente, o serviço de valor adicionado. O requerente dá a entender que a ANATEL estaria se arvorando em regular os próprios serviços de valor adicionado, quando, na verdade, como está bem delimitado da simples leitura do art. 64-A da Resolução nº 73/1998, os dispositivos dizem respeito apenas aos condicionamentos e ao relacionamento entre as prestadoras de serviços de telecomunicações e os prestadores de SVA, no que toca ao uso de redes. Esse é o objetivo da regulação assegurada pelo § 2º do art. 61 da LGT e é, respeitando adequadamente tal limite, o objeto da Resolução da agência reguladora.

Em relação a todos os demais aspectos sobre os quais a lei não impôs uma regulação pela ANATEL, os prestadores de SVAs estão plenamente livres para atuar, dentro da livre iniciativa e da livre concorrência.

[...]

Na hipótese de uma prestadora de serviços de telecomunicações estabelecer condições ou preços absurdos para disponibilizar sua rede a um prestador de SVA, bem mais desfavoráveis ou dificultosos do que disponibiliza a outros prestadores de SVA, como resolver essa problemática senão, por exemplo, a ANATEL determinar que sejam praticadas condições isonômicas em relação aos demais? É disso que trata o § 1º do art. 64-A ora questionado, nada mais do que explicitar um poder já trazido pela lei de dar efetividade à sua regulação, sobretudo em matéria de concorrência, cuja atuação preventiva e repressiva é bastante clara na LGT.

Em suma, não há que se falar em ofensa à livre iniciativa ou livre concorrência porque os dispositivos questionados não regulam propriamente os serviços de valor adicionado, mas apenas sua relação com as prestadoras de serviços no que se refere aos usos das redes detidas por estas.

[...]

É importante destacar que mesmo que tendo realizado incontestemente distinção entre serviços de telecomunicações e de valor adicionado, o mesmo legislador se antecipou a possíveis e prováveis questões concorrenciais, e foi taxativo ao reconhecer o direito deste último de utilizar os serviços de telecomunicações. O legislador foi além e conferiu à Anatel, em suas prerrogativas regulatórias e inclusive normativas, o poder/dever de assegurar esse direito, disciplinando, regulando os condicionamentos do relacionamento.

[...]

Naturalmente e conforme já reconhecido, o conceito de SVA acomoda uma faixa larga de aplicações e comodidades, o que por si só imprime um desafio

à regulação desses condicionantes. Além disso, tem-se o acelerado passo de progresso tecnológico e a dinâmica de transformações que afeta o desenvolvimento dessas ofertas.

No entanto, há de se aplaudir a sabedoria e a felicidade do legislador ao criar uma dinâmica que prestigia a livre iniciativa empresarial em uma camada dinâmica, inovativa, livre de regulação direta (SVA), ao mesmo tempo em que preserva a devida tutela do órgão regulador sobre o ponto de contato onde já previam contingências e possível problemas concorrenciais (prestadores de serviços de telecomunicações). E como é próprio das melhores técnicas legislativas, por sua funcionalidade, o comando legal tem se mostrado perene ao tempo.

Na sequência, a Procuradoria-Geral da República se manifestou, citando o art. 61, § 2º da LGT, no sentido que a ANATEL pode examinar os contratos firmados entre prestadores de serviços de telecomunicações e os prestadores de serviços de valor adicionado, a fim de garantir aos SVA o acesso às redes, conforme abaixo disposto:

Ainda que assim não fosse, a insurgência, no mérito, não mereceria prosperar, porquanto a possibilidade jurídica de a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL escrutinar os contratos firmados entre prestadores de serviços de telecomunicações e os prestadores de serviço de valor adicionado, para garantir a esses últimos acesso às redes, encontra previsão expressa na Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997).

O processo ainda está em curso perante o Supremo Tribunal Federal e, até este momento, não foram proferidas quaisquer decisões. Todavia, a menção ao processo é relevante para o debate deste trabalho, pois a manifestação da ANATEL deixa claro que os SVA estão livres de regulação direta pela agência, mas que esta pode, eventualmente, regular a relação existente em as prestadoras de serviços de telecomunicações e serviços de valor adicionado, especialmente para garantir que os SVAs tenham acesso à rede detida pelas prestadoras e para que não existam abusos preterindo determinado SVA.

Considerando, portanto, que os serviços de valor adicionado não se confundem com serviços de telecomunicações, sendo atividades econômicas em sentido estrito que só poderão ser reguladas pela ANATEL em situações específicas, há de se entender a qual regime jurídico estão sujeitos para, em seguida, verificar se os serviços over the top são, realmente, serviços de valor adicionado.

Conforme disposto no § 1º, do art. 61, da Lei Geral de Telecomunicações, os provedores dos serviços de valor adicionado são considerados usuários dos serviços de telecomunicações. Deste modo, possuem os direitos e deveres inerentes à esta categoria, previstos nos arts. 3º e 4º da Lei. Destaca-se, a seguir, alguns destes direitos e deveres:

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;

I - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço;

III - de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço;

[...]

Art. 4º O usuário de serviços de telecomunicações tem o dever de:

I - utilizar adequadamente os serviços, equipamentos e redes de telecomunicações;

II - respeitar os bens públicos e aqueles voltados à utilização do público em geral;

III - comunicar às autoridades irregularidades ocorridas e atos ilícitos cometidos por prestadora de serviço de telecomunicações.

Isto posto, considerando que os provedores de serviços de valor adicionado são usuários dos serviços de telecomunicações, levanta-se a questão se poderiam os serviços over the top serem classificados como serviços de valor adicionado, uma vez que, conforme já disposto, competem com os serviços tradicionais de telecomunicações. Caso positivo, estar-se-ia diante de uma situação em que o usuário compete com o provedor. A questão é bastante polêmica, despertando discussões doutrinárias.

Sérgio Guerra⁸¹ entende que os serviços over the top são serviços de valor adicionado, conforme abaixo disposto:

É, por exemplo, o que vem ocorrendo no setor de telecomunicações regulado pela ANATEL. Nos termos da normativa de regência, de um lado, as relações econômicas no setor de telecomunicações devem observar os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público. De outro lado, quando prestados no regime de direito privado, os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras.

Essa classificação dos serviços de telecomunicações em públicos e privados conduz naturalmente à assimetria regulatória. A dicotomia público/privado já não é suficiente para a regulação desse importante subsistema, pelo surgimento de um complexo relacionamento entre as operadoras de telecomunicações e as empresas de serviço de valor adicionado, conhecidas como Over The Top (WhatsApp, Facebook, Google, etc.).

⁸¹ GUERRA, Sérgio. *Riscos, assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas*. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 83-98. ISBN 978-85-450-0194-2.

Ericson Meister Scorsim⁸², por sua vez, entende que os serviços over the top não são serviços de valor adicionado, tampouco serviços de telecomunicações, fazendo parte de uma terceira classificação, não definida pela legislação vigente:

Os serviços de aplicações de internet, definidos na forma do Marco Civil da Internet, não são serviços de valor adicionado à rede de telecomunicações, muito menos serviços de telecomunicações, razão pela qual não incide a Lei Geral de Telecomunicações e, respectivamente, da não competência da Anatel para outorgar e fiscalizar as aplicações de internet.

Discute-se a respeito da atribuição da competência da Anatel para outorgar e regular os serviços de aplicações de Internet, como o caso do WhatsApp, Netflix, Facebook, entre outros. O tema é polêmico na medida em que a legislação atual não atribui expressamente esta competência à Anatel para regular aplicativos de internet, como referido acima. Também, eventual atualização da legislação para condicionar os aplicativos da Internet sob a jurisdição da Anatel pode ser inconstitucional. Ou seja, a equiparação do serviço de aplicação de internet ao regime das telecomunicações seja por ato legislativo ou outro ato normativo pode ser considerado inconstitucional pelo Poder Judiciário, diante da natureza diversa das duas modalidades de serviços, sendo que as bases do regime jurídico das telecomunicações estão definidas na Constituição.

O classificação dos serviços over the top como serviços de valor adicionado é melhor analisada por Victor Oliveira Fernandes, na sua obra “Regulação de Serviços de Internet – Desafios da regulação de aplicações Over-The-Top (OTT)”. O autor explica que o conceito de serviço de valor adicionado não é estático, podendo variar com o decorrer do tempo, razão pela qual seriam necessários atos normativos da ANATEL para classifica-los, uma vez que a Lei Geral de Telecomunicações não define quais atividades se inserem no conceito de SVA. Todavia, para o autor, seria possível afirmar, em tese, que os serviços over the top se enquadrariam dentro da classificação de serviço de valor adicionado. Transcreve-se, abaixo, trecho da obra para melhor visualização da questão⁸³:

Feitas essas considerações sobre o teor dos arts. 60 e 61 da LGT, é possível afirmar que, da forma como posto atualmente, os serviços OTT de todos os gêneros, como Skype, WhatsApp, Youtube, Netflix, etc. se enquadrariam, a princípio, dentro da classificação de SVA, ainda que essa definição seja bastante volátil e dependente de preenchimento pela atuação institucional da Anatel.

Em complemento à afirmação acima, o autor criou uma tabela para diferenciar os serviços de telecomunicações e os serviços de valor adicionado (serviços over the top):

⁸² SCORSIM, Ericson Meister. *Competência da Anatel para outorgar e fiscalizar os serviços de acesso à internet: limites e possibilidades*. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, vol. 21, 2015.

⁸³ FERNADES, Victor Oliveira. *Regulação de serviços de internet: desafios da regulação de aplicações over-the-top (OTT)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 159.

	Serviços de telecomunicações	SVA
Núcleo normativo	Transmissão, emissão ou recepção de informações de qualquer natureza	Acréscimo aos serviços de telecomunicações de novas utilidades de acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações
Competência da Anatel	Definição de modalidades de serviços e regulamentação setorial (art. 19 da LGT)	Definição do conceito de SVA e regulamentação do relacionamento com serviços de telecomunicações (art. 61 da LGT)
Principais exemplos	Telefonia fixa (STFC), internet banda larga (SCM) e telefonia móvel ou internet móvel (SMP)	Aplicativos de internet (serviços OTT)

Fonte: FERNADES, Victor Oliveira. *Regulação de serviços de internet: desafios da regulação de aplicações over-the-top (OTT)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 160.

Gustavo Binenbojm, André Cyrino, Alice Voronoff e Rafael Koatz também compartilham do entendimento de que os serviços over the top são serviços de valor adicionado. Os autores ainda fazem a importante observação de que o art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações deve ser considerado como uma cláusula geral de inovação⁸⁴:

O art. 61 da LGT, representa verdadeira cláusula geral da inovação, com linguagem alargada o suficiente para abarcar realidades futuras e dinâmicas. Tal instituto, previsto originalmente para garantir a prestação do serviço de provimento de internet sob o manto da livre iniciativa (cf. Norma nº 4/1995, do Ministério das Comunicações), foi consagrado na LGT e referendado pela jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça. Com base neste dispositivo, permitiu-se um cenário em que os SVAs abrangem uma miríade de atividades no universo virtual. É nesse contexto que se inserem os serviços over the top, que permitem a disponibilização de conteúdo aos usuários sem que haja uma relação direta com o responsável pela gestão da infraestrutura.

⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. *Direito da regulação econômica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 381.

Assim, partindo-se da premissa que os serviços over the top são serviços de valor adicionado, há de se concluir que os serviços over the top não se sujeitam à regulação da ANATEL, com exceção das hipóteses previstas no § 2º, do art. 61, da Lei Geral de Telecomunicações. Não se sujeitando à regulação da ANATEL, tem-se que os serviços over the top não dependem de qualquer autorização para o seu funcionamento, o que responde à questão disposta no capítulo anterior.

Esta afirmação traz importantes consequências, na medida em que, conforme já abordado neste trabalho, os serviços over the top competem, em tese, com os serviços tradicionais de telecomunicações, que, em sua maioria, dependem de autorização por parte da ANATEL, como é o caso do serviço de comunicação multimídia⁸⁵, do serviço móvel pessoal⁸⁶ e do serviço de acesso condicionado⁸⁷. Deste modo, passa a existir uma competição entre serviços semelhantes, sendo que um depende de autorização e o outro não. A situação se complica mais diante do fato de que os serviços over the top são considerados usuários dos serviços tradicionais de telecomunicações. Fica evidente, portanto, que existe uma assimetria regulatória a ser enfrentada, a qual será analisada com mais detalhes no capítulo seguinte.

⁸⁵ RESOLUÇÃO Anatel n. 614, de 28 de maio de 2013. Disponível em: <<https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/465-resolucao-614>> Acesso em: 22 de junho de 2020.

⁸⁶ RESOLUÇÃO Anatel n. 477, de 7 de agosto de 2007. Disponível em: <<https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2007/9-resolucao-477>> Acesso em: 13 de julho de 2020.

⁸⁷ RESOLUÇÃO Anatel n. 581, de 26 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/139-resolucao-581>> Acesso em: 22 de junho de 2020.

3 CONSULTAS PÚBLICAS E ESTUDOS SOBRE A EVENTUAL ASSIMETRIA REGULATÓRIA ENTRE SERVIÇOS OVER THE TOP E SERVIÇOS TRADICIONAIS DE TELECOMUNICAÇÕES

Por se tratar de um tema bastante polêmico, diversas entidades, públicas e privadas, já tiveram a oportunidade de se manifestar sobre a questão, através de contribuições em consultas públicas ou através de estudos técnicos. A análise dessas manifestações é de extrema importância, pois permite perceber como o mercado enxerga o problema, enriquecendo o debate.

Isto posto, foram separados quatro tópicos de estudo: (i) Consulta Pública n. 01/2015 promovida pelo ministério da ciência, tecnologia, inovações e comunicações para discutir mudanças no modelo de prestação de serviços de telecomunicações no Brasil; (ii) Consulta Pública da União Internacional de Telecomunicações (UIT) para debater possíveis políticas públicas para serviços over the top; (iii) Estudo da ANATEL sobre novos mercados nas telecomunicações, em especial o capítulo que trata do ‘mercado da atenção’; e (iv) Avaliação da OCDE sobre telecomunicações e comunicações no Brasil. É sobre isso que se passar a dissertar.

3.1 CONSULTA PÚBLICA N. 01/2015 PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES

Ciente das condições acima expostas, o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações promoveu a Consulta Pública n. 01/2015⁸⁸ com o objetivo de discutir possíveis mudanças no modelo de prestação de serviços de telecomunicações no Brasil, especialmente pós-2025, quando as concessões do serviço de telefonia fixa se encerrarão. A consulta abordou quatro temas principais, sendo que foi aberto espaço, no eixo 5, chamado de “Outros Temas”, para a discussão da seguinte questão – “No contexto de uma ampla revisão do modelo de prestação de serviços de telecomunicações no Brasil, quais outros temas deveriam ser abordados?”. Neste contexto, foram feitas diversas contribuições sobre os serviços de valor adicionado (serviços over the top), as quais passa-se a analisar⁸⁹.

⁸⁸ CONSULTA Pública do Ministério da Comunicações - Revisão do modelo de prestação de serviços de telecomunicações. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1hEDomCE1sYxEyRIeSThgXPfwuW_vU4su/view?usp=sharing> Link criado em: 14 de dezembro de 2020.

⁸⁹ Não serão expostas todas as contribuições, mas somente aquelas suficientes para demonstrar a polarização da questão.

A Associação Interamericana de Empresas de Telecomunicações (ASIET) participou da consulta pública, trazendo importantes contribuições. A Associação defendeu a necessidade do estabelecimento de um “*level playing field*” entre concessionárias, autorizadas e entes não regulados (serviços over the top incluídos), fazendo a ressalva de que, no futuro, o ideal seria a autoregulação do mercado, de modo que a ANATEL apenas promovesse a competição entre os players.

A regulação atual deverá tratar estes desafios estabelecendo entre outras coisas que para os mesmos serviços, vigorem as mesmas regras. Estabelecer, portanto, um “*level playing field*” que gere um ecossistema digital sustentável no tempo, que promova o investimento e a concorrência e que fomente a autorregulação e o diálogo entre todos os setores da cadeia de valor. Num setor tão dinâmico e que muda tanto como este, uma estrita regulação sobre cada serviço é provável que fique antiquada a curto e médio prazo, dificultando o avanço destes serviços. Além do mais, no futuro não deverá existir uma regulação exaustiva serviço a serviço, mas uma política que promova a competição deixando que o próprio mercado se autorregule na medida do possível”

(...)

No entanto, neste modelo de concessionárias, autorizadas e entes não regulados (como os OTTs), para poder competir em condições igualitárias com os serviços sobre a rede, o terreno de jogo deverá estar equilibrado com uma regulação homogênea.

A Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicações (BRASSCOM), por sua vez, defende que os serviços over the top devem permanecer fora do escopo de qualquer regulamentação, uma vez que a regulamentação poderia comprometer a inovação que é inerente ao setor.

Neste sentido, a Associação trouxe, ainda, outros argumentos relevantes favoráveis à não regulamentação, como: (i) os serviços over the top se enquadram na categoria de serviços de valor adicionado e, portanto, devem permanecer sem regulamentação; (ii) os serviços over the top impulsionam a demanda por serviços de acesso à internet, aumentando, assim o tráfego e a receita dos prestadores dos serviços de telecomunicações, de modo que se já se projetaria que a receita dos serviços de dados compensará amplamente a queda de receita dos serviços de voz, transformando-se no principal negócio das operadoras; (iii) os custos de adequação e conformidade regulatória podem se constituir em importante barreira de entrada, principalmente para startups, prejudicando a inovação e os consumidores; (iv) a desnecessidade da imposição de tributação sobre os serviços over the top, tendo em vista que estes já gerariam arrecadação por meio da utilização do tráfego de internet; (v) em mercados mais maduros, os operadores de serviços de telecomunicação já estão optando por desenvolver os seus próprios

serviços over the top; (vi) a regulamentação não deve ter como objetivo proteger a receita de determinada entidade, mas sim o bem-estar do consumidor e crescimento econômico global; (vii) privilegiar em demasia os operadores de serviços de telecomunicações pode gerar condutas anticompetitivas.

O Conselho da Indústria de Tecnologia da Informação (ITI – Information Technology Industry Council), naturalmente, segue a mesma linha da contribuição mencionada acima, defendendo que os serviços over the top não devem ser considerados semelhantes aos serviços tradicionais de telecomunicações, uma vez que: (i) são considerados serviços de valor adicionado; (ii) não controlam a infraestrutura crítica; (iii) enfrentam um mercado muito mais competitivo, podendo ser substituídos a qualquer tempo; (iv) impulsionam a economia digital, beneficiando as empresas de telecomunicações.

Além das diferenças destacadas, o Conselho da Indústria de Tecnologia da Informação também entende que é a própria ausência de regulamentação que permite o desenvolvimento e o crescimento dos serviços over the top, bem como que por serem serviços, muitas vezes, globais, estariam sujeitos a diversos tipos de regulamentação diferentes, a depender de cada país, o que inviabilizaria o seu desenvolvimento e prejudicaria a economia como um todo. É o que se observa do a seguir disposto:

É a ausência de regulação, verificada na maior parte do mundo, que permite o desenvolvimento e o crescimento dos serviços OTT. Esta coerência com o tema da não- regulação permite a criação de um conjunto unificado e transfronteiriço de serviços OTT, atendendo a consumidores em diversas partes do globo, independentemente de onde o serviço foi criado. Isto porque estas empresas não são impedidas por requisitos regulatórios, que muitas vezes podem ser onerosos e distintos entre si, uma vez que eles podem ser formulados separadamente em diferentes países. Se estas exigências regulatórias forem implementadas, os serviços OTT precisarão realizar uma revisão global dos potenciais encargos regulatórios a que estarão sujeitos antes do lançamento dos seus serviços no país, o que reprimiria o surgimento de startups e a inovação.

A imposição de uma regulação específica para os serviços OTT põe em risco o desenvolvimento e o crescimento da próspera economia digital no Brasil. Por esta razão, entendemos que qualquer tentativa de regular os serviços OTT poderá gerar perdas econômicas e sociais para o Brasil, considerando se tratar de um mercado emergente, que precisa, necessariamente, de inovação e liberdade para se desenvolver.

A CISCO, empresa cujo principal ramo de atividade é a fabricação e a distribuição de soluções em equipamentos de rede, foi outra a participar da consulta pública promovida pelo Ministério das Comunicações. O foco inicial da contribuição da empresa foi o fato de que o mercado dos serviços over the top já é extremamente desenvolvido, sem barreiras de entrada e

com múltiplos players, de modo que não haveria a necessidade de sua regulamentação. Para a empresa, a regulamentação dos serviços over the top poderia ter o efeito inverso do desejado, prejudicando todo o mercado.

Em outras palavras, um novo arcabouço legal deve promover a concorrência onde os mercados não funcionam corretamente, ou por causa de restrições históricas ou porque um mercado apresenta certas características no seu funcionamento que limitam a entrada de novas empresas ou restrinjam o âmbito da concorrência.

A regulamentação não deve impor obrigações nos mercados em que já existe um nível suficiente de concorrência, e onde as forças do próprio mercado sejam suficientes para entregar os melhores resultados para os consumidores.

As discussões envolvendo a ampliação do âmbito de aplicação da regulação exigem uma análise cuidadosa da forma de competição existente em um determinado mercado e se esse mercado de fato justifica novas intervenções ou se tais medidas podem ter o efeito inverso, prejudicial a um sistema maduro de competição.

Na sequência, a CISCO, em termos semelhantes ao posicionamento da BRASSCOM, defende que os serviços over the top não podem ser considerados semelhantes aos serviços tradicionais de telecomunicações, mas sim complementares, na medida em que não possuem acesso à infraestrutura e que são a principal razão pela qual os usuários adquirem serviços para acessar a internet. A contribuinte esclareceu que a eventual perda de receita decorrente de serviços de voz e texto são compensadas com ganho em tráfego de dados, sendo o caso, portanto, de uma situação em que todos se beneficiam. Caberia aos serviços tradicionais de telecomunicação, deste modo, se adaptar à evolução do mercado.

Assim conclui a CISCO:

Alinhado com as tendências globais, e considerando o cenário econômico difícil que enfrentamos, é necessário pensar em um ecossistema que estimula novos modelos de negócios, opções de preços e pacote de serviços em benefício dos consumidores e em benefício do Brasil, que com menos regulamentação vai criar um ambiente favorável à inovação, com ganhos para as empresas de telecomunicações tradicionais e as empresas de OTT.

O Facebook, um dos maiores serviços over the top da atualidade, trouxe uma contribuição extremamente rica, com diversos argumentos em favor da não regulamentação dos serviços over the top, sobre os quais passa-se a comentar.

O Facebook defende que os serviços over the top exercem um papel socioeconômico fundamental no Brasil e no mundo, contribuindo para a expansão do acesso à internet e complementando, de forma positiva, os serviços de telecomunicações.

A rede social segue o entendimento de que os serviços over the top devem ser considerados serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações, bem como que os serviços de telecomunicações devem ser desregulamentados.

Em sua contribuição, o Facebook busca afastar a alegação de que os serviços over the top seriam “*free riders*” em relação aos serviços tradicionais de telecomunicações, por utilizarem a sua infraestrutura para oferecer os seus serviços. A empresa afirma que, na verdade, os serviços over the top são benéficos para as receitas das operadoras de telecomunicações, na medida em que incentivam as pessoas a adquirirem cada vez mais pacotes de dados, o que, conseqüentemente, leva a mais investimentos na infraestrutura de banda larga.

O Facebook discorda da afirmação de que os serviços over the top “substituiriam” os serviços tradicionais de telecomunicações, principalmente porque os serviços over the top dependem da infraestrutura, não podendo ser prestados de forma independente. Além disso, a rede social esclarece que os serviços over the top oferecem inúmeras funcionalidades que vão além dos serviços oferecidos pelas operadoras de telecomunicações, como por exemplo, chamadas de vídeo, gravação de vídeo ou mensagens de áudio, compartilhamento de arquivos ou chamadas/bate-papos em grupo, o que também afastaria as alegações de substituição e semelhança.

Alerta a contribuinte, ainda, que não existe qualquer evidência de que os consumidores sejam prejudicados pela disseminação dos serviços over the top, muito pelo contrário. Para a empresa:

A disseminação desses serviços tem sido extremamente benéficas aos consumidores, na medida em que eles se utilizam de uma vasta gama de novos serviços que eram inimagináveis há uma década e que lhes permite maior acesso à informação, a comunidades de interesse, a novas formas de mídia e entretenimento, a novas formas de participação cívica, bem como a meios práticos para ultrapassar muitas das limitações impostas pela distância ou por eventuais limitações físicas. Entre esses serviços inovadores, estão mídias sociais, serviços de mensagens instantâneas, de vídeo sob demanda (VoD) e aplicativos de e-government. Por exemplo, caso os serviços de mensagens instantâneas e aplicativos VoIP jamais tivessem existido, a comunicação entre os brasileiros seria muito diferente de hoje e certamente não seria acessível para muitas pessoas. Além disso, é importante destacar que as OSPs são obrigadas a cumprir todas as regras relacionadas aos direitos do consumidor (especialmente o Código de Defesa do Consumidor) e o Marco Civil da Internet, e não há qualquer evidência empírica de violações estruturais dessas regras pelas OSPs enquanto classe de agente econômico.

Por fim, insurge-se o Facebook contra o “*level playing field*” defendido por operadoras de serviços de telecomunicações. Lembra a empresa que serviços over the top e serviços tradicionais de telecomunicações têm tratamento diferenciado, por conta do dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, de acordo com o princípio da isonomia. A regulamentação dos serviços over the top também não teria sentido quando consideradas as premissas básicas que justificam a regulamentação dos serviços tradicionais de telecomunicações, quais sejam: (i) a necessidade de usar recursos escassos (e.g., espectro, recursos de numeração, etc.) para prestar tais serviços; e (ii) o controle das instalações de acesso, que determinam quais prestadoras têm acesso aos usuários finais. Para o Facebook, os serviços over the top não se enquadrariam em nenhuma das premissas citadas, logo não se justificaria a sua regulamentação, especialmente considerando a ampla concorrência já existente em seu mercado.

Tem-se, por fim, a contribuição da TIM. A empresa de serviços de telecomunicações demonstra duas preocupações quanto à competição com os serviços over the top: justa competição e correta remuneração do uso das redes.

A TIM levanta a questão de que os serviços over the top seriam, na prática, serviços de telecomunicações e que estes serviços substituiriam, de fato, os serviços tradicionais de telecomunicações. Considerando as semelhanças entre os serviços, não seria correto que cada um tenha ambientes regulatórios e tributários totalmente distintos. A empresa não reclama da competição em si, afirmando que esta é benéfica quando se pensa da inovação, mas deixa claro que devem ser removidas as assimetrias de direitos e deveres entre os competidores.

Sendo assim, entende que não devem ser impostas novas obrigações aos serviços over the top, mas sim que devem ser diminuídas as obrigações sobre os serviços tradicionais de telecomunicações. Neste sentido, cumpre transcrever trecho da contribuição:

Competição é sempre benéfica, em particular quando fomentada pela inovação. Mas para que a competição seja também justa é preciso remover as assimetrias de direitos e deveres entre competidores. Para isso o novo modelo deve basear-se sobre o paradigma “*same service, same rules*”, o que não significa vedar o serviço da OTT ou carregá-lo de novas obrigações, mas, antes de tudo, aliviar os serviços tradicionais de telecomunicações das obsoletas e custosas obrigações, em face do novo quadro competitivo. Por exemplo, porque um SMS teria que estar sujeito a um tempo de entrega se uma mensagem via OTT não tem este vínculo? Ainda, porque uma operadora de telecomunicações não poderia desenvolver um novo negócio com base nos dados dos clientes, criando um novo ambiente competitivo com os OTTs?

Outra preocupação da TIM foi quanto ao conceito de neutralidade de rede, pois a empresa entende que determinados serviços over the top necessitam de tráfego de dados diferenciado, a depender do tipo de serviço/conteúdo prestado. Para a TIM, a neutralidade de rede, entendida como princípio de arquitetura de rede que endereça aos provedores de acesso o dever de tratar os pacotes de dados que trafegam em suas redes de forma isonômica, pode prejudicar o desenvolvimento e a inovação dos serviços over the top.

Vistas todas as contribuições acima, cumpre agora organizá-las, resumidamente, em um quadro, a fim de obter melhor visualização dos pontos favoráveis e contrários à regulamentação dos serviços over the top:

Argumentos favoráveis	Argumentos contrários
Necessidade de “ <i>level playing field</i> ” entre operadores de serviços de telecomunicações e serviços over the top, a fim de promover uma justa competição. O “ <i>level playing field</i> ” poderia ser atingido através da regulamentação dos serviços over the top ou através da desregulamentação dos serviços tradicionais de telecomunicações	A regulamentação poderia prejudicar a inovação e, conseqüentemente, os consumidores
Os serviços over the top utilizariam a infraestrutura das operadoras de telecomunicações, competindo com estas, o que caracterizaria a figura do “ <i>free rider</i> ”	Os serviços over the top seriam serviços de valor adicionado e, portanto, não devem ser objeto de regulamentação, nos termos do art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações
	Os serviços over the top aumentam a demanda por dados de internet, o que seria benéfico para as operadoras de telecomunicações
	O mercado dos serviços over the top já seria extremamente competitivo, não sendo necessária a sua regulamentação
	Considerando que os serviços over the top são, muitas vezes, globais, a sua operação restaria inviabilizada caso cada país regulamentasse os serviços de maneiras diferentes
	Os serviços over the top não utilizam recursos escassos ou controlam infraestrutura, premissas que seriam básicas para justificar a regulamentação

Fonte: elaboração própria.

Verifica-se, assim, que, no que tange ao Brasil, existem mais argumentos favoráveis à não regulamentação dos serviços over the top, do que favoráveis à regulamentação. Cumpre, a seguir, analisar os argumentos em âmbito internacional.

3.2 CONSULTA PÚBLICA PROMOVIDA PELA UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (UIT)

Em 2017, a União Internacional de Telecomunicações (UIT) abriu consulta pública para debater possíveis políticas públicas para serviços over the top⁹⁰. Os seguintes temas foram objeto de debate:

- (i) quais são as oportunidades e as implicações associadas aos serviços over the top?
- (ii) quais são as políticas e assuntos regulatórios associados aos serviços over the top?
- (iii) como os serviços over the top contribuem em aspectos relacionadas à segurança e às privacidade dos usuários/consumidores?
- (iv) que abordagens podem ser consideradas em relação aos serviços over the top e sua ajuda na criação de um ambiente no qual todos os seus acionistas possam prosperar?
- (v) como podem os serviços over the top e as operadoras de telecomunicações cooperar em nível local e internacional? Poderiam ser desenvolvidos modelos de parceria?

No presente trabalho, serão destacados apenas trechos das contribuições que tratem de aspectos regulatórios e concorrenciais dos serviços over the top, o que será interessante a fim de comparar os argumentos favoráveis e contrários de âmbito nacional com os de âmbito internacional.

A Telefonica, uma das maiores companhias de telecomunicações fixas e móveis do mundo, participou da consulta e pública trazendo relevantes observações. A companhia entende que os serviços over the top têm um papel tão importante quanto o dos serviços de telecomunicações na expansão da digitalização, o que leva ao avanço da economia e da vida em sociedade, melhorando a qualidade de vida de pessoas em países em desenvolvimento, principalmente. Para a Telefonica, os serviços over the top também ajudam a diminuir as barreiras entre as pessoas, permitindo um engajamento global e maior acesso à informação.

⁹⁰ CWG-Internet: Online Open Consultation – Public Policy considerations for OTTs. Disponível em: <<https://www.itu.int/en/council/cwg-internet/Pages/consultation-june2017.aspx>> Acesso em: 18 de junho de 2020.

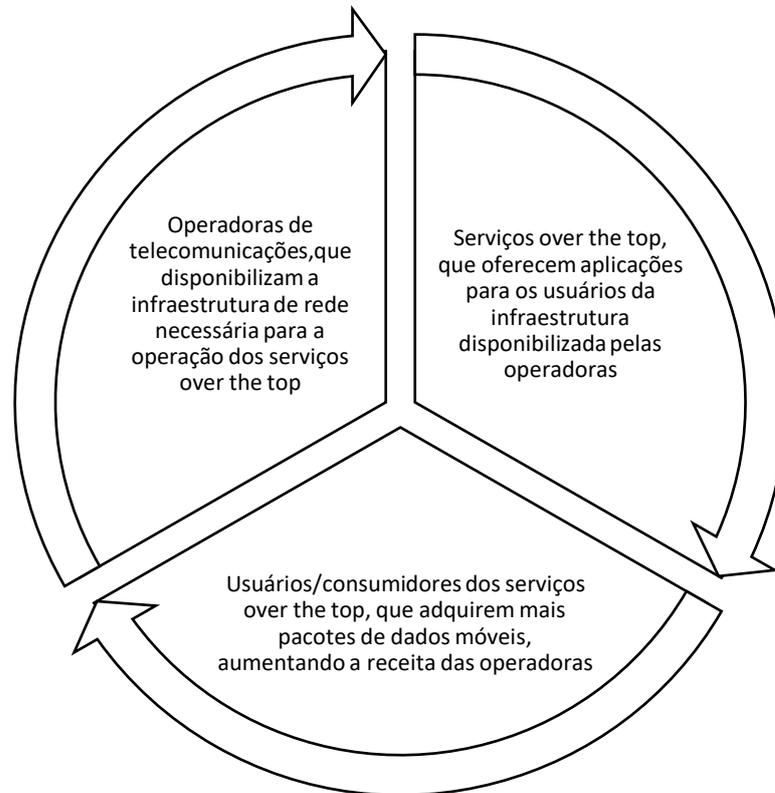
Apesar do relevante papel acima destacado pela Telefonica, a empresa faz ressalvas no sentido de que os serviços over the top criam diversos desafios para o setor que merecem atenção, dentre os quais:

- (i) Apesar de baixas barreiras de entrada, existiriam possíveis problemas concorrenciais, na medida em que determinados serviços over the top dominariam o mercado;
- (ii) Alguns países estariam encontrando dificuldades para assegurar a aplicação de suas leis locais na esfera digital, como a cobrança de tributos e normas relacionadas à segurança digital;
- (iii) O atual arcabouço regulatório não seria adequado para lidar com os serviços over the top, de modo que existiriam diversas assimetrias regulatórias entre serviços tradicionais de telecomunicações e serviços over the top;
- (iv) As empresas operadoras de serviços de telecomunicações estariam em desvantagem ao competir com o serviços over the top, pois teriam muito mais custos e restrições. Assim, os reguladores deveriam abandonar a ideia de que a regulação deve se dar quanto aos serviços de telecomunicações, passando a focar em uma regulação que englobe todos os serviços digitais. É o que a empresa chama de “*same services, same rules, same taxes, same consumer protection*”, que seria necessário para alcançar o “*level playing field*”;
- (v) Os consumidores/usuários necessitariam de mais regras protetivas, considerando que, na opinião da empresa, faltaria transparência na maneira como os serviços over the top lidam com as informações pessoais de cada um.

Por fim, defende a Telefonica que vai ser possível o estabelecimento de parcerias entre as operadoras de telecomunicações e os serviços over the top, mas que, para tanto, será necessário o já mencionado “*level playing field*”.

Outra contribuição que merece ser destacada neste trabalho é a do Google, uma das mais importantes empresas do mundo. A empresa, como não poderia deixar de ser, defende o papel crucial dos serviços over the top na economia global. Quanto ao conflito entre operadoras de telecomunicações e serviços over the top, lembra o Google que as empresas de serviços tradicionais de telecomunicações estão mudando o seu escopo de negócio, se transformando em companhias que priorizam a venda de dados móveis, sendo que em diversos países isso já corresponde a mais de 50% dos seus ganhos. Existiria, portanto, um círculo virtuoso (“*virtuous circle*”) entre os serviços over the top e as empresas de telecomunicações, tendo em vista que os serviços over the top dependem da infraestrutura proporcionada pelas operadoras e que

acabam gerando maior renda para operadoras, uma vez que os usuários contratam maiores pacotes de dados móveis para poder utilizar os serviços over the top. É o que se observa da imagem abaixo:



Fonte: elaboração própria.

O Google também discute, em sua contribuição, a questão do “*free rider*”, esclarecendo que diversos serviços over the top já estão investindo em infraestruturas próprias de telecomunicações e, ainda, que os que não estão, pagariam às operadoras de telecomunicações pelo uso da infraestrutura, de modo que seria equivocado afirmar que todos os serviços over the top estariam praticando a conduta anticompetitiva chamada “*free rider*”.

A Microsoft, outro gigante do setor de tecnologia, também participou da consulta pública realizada pela UIT, defendendo o mesmo ponto de vista do Google ao afirmar que existe uma relação positiva simbiótica e auto reforçadora entre as operadoras de telecomunicações e os serviços over the top, semelhante ao círculo virtuoso, conforme abaixo transcrito:

There is a symbiotic and self-reinforcing positive relationship between the networks underlying the internet and the applications, content, and services accessed by means of those networks. Put simply, customers depend on

broadband internet access service to enjoy the applications, content and services they demand, and a thriving marketplace of applications, content, and services drives demand for more and better broadband internet access service. Broadband networks are useless without the applications, content and services they provide access to, and there is no way to access applications, content and services without broadband networks.

Para a Microsoft, a relação acima mencionada afastaria qualquer alegação de que os serviços over the top estariam praticando o “*free rider*”. Além disso, afirma a empresa que qualquer tipo de regulamentação dos serviços over the top poderia ter efeitos extremamente negativos, afetando todo a evolução do ecossistema da internet, principalmente pelo fato de que a regulamentação não teria condições de acompanhar a evolução desse ecossistema, fazendo com que, invariavelmente, ficasse rapidamente obsoleta.

Quanto ao “*level playing field*”, defende a Microsoft que seria uma abordagem equivocada, principalmente porque não se poderiam os serviços over the top, com características próprias, herdar os regulamentos de outro tipo de serviço. Para a empresa, cada regulamentação tem um propósito, que não pode nunca ser perdido de vista. Assim, a regulamentação dos serviços de telecomunicações teria sido criada em uma época diferente, com objetivos próprios, que não necessariamente seriam positivos para os serviços over the top. A Microsoft ressalta, ainda, que a grande maioria dos serviços over the top sequer compete com serviços tradicionais de telecomunicações.

Outro importante mercado que participou da consulta pública foi o indiano, através da Internet and Mobile Association of India (IAMAL). A Índia possui, atualmente, a segunda maior base de usuários de internet, atrás apenas da China, e cerca de 90% dos acessos à internet é realizado por meio de smartphones. A Associação esclareceu que, na Índia, o uso dos serviços over the top já é a preferência, de modo que os serviços de telecomunicações deixaram de ser primários e passaram a ser vistos como um meio de acesso aos serviços over the top.

Na Índia, os serviços over the top, também conhecidos como serviços de internet móvel, são regulados pelo “*Information Technology Act*”. O país considera que existem diferenças fundamentais entre os serviços tradicionais de telecomunicações e os serviços over the top, de maneira que cada um dos serviços possui regulamentação própria. Os serviços over the top não estão, portanto, sujeitos à mesma regulamentação que os serviços de telecomunicações.

As seguintes diferenças são apontadas pela IAMAL:

- (i) As operadoras de telecomunicações são provedores de acesso que controlam a infraestrutura de banda larga, sendo que existem poucos *players* neste mercado, tendo em vista as altas barreiras de entrada;
- (ii) Os serviços over the top, por outro lado, não controlam o acesso à banda larga, têm baixas barreiras de entrada, enfrentam a competição de diversos outros serviços semelhantes e os seus usuários/consumidores podem deixar de utilizar os serviços quando bem entenderem, não estão sujeitos a contratos de longo prazo;
- (iii) Os serviços over the top não teriam derivado dos serviços de telecomunicações, mas sim evoluído separadamente em torno de aplicativos de software com ricas funcionalidades.

Assim, para a IAMAL, seria equivocada a afirmação de que os serviços over the top e os de telecomunicações seriam similares. A IAMAL esclarece, ainda, que os serviços de telecomunicações possuem diversos direitos exclusivos (que os serviços over the top, conseqüentemente, não possuem), como: direito de adquirir espectro, direito de obter recursos de numeração, direito de se conectar à Rede Telefônica Pública Comutada (*PSTN – Public Switched Telephone Network*) e o direito de passagem para configurar a infraestrutura.

A regulamentação dos serviços over the top envolveria questões como privacidade de dados e políticas de criptografia, dentre outras questões que vão além do alcance dos serviços tradicionais de telecomunicações.

Apesar de o objetivo deste trabalho não ser esgotar todas as contribuições apresentadas na consulta pública, tem-se que as quatro contribuições sobre as quais acima se comentou, são suficientes para demonstrar que as discussões internacionais também são muito semelhantes às feitas em território nacional. A polarização também está presente, com algumas exceções, como é o caso da Índia, que lidou com a questão através de uma regulamentação específica para os serviços over the top, não os confundindo com os serviços de telecomunicações.

Após as discussões sobre os benefícios e malefícios de uma possível regulamentação dos serviços over the top, no ano seguinte, em 2018, a mesma União Internacional de Telecomunicações (UIT) realizou uma reunião em Genebra, na Suíça, com o objetivo de, novamente, discutir os serviços over the top. Lá foi aprovada a recomendação D.262⁹¹ que

⁹¹ RECOMMENDATION D.262. Disponível em: <<https://www.itu.int/rec/T-REC-D.262-201905-I>> Acesso em: 18 de junho de 2020.

estabeleceu diretrizes para a promoção de uma competição justa entre operadores de rede e provedores over the top, indicando como pontos de atenção para os Estados-Membros:

Os Estados-Membros são encorajados a examinar, se necessário, a redução da carga regulatória sobre as redes tradicionais e os serviços de telecomunicações.
Os Estados-Membros devem considerar as diferenças fundamentais entre os serviços tradicionais de telecomunicações e os serviços OTT, incluindo a natureza transfronteiriça e global das OTTs, barreiras de entrada de OTTs e integração dos mercados, entre outros fatores.
Dado que os operadores de rede e provedores OTT fazem parte do mesmo ecossistema, os Estados-Membros devem considerar as interdependências entre eles, inclusive como a demanda do consumidor por serviços OTT pode levar a um aumento na demanda por dados de provedores de serviços de telecomunicações, bem como diminuição da demanda por serviços tradicionais de telecomunicações.
Os Estados-Membros devem incentivar a cooperação mútua, na medida do possível, entre OTTs e operadores de redes, com vista a fomentar modelos de negócios inovadores, sustentáveis e viáveis, e o seu papel positivo na promoção de benefícios socioeconômicos.
Os Estados-Membros devem continuar a estimular o empreendedorismo e a inovação no desenvolvimento de infraestruturas de telecomunicações, especialmente o desenvolvimento de redes de alta capacidade, tendo em conta o poder disruptivo e o impacto social e econômico da ampliação de acessos de banda larga. Os Estados-Membros devem continuar a promover o espírito empresarial e a inovação nas aplicações OTT, incluindo a sua criação, disponibilização e utilização, que beneficiam os usuários e incentivam investimentos sustentáveis em infraestrutura.
No espírito de disponibilidade e acessibilidade dos serviços, os Estados-Membros devem promover a criação de ambientes legais e normativos e desenvolver políticas justas, transparentes, estáveis, previsíveis e não discriminatórias; e que promovam a concorrência, fomentem a inovação tecnológica e de serviços e incentivem o investimento do setor privado, a fim de garantir o crescimento e a adoção contínua de serviços OTTs
Os Estados-Membros e membros do setor devem participar e contribuir com esforços de padronização por meio de organizações globais e regionais de desenvolvimento de padrões, a fim de garantir serviços e aplicações abertos, interoperáveis, portáteis, seguros e acessíveis aos consumidores, em qualquer lugar e a qualquer hora, quando viável

Os Estados-Membros são encorajados a considerar não só as oportunidades e os benefícios que os OTT proporcionam, mas também os desafios que surgem como o seu crescimento exponencial. Os Estados-Membros devem promover o acesso e o crescimento destes serviços através, destacadamente, de apoio à inovação, estímulo à demanda, colaboração com a indústria e parcerias público-privadas

Fonte: Elaboração própria.

Expostos os argumentos, em âmbito nacional e internacional, favoráveis e contrários à regulamentação dos serviços over the top, restará analisar os estudos mais recentes sobre o tema, a fim de complementar as contribuições analisadas. Os estudos são importantes, na medida em que permitem uma análise, em tese, neutra, diferentemente das contribuições em consultas públicas.

3.3 DOS ESTUDOS RELACIONADOS AO TEMA – AVALIAÇÃO DA OCDE SOBRE TELECOMUNICAÇÕES E RADIODIFUSÃO NO BRASIL E ESTUDO DA ANATEL SOBRE NOVOS MERCADOS NAS TELECOMUNICAÇÕES

O governo brasileiro, através do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) e da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), solicitou à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) uma avaliação sobre o setor de telecomunicações e radiodifusão no Brasil⁹². O estudo foi encomendado em 2018 e foi publicado, apenas, em outubro de 2020⁹³. Trata-se, deste modo, de um documento bastante antecipado pelas autoridades que atuam no setor. A avaliação das telecomunicações e da radiodifusão foi elaborada com base em respostas dadas, por autoridades brasileiras, a um questionário e nos resultados de entrevistas com os principais atores da área. A avaliação analisou o desempenho dos setores e as políticas e regulamentos relacionados, fazendo, ao final, as seguintes recomendações: melhorar o marco legal e regulatório; reformar o marco de tributos, taxas e tarifas; melhorar as condições do mercado; promover a competição nos mercados da comunicação e da radiodifusão; e fortalecer as políticas nacionais e a formulação de políticas baseadas em evidências. Nem todo o conteúdo do estudo será relevante para o presente trabalho, mas cumpre analisar as partes que tratam dos serviços over the top.

⁹² OECD (2020), Avaliação da OCDE sobre Telecomunicações e Radiodifusão no Brasil 2020, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/0a4936dd-pt>.

⁹³ OCDE lança estudos sobre transformação digital do Brasil, telecomunicações e radiodifusão. Governo Federal, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/noticias/2020/10/ocde-lanca-estudos-sobre-transformacao-digital-do-brasil-telecomunicacoes-e-radiodifusao>> Acesso em: 26 de novembro de 2020.

Inicialmente, a OCDE destacou, como um ponto fraco do marco regulatório brasileiro sobre comunicações e radiodifusões, o fato de que a ANATEL não teria independência suficiente e que as determinações do Tribunal de Contas da União poderiam afetar, negativamente, a sua capacidade de executar as suas funções. Esta afirmação é interessante, pois neste trabalho já foi demonstrado um caso de atrito entre ANATEL e TCU, que é a questão do cálculo dos bens reversíveis das concessionárias que pretendem mudar para o regime das autorizações. Outro ponto fraco apontado pela OCDE é o de que o marco institucional brasileiro não estaria bem adaptado aos setores convergentes de comunicação e radiodifusão, em outras palavras entende a Organização que deveria existir uma agência reguladora unificada com responsabilidades de regular e monitorar as comunicações, a radiodifusão e os serviços over the top emergentes. A agência unificada teria as atribuições da ANATEL, da ANCINE e do Ministério da Ciência Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC).

Além disso, observou a OCDE que o arcabouço legal brasileiro deveria ser adaptado e reformado, visando introduzir um regime de licenciamento baseado em licença única para os serviços de comunicações e radiodifusões, eliminando, assim, as diferenças entre as categorias de serviços de telecomunicações (serviços de comunicação multimídia, serviços de telefonia fixa, serviço de telefonia móvel, serviços de comunicações classificados como serviço de valor adicionado, TV por assinatura e outros serviços de radiodifusão). Neste contexto, a Organização entende que até mesmo alguns serviços de valor adicionado (SVAs) seriam incluídos neste regime de licença única, sendo feita a ressalva, contudo, de que aí não estariam incluídos serviços de plataformas e aplicativos online:

O crescimento de provedores de OTT foi uma mudança importante em muitos mercados de comunicações ao redor do mundo, incluindo no Brasil. De acordo com sua legislação, o Brasil classifica a maioria das aplicações como serviços de valor adicionado (SVAs); i.e. não são considerados nem serviços de telecomunicações nem de radiodifusão.

[...]

Portanto, os serviços de comunicações classificados como serviços de valor adicionado, como a prestação de serviços de conexão à Internet, deveriam ser simplificados sob um regime de licença única. Isso não implica que outros SVAs (como OTTs, plataformas e aplicativos online) estariam sujeitos a regulamentações adicionais. Isso exigiria uma discussão mais ampla sobre o mandato de agências reguladoras de comunicações em relação a plataformas digitais, o que ainda está sendo debatido em muitos países da OCDE.

Verifica-se, deste modo, que a regulação dos serviços over the top ainda é um desafio para a OCDE. As plataformas digitais e aplicativos online constituem uma zona cinzenta em termos de sua regulação, mas a assimetria regulatória não deixa de ser uma preocupação. Neste

sentido, a OCDE avalia a competição entre provedores tradicionais de radiodifusão e TV por assinatura e serviços over the top, como serviços de streaming, entendendo que algo deve ser feito pela redução da assimetria, mas afirmando que aos serviços over the top não podem ser impostas regulações típicas de setores tradicionais. O que se observa do trecho abaixo transcrito:

Além disso, nesse cenário fragmentado, os serviços audiovisuais tradicionais e os novos fornecedores de serviços digitais, como os OTTs, enfrentam um tratamento regulatório diferente. Por exemplo, os novos fornecedores de OTT não têm restrições verticais de integração, como a enfrentada pelos fornecedores de serviços de televisão por assinatura. De modo similar, a regulamentação relativa à proteção do consumidor, às taxas regulatórias e aos regimes fiscais são geralmente mais rigorosos para os prestadores de serviços tradicionais.

[...]

Enquanto a transmissão de sinal aberto ainda alcança a maior audiência, serviços de banda larga e de OTT audiovisuais estão crescendo constantemente, com consumidores tendendo a preferir plataformas de streaming com conteúdo brasileiro. Por isso, o marco regulatório deve garantir um cenário competitivo justo para provedores tradicionais de radiodifusão e TV, assim como provedores de serviços OTT. As regulamentações enviesam o mercado em benefício dos fornecedores de serviços OTT por meio de assimetrias tributárias e da falta de cotas de conteúdo brasileiro. Mesmo assim, a solução não é impor regulações típicas de setores tradicionais sobre os provedores de serviços OTT, que são importantes impulsionadores da adoção de banda larga no país. Ao contrário, um marco mais equilibrado e consistente poderia promover a competição, ao mesmo tempo em que incentivaria investimentos na produção e transmissão de conteúdo doméstico.

Novamente é levantado um ponto que foi muito discutido nas consultas públicas – os serviços over the top impulsionam a banda larga no país. Trata-se de uma observação de grande relevância, especialmente partindo de uma organização que visa o desenvolvimento econômico, pois reforça-se o raciocínio de que se deve ter muita cautela ao, eventualmente, impor uma regulação serviços over the top. Uma regulação mal planejada pode ter sérias consequências econômicas para o país e o para a expansão da banda larga nacional. Por ora era o que cumpria trazer da avaliação da OCDE, mas, na sequência, passa-se a analisar o estudo apresentado pela ANATEL sobre novos mercados nas telecomunicações.

A ANATEL, através da sua Superintendência de Competição, realizou, em setembro de 2020, um estudo sobre os novos mercados nas telecomunicações, trazendo perspectivas sobre as novas frentes para a regulação econômica do setor⁹⁴. Logo no início do estudo é feita a

⁹⁴ NOVOS mercados nas telecomunicações. Anatel, 2020. Disponível em: <https://www.eventos.momentoeditorial.com.br/wp-content/uploads/2020/10/ESTUDO-COMPETIcao-20_compressed.pdf> Acesso em: 28 de novembro de 2020.

ressalva de que as análises ali constantes não representam a opinião formal da ANATEL, ainda assim é relevante trazer para o presente trabalho parte dos temas discutidos, especialmente considerando que as análises foram realizadas por funcionários da ANATEL que lidam com o setor de telecomunicações diariamente, possuindo, portanto, uma visão única sobre a questão objeto de análise desta dissertação. O foco ficará no capítulo chamado de “o mercado da atenção”, elaborado por Andrey Ribeiro Perez Nunes.

O autor inicia sua análise dissertando sobre o que seria a “economia/mercado da atenção”, explicando, resumidamente, que esta seria o somatório das várias indústrias que disputam o pool de atenção disponível, isto é, a disputa pela atenção dos potenciais consumidores/usuários. Este processo de disputa seria um incentivo para que as disrupções tecnológicas sejam constantes, especialmente no setor de telecomunicações. As disrupções tecnológicas viriam em ondas, de modo que uma estaria sempre substituindo a outra, porém não de uma maneira imediata, uma vez que diferentes modelos de negócios acabam convivendo, até que um seja efetivamente substituído. Este processo seria bastante desafiador para o regulador, que deve ficar atento à novidade sendo inserida no mercado, sem, todavia, descuidar do modelo até então dominante. Deste modo, a regulação tem o desafio de se equilibrar entre realidades distintas. É o que se observa do trecho abaixo transcrito:

Um ponto chave se sobressai da leitura em retrospectiva do mercado da atenção: embora disrupções sejam constantes, a curva de substituição entre modelos de negócio possui uma cauda longa, isto é, o nascimento de uma tecnologia não implica abandono completo e imediato do padrão anterior. Concretamente, mesmo os agentes protagonistas da primeira onda mantêm-se ativos e, embora em menor grau, significativos tanto em termos de influência quanto de receitas. Assim, ainda que as perspectivas ora traçadas venham a confirmar-se, não se vislumbra uma ruptura brusca com os modelos de negócio vigentes.

A lição de convivência entre gerações aponta para a necessidade de que o regulador mantenha-se atento às novidades associadas à terceira onda do mercado, sem, contudo, descuidar-se dos movimentos ainda em curso no escopo da segunda. A regulação terá, assim, que equilibrar-se entre realidades distintas, tanto no aspecto técnico quanto no comercial, de forma a compartimentar obrigações e impedir que amarras regulatórias pertinentes em um contexto atravanquem injustificadamente outro.

O desafio retratado pelo autor se encaixa perfeitamente no caso da assimetria regulatória existente entre os serviços over the top e os serviços tradicionais de telecomunicações, considerando o avanço dos serviços e mídias digitais sobre a infraestrutura de telecomunicações. Isto posto, é preciso entender qual a dificuldade regulatória que realmente se impõe. O autor explica que os novos agentes estão acostumados com um ambiente de baixa

ou inexistente regulação, o que faz que eles resistam o máximo possível a intervenções em suas atividades. Além disso, é bastante tênue a linha que separa os serviços prestados pelos novos agentes e os serviços de telecomunicações, não sendo simples, portanto, enquadrar os novos serviços, a fim de definir a sua regulação ideal. Neste sentido, transcreve-se trecho do estudo:

Do ponto de vista regulatório, em se confirmando tal transição, despontam dois desafios principais.

O primeiro, de ordem prática, refere-se à introdução de uma série de novos agentes no mercado de telecomunicações acostumados a um ambiente sob baixa regulação estatal, potencialmente dificultando a atuação do regulador por uma resistência inicial a intervenções, manifestada especialmente em situações de requisição informacional ou na participação nos processos de elaboração normativa.

O segundo diz respeito à própria regulamentação e reside na crescente dificuldade de definir-se com clareza os limites, não apenas entre os distintos serviços de telecomunicação, mas dos próprios contornos das atividades que podem ser enquadradas como serviço de telecomunicação.

Tendo em vista as dificuldades mencionadas, esclarece o autor que devem ser garantidos instrumentos regulatórios e legais que combinem a coexistência dos serviços, ou seja, as autoridades responsáveis devem atuar de maneira a permitir a coexistência dos novos serviços disruptivos e dos serviços já amplamente regulados. Isto é de elevada importância, uma vez que sempre vão surgir novas tecnologias e novos processos capazes de alterar o mercado, são as ondas retratadas pelo autor e a destruição criativa de Schumpeter.

Com as consultas públicas analisadas e os estudos apresentados, espera-se ter elementos suficientes para compreender e analisar a problemática em um caso prático. É, pois, o que se passa a fazer.

4 ESTUDO DE CASO – SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO (SEAC) x VIDEO ON DEMAND (VOD)

Conforme já antecipado, será importante fazer uma análise de um caso recente, a fim de trazer uma demonstração prática da existência de assimetria regulatória existente entre os serviços over the top e os serviços tradicionais de telecomunicações. Deste modo, optou-se por analisar o caso do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), que é um serviço de telecomunicações que necessita de autorização para a sua exploração, mas que sofre forte concorrência de serviços over the top de streaming (Video on Demand – VoD), como o Netflix, por exemplo.

A escolha pela análise do Serviço de Acesso Condicionado se deu pelo fato de ser uma pauta bastante atual, que está na mídia quase que diariamente, principalmente porque os próprios autorizados de SeAC estão criando seus serviços over the top, a fim de maximizar as suas receitas. O maior exemplo é o caso da Fox, que presta um serviço de acesso condicionado, mas que decidiu criar a Fox+, um serviço (de valor adicionado?), que funciona pela rede de internet, como a Netflix. O serviço da Fox+ tem sido chamado de “serviço de programação linear por meio da Internet”. Diversas empresas estão se insurgindo contra este tipo novo de serviço, entendendo que a Fox não poderia disponibilizar o conteúdo na Internet, pois isto violaria a Lei do Serviço de Acesso Condicionado. A problemática é explicada melhor abaixo.

Foram desenvolvidas duas teorias – uma “pró-SeAC” e outra “pró-OTT”, sobre as quais passa-se a dissertar. A questão principal consiste em saber se o serviço de programação linear por meio de Internet, ou qualquer serviço de VoD fornecido através da Internet, se submete à Lei Federal n. 12.485/2011, conhecida como Lei do Serviço de Acesso Condicionado.

Os defensores da tese pró-SeAC entendem que a oferta de serviço de programação linear por meio da Internet configuraria serviço de acesso condicionado, de modo que todos os ditames da Lei Federal n. 12.485/2011 deveriam ser observados. A principal regra a que se clama observância é a prevista no art. 10 da Resolução n. 581, de 26 de março de 2012, que aprova o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC). O referido artigo estabelece que “a prestação do SeAC depende de prévia autorização da Anatel, nos termos e condições estabelecidos no Regulamento Geral de Outorgas, aprovado pela Resolução nº 720, de 10 de fevereiro de 2020”. Assim, sem a outorga estatal, a exploração do serviço seria ilegal ou configuraria a prestação clandestina de SeAC.

Foram desenvolvidos diversos argumentos, a fim de fundamentar a alegação de que os ditames da Lei do SeAC se aplicam aos serviços semelhantes prestados via Internet, dentre os quais destaca-se (teoria pró-SeAC):

(i) O conceito de SeAC também alcançaria a distribuição de conteúdo audiovisual pela internet, tendo em vista a expressão “protocolos de comunicação quaisquer”, contida no art. 2º, inciso XXIII, da Lei nº 12.485/2011⁹⁵;

(ii) A Lei do SeAC teria adotado o conceito de “neutralidade tecnológica”, de modo que a configuração de SeAC não seria ditada pelo veículo tecnológico utilizado para sua oferta (art. 2º, X⁹⁶);

(iii) Os conteúdos disponibilizados via Internet não poderiam ser enquadrados como Serviço de Valor Adicionado (SVA), pois a Lei do SeAC seria posterior à LGT, de modo que o art. 61 da LGT teria se tornado inaplicável, considerando que lei do SeAC não teria feito distinção sobre como seria feita a distribuição dos conteúdos audiovisuais (vide conceito de SeAC – art. 2º, XXIII);

(iv) A Lei do SeAC protegeria os interesses nacionais e os consumidores brasileiros, conforme previsto no art. 3º⁹⁷, que estabelece os princípios a serem observados pelos fornecedores do serviço. A não incidência da Lei do SeAC, portanto, seria prejudicial ao

⁹⁵ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...) XXIII - Serviço de Acesso Condicionado: serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

⁹⁶ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...) X - Distribuição: atividades de entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros, cabendo ao distribuidor a responsabilidade final pelas atividades complementares de comercialização, atendimento ao assinante, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos, entre outras;

⁹⁷ Art. 3º A comunicação audiovisual de acesso condicionado, em todas as suas atividades, será guiada pelos seguintes princípios:

I - liberdade de expressão e de acesso à informação;

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

III - promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira;

IV - estímulo à produção independente e regional;

V - estímulo ao desenvolvimento social e econômico do País;

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

interesse nacional e violaria o previsto no art. 221⁹⁸ e no § 3º⁹⁹ do art. 222 da Constituição Federal;

(v) A incidência da Lei do SeAC aos serviços fornecidos através da Internet seria a medida adequada para garantir um ambiente de competição justa e de isonomia tributária.

Em sentido oposto, foi criada a teoria pró-OTT que defende que o serviço de programação linear por meio de Internet, ou qualquer serviço de VoD fornecido através da Internet, não estaria sujeito às regras da Lei do SeAC, de modo que não seria necessária qualquer autorização, ou outorga estatal, para a sua exploração. Os principais argumentos para tanto são:

(i) Os serviços em discussão são serviços de valor adicionado (SVA), não sendo, portanto, serviços de telecomunicações. Não sendo serviços de telecomunicações, não podem ser considerados serviços de acesso condicionado. O fundamento principal é o fato de que os serviços de telecomunicações têm ingerência sobre a rede de infraestrutura de telecomunicações que viabiliza a entrega ao usuário, diferentemente dos serviços de valor adicionado. Assim, não estaria presente um requisito fundamental para a caracterização do serviço como SeAC. Sobre este aspecto cumpre citar a lição de Gustavo Binenbojm, André Cyrino, Alice Voronoff e Rafael Koatz¹⁰⁰:

Os serviços OTT (lineares ou não), prestados no âmbito da internet sem a participação do gestor da infraestrutura, não podem ser entendidos como SeAC. Afinal, não se trata de serviços de telecomunicações.

De acordo com o art. 2º, XXIII da Lei nº 12.485/2011, os serviços de acesso condicionado são caracterizados como “serviços de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado”. Tal expressão, essencial para a identificação de um SeAC, deve ser aferida a partir da dicção do art. 60 da Lei nº 9.472/1997 (LGT), segundo o qual a atividade de telecomunicações está centrada na utilização de redes de infraestrutura dedicadas, cuja gestão ou responsabilidade é assumida pela prestadora do serviço com o objetivo de garantir a transmissão das informações até a recepção pelos usuários, em uma relação ponta-a-ponta.

⁹⁸ Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

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

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

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

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

⁹⁹ § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

¹⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. Direito da regulação econômica: teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 380 e 381.

A interpretação sistemática da Lei do SeAC reforça essa conclusão, na medida em que outros institutos previstos na lei fazem menção a verbos, substantivos e produtos típicos de uma atividade de telecomunicações. Não fosse o bastante, o Regulamento do SeAC atribui à prestadora os deveres de gerenciar a rede e evitar interrupções – típicas obrigações de uma gestora da infraestrutura.

Irene Nohara e Cibelle Kilmar¹⁰¹ também explicam que os serviços de telecomunicações não devem ser confundidos com tecnologias e serviços aplicados à telecomunicação:

O artigo 60 da LGT tratou de definir e conceituar telecomunicações. Ressalta-se que há o entrelaçamento das telecomunicações com assuntos industriais e tecnológicos e, ainda, com determinados serviços e tecnologias aplicados às telecomunicações, mas que com elas não se confundem.

Nesse sentido, o conceito de telecomunicações não se altera, especialmente quando vem suportado por tecnologias das mais avançadas ou não.

(ii) Assim, considerando que o serviço de programação linear por meio de Internet, ou qualquer serviço de VoD fornecido através da Internet, não seria um serviço de telecomunicações, deve ser enquadrado como serviço de valor adicionado, de modo que aplicasse uma sistemática jurídica totalmente diferente, não sendo correto querer impor o mesmo regramento que se impõe aos serviços de telecomunicações;

(iii) O conceito de “neutralidade tecnológica” deve ser compreendido dentro do contexto em que foi criado, isto é, a Lei do SeAC foi criada com o objetivo de unificar o regime de prestação do serviço de televisão por assinatura que, até então, era prestado por diversas tecnologias, cada uma sujeita a um tipo diferente de regulação. Deste modo, a tese pró-OTT entende que a abrangência da “neutralidade tecnológica” estaria limitada às tecnologias de prestação do serviço de televisão por assinatura, cuja regulação objetivava-se unificar;

(iv) A ANATEL não teria competência para regular a atividade de disponibilização de conteúdo audiovisual linear na internet. A competência da ANATEL estaria restrita aos serviços de telecomunicações, assim, considerando que o serviço em questão seria um serviço de valor adicionado, as competências da ANATEL seriam somente as previstas nos parágrafos do art. 61 da LGT;

(v) A ANATEL não teria competência, por si só, para definir o que é um serviço de telecomunicações. A definição já constaria do art. 60 da LGT, de modo que caberia à ANATEL apenas regulamentar o conteúdo do artigo e jamais alterá-lo.

¹⁰¹ KILMAR, Cibelle Mortari; NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Agência nacional de telecomunicações – Anatel: Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 130.

É possível verificar, portanto, que existem argumentos extremamente relevantes para ambos os lados, para ambas as teses. Cumpre, agora, analisar como a questão foi decidida, ou está sendo decidida, na prática.

O conflito acima exposto foi, recentemente, analisado e decidido pela ANATEL no processo n. 53500.022476/2019-45. A questão foi submetida à ANATEL por meio de denúncias realizadas contra a empresa Fox, que estaria prestando serviços de telecomunicações mediante a oferta de canais com conteúdo linear por meio da Internet, o que violaria a ordem jurídica em matéria de competência da Agência.

Cautelarmente, a ANATEL determinou que a Fox passasse a condicionar o acesso aos seus canais programados disponíveis em aplicações de Internet à autenticação de assinantes de SeAC. Contra esta decisão foram interpostos recursos administrativos, aos quais foram negados efeitos suspensivos. Também contra esta decisão, a Fox impetrou Mandado de Segurança na Seção Judiciária do Distrito Federal (nº 1017111-33.2019.4.01.3400). No MS a Fox pede, liminarmente, que seja declarada a nulidade da decisão que determinou o condicionamento do acesso aos seus canais disponíveis da Internet. Inicialmente, foi concedida a medida liminar, permitindo a veiculação do conteúdo via internet, mas, na sequência, foi proferida sentença revogando a liminar e denegando a segurança pleiteada. Todavia, em segunda instância, foi concedido efeito suspensivo à apelação da Fox, de n. 1042347-02.2019.4.01.0000, voltando a ser suspensa a decisão cautelar da ANATEL.

Ato contínuo, considerando a complexidade e o apelo popular da questão, optou-se pela realização de Tomada de Subsídio¹⁰² aberta ao público, objeto do processo nº 53500.022476/2019-45, onde foi feita análise sobre o enquadramento regulatório das aplicações de programadoras de televisão disponíveis a clientes na Internet, por meio de páginas ou aplicativos, e mediante um pagamento mensal. Foram recebidas diversas contribuições, que foram sintetizadas na forma da tabela abaixo, que apesar de extensa, merece transcrição por retratar bem como o mercado enxerga a questão (o conteúdo da tabela foi reduzido para inclusão no presente trabalho):

¹⁰² BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Informe n. 201/2019/PRRE/SPR. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO53MS1TVcOwmh-XwOqztDc_W-ntEd_SeQdVNo-9w_WdOV4zwKAHzLAs2qM12R3WR8q61m1tARu7ELab30-q00SC> Acesso em: 06 de dezembro de 2020.

Autor	Principais Argumentos
Oi	<ul style="list-style-type: none"> - Novos modelos de negócio na Internet (uber, airbnb etc). Restringi-los levaria tão somente ao surgimento de outros players com outros modelos na Internet. - Neste primeiro momento e em linha com a política de liberdade econômica, deve se destacar a necessidade de revisão das restrições à propriedade cruzada entre empresas de telecomunicações, produtoras de conteúdo e empresas de radiodifusão, a possibilidade de produção de conteúdo por prestadores de serviços de telecomunicações e a possibilidade de disponibilização de conteúdos por meio de Serviços de Valor Adicionado (SVA). - Nessa linha, a Oi se manifesta favoravelmente à revogação dos artigos 5º e 6º da Lei nº 12.485, de 2011.
Claro Brasil	<ul style="list-style-type: none"> - A distribuição de canais de programação linear a assinantes, por meio de quaisquer tecnologias, configura prestação de SeAC, não importando se o distribuidor detém rede própria ou utiliza rede de terceiros para realizar a entrega ou permitir o acesso do assinante ao canal ou canais de programação. - A distribuição é o verdadeiro eixo de juridicidade do SeAC, acrescido, no entanto, da contraprestação pecuniária. - Similaridade da difusão de canais pelo DTH e pela Internet. - Neutralidade tecnológica da Lei nº 12.485/2011. - É equivocada a separação do mercado audiovisual entre conteúdo fornecido juntamente com infraestrutura e conteúdo fornecido sem infraestrutura. O principal ponto de corte fixado na legislação do SeAC é a linearidade: parte da comunicação audiovisual é, intrinsecamente, distribuída por meio de canais lineares de programação. Esta é SeAC, independente do meio. Outra parte é constituída pelos vídeos sob demanda, que nunca é SeAC. - Art. 60, §1º e 61 e seu §1º da LGT inserem-se no contexto exclusivo do regime legal que vigorou no país a partir de 1997. O advento da Lei nº 12.485/2011 fez com que se introduzisse um novo serviço, o qual o usuário contrata o conteúdo independente do meio pelo qual o receberá. - O fato de um conjunto de funcionalidades poder ser acessada pela Internet não desconfigura as características intrínsecas do conteúdo que está sendo difundido, ainda que no formato de dados, ex. serviços bancários, telemedicina. Perigosa conclusão de que o conteúdo que trafega no ambiente da Internet é livre de submissão a toda e qualquer regramento. - Caracterizar a oferta de conteúdo linear remunerado como SeAC não fere, em hipótese alguma, princípios estabelecidos no Marco Civil da Internet. É inadequada a invocação da lei que aprovou o Marco Civil como barreira ao enquadramento da comercialização de canais de TV pela Internet como SeAC. - MCI não alterou a natureza do SeAC.

Telecomp	<ul style="list-style-type: none"> - Não há como considerar o SeAC sem que seja associado ao serviço a camada de infraestrutura e conectividade, sendo ele o conjunto estruturado dos atributos da Lei. As ofertas de serviços da FOX não contemplam o elemento de distribuição e, portanto, seria SVA, pois ela não teria como fazer a gestão da rede, por exemplo. - Programação linear tão somente não caracterizaria o SeAC. - A difusão de conteúdos pela Internet não se confunde com distribuição da Lei nº 12.485/2011, pois o aplicativo não se responsabiliza pela entrega ao cliente. - Não caberia à Anatel regular atividade na Internet pelo seu caráter de livre iniciativa e concorrência (MCI, CF). - Escassez dos recursos levaria a regulação, no entanto, na Internet isso não seria o caso. Além disso, não haveria a necessidade hoje de contratar rede especializada para difundir conteúdo pela Internet. - Não substitutibilidade perfeita entre Telecom e OTTs.
Telefônica	<ul style="list-style-type: none"> - Parece imprópria a interpretação de que a disponibilização na Internet de conteúdo audiovisual organizado de forma linear e mediante remuneração poderia se equiparar ao conceito de distribuição do SeAC. - Para a distribuição de conteúdo audiovisual, a prestadora deve deter uma rede de telecomunicações, seja própria ou contratada de terceiros – por meio de exploração industrial, por exemplo. - Não ocorre distribuição, conforme termo da Lei nº 12.485/2011, em aplicações na Internet. Delivery x Drive Through. - Com intuito de alargar a definição de SeAC, argumenta-se que a Lei teria alterado o conceito de SVA, para excetuar do seu alcance a disponibilização de conteúdo audiovisual mediante remuneração na forma de pacotes de canais. Ocorre que as revogações e alterações foram feitas de forma expressa ao longo da Lei, e não há qualquer menção à definição contida no artigo 61 da LGT. Tampouco há indícios que possa ter havido uma revogação tácita. Como demonstrado, a definição de SeAC da Lei e do Regulamento está em harmonia com o artigo 60 da LGT.
ABDTIC	<ul style="list-style-type: none"> - Pela leitura da LGT e da Lei nº 12.485/2011, conclui-se que a transmissão de conteúdo audiovisuais nos serviços de telecom é possibilitada pela ingerência do prestador na rede. - Uma aplicação na Internet não se confunde com serviço de telecom uma vez que não consegue, por si só, realizar a entrega do conteúdo ao consumidor final. Assim, essas aplicações seriam SVA.
Turner/Topsports	<ul style="list-style-type: none"> - Serviços de streaming na Internet (OTT lineares) não são serviços de telecomunicação, encontrando-se, portanto, fora da alçada de competência da agência. - Atividades da Lei nº 12.485/2011 (produção, programação, empacotamento e distribuição) não se aplicariam ao streaming na Internet.

	<ul style="list-style-type: none"> - A forma pela qual a programação é disponibilizada (linear, não linear, ao vivo, não ao vivo) é absolutamente irrelevante. O único fator determinante são os meios ou as plataformas técnicas de entrega pelos quais a programação (seja qual for sua forma) é disponibilizada. - Anatel deveria abster-se de tomar quaisquer medidas específicas e esperar para agir, conforme adequado e dentro dos limites de sua respectiva competência, somente após o Congresso se manifestar por meio de legislação específica. - OTT não é Telecomunicação e a Anatel não é um Órgão Legislativo. - A Lei nº 12.485/2011 não se Aplica aos Serviços de Streaming porque a Televisão por Assinatura Tradicional (SeAC) e os Serviços de Streaming Operam Segundo Paradigmas Bem Diferentes (o Problema da "Escassez"). - Preocupações com conteúdo local são infundadas (insumo crucial para o sucesso dos OTTs), obrigações dessa natureza podem ser tratadas oportunamente de forma separada e independente para os OTTs.
Camara-e.net	<ul style="list-style-type: none"> - Agência não deve ignorar, na análise do presente caso, o entendimento consolidado refletido na regulação setorial, na jurisprudência e em seus próprios precedentes a respeito das diferenças entre serviços de telecomunicações e serviços de valor adicionado, nos termos da Lei nº 9.472/1997 (“Lei Geral de Telecomunicações” ou “LGT”). Por ex., distinção de SVA e serviços de telecom pelo STF e STJ. - A redação da Lei nº 12.485/2011 não autoriza a visão de que o conteúdo audiovisual disponibilizado por meio da Internet, seja ele linear ou não, deva ser considerado SeAC. - Não houve revogação tácita ou expressa de qualquer dos conceitos da LGT. - Não ocorre distribuição em aplicações na Internet. A prestação do SeAC apenas se configura caso o prestador gerencie a rede por meio da qual o conteúdo audiovisual é distribuído. Por conseguinte, na ausência dessa característica fundamental (infraestrutura para a transmissão do conteúdo gerenciada pela mesma prestadora), como se verifica na disponibilização de conteúdos audiovisuais lineares na Internet, não há a configuração do SeAC, mas de um SVA. - Criação artificial e injustificada de barreiras à entrada aos provedores OTT (e.g., obtenção de autorização e cumprimento de outras obrigações regulatórias não aplicáveis a provedores de conteúdo independente).
ITS Rio	<ul style="list-style-type: none"> - Provedores de Conteúdo Audiovisual Linear na Internet não se enquadram no Serviço de Acesso Condicionado (SeAC). Descaracterização como Serviço de Telecomunicações. Inaplicabilidade da Lei nº 12.485/2011. Adequação como Serviço de Valor Adicionado. - Diferenciação entre Serviço de Telecomunicações e Serviço de Valor Adicionado. Impossibilidade de caracterização do serviço como Serviço de Acesso, com base na Lei Geral de Telecomunicações.

	- A interpretação da Lei nº 12.485/2011 deve-se dar à luz da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), de onde se extrai o conceito de serviço de telecomunicações. A LGT prevê a categoria de Serviço de Valor Adicionado, que por sua vez, não se confunde com Serviços de Telecomunicação, de acordo com disposição do próprio legislador.
CineBrasilTV	- Se acaso for decidido que o serviço possa ser considerado SVA, há que se criar com muita urgência uma lei sobre conteúdo, senão novamente o Art. 221 da CF deixará de ser regulado e cumprido deixando a deriva toda uma indústria de mais de 13 mil empresas que hoje geram mais de 300 mil empregos e que injeta mais de 25 bilhões de reais por ano na nossa economia. Além de deixar o imaginário do brasileiro deficiente de si mesmo.
Apro	- Argumento da neutralidade tecnológica para incluir a distribuição pela Internet. Tal centralidade é verificável pelo modo reiterado como o legislador afasta qualquer aspecto tecnológico como elemento relevante para a definição do SeAC, bem como estabelece que a prestação do serviço não está condicionada a detenção de rede de telecomunicação pelo prestador.
BRAVI	- Argumento da neutralidade tecnológica para incluir a distribuição pela Internet.
SIAESP	- Argumento da neutralidade tecnológica para incluir a distribuição pela Internet.
SICAV	- Argumento da neutralidade tecnológica para incluir a distribuição pela Internet.
RSA Consultoria	- Argumento da neutralidade tecnológica. - A “disponibilização” de acesso a conteúdo audiovisual em formato de canal de programação, mediante remuneração e por meio da Internet deve ser compreendida sob a ótica de “entrega” ou “provimento”, refletindo, então, a atividade de distribuição. - A Lei nº 12.485/2011 prevê que a realização de uma das atividades inerentes à distribuição de conteúdo audiovisual, ou seja, entrega, transmissão, veiculação, difusão, ou provimento de conteúdos audiovisuais/ pacotes a assinantes, é suficiente para caracterização da prestadora como distribuidora de conteúdo audiovisual de acesso restrito. - Impactos: (i) Desestímulo à produção de conteúdo brasileiro; (ii) A redução da proteção à ordem econômica, tendo em vista que o Serviço de Valor Adicionado pode ser prestado por empresas situadas no estrangeiro, (iii) desequilíbrio mercadológico (tributação), (iv) O refreamento da proteção conferida ao consumidor.
MPA	- A ANATEL não tem competência para regular qualquer outro tipo de atividade (ou conjunto de funcionalidades) que se chame, que se pareça, que seja similar ou equivalente a uma distribuição, mas que não seja realizada por uma prestadora de serviços de telecomunicações. A Lei não trata, e não compete à ANATEL regular e fiscalizar, de qualquer outra distribuição de conteúdo audiovisual, seja a distribuição cinematográfica (que muitas vezes é feita por transmissão satelital da central para cada sala de cinema), ou ainda a distribuição de vídeo doméstico por exemplares

	<p>físicos (vídeo doméstico) ou por digitais (por streaming ou downloading, simultâneos ou não). A distribuição de vídeos pela Internet por provedores de aplicação não é a distribuição de que trata a Lei nº 12.485/2011, independentemente de ser realizada por uma operadora detentora de outorga de serviços de telecomunicações. A distribuição está intimamente ligado à oferta da posse ou propriedade sobre a reprodução do conteúdo.</p> <p>- Os aplicativos de conteúdo, sejam em forma linear, ao vivo ou sob demanda, não fazem distribuição. É o usuário da Internet que acessa os conteúdos disponibilizados e que não são distribuídos.</p>
SEAE	<p>- SEAE considera plataformas de conteúdo audiovisual linear na Internet aberta Serviço de Valor Adicionado - SVA.</p> <p>- Do ponto de vista concorrencial, a principal recomendação de curto prazo desta Secretaria foi a sugestão remodelagem do setor do audiovisual brasileiro com o intuito de alterar dispositivos prejudiciais à concorrência e à inovação, e que recriaram barreiras regulatórias artificiais na forma de silos verticais.</p>
TAP Brasil	<p>- A disponibilização de conteúdos pela Internet não é uma atividade de distribuição.</p>
NEOTV	<p>- Caracterização da distribuição de conteúdo audiovisual linear temporal com horários predeterminados via Internet como distribuição de SVA resultaria em provável esvaziamento da distribuição de SeAC.</p> <p>- As PPPs não seriam capazes de competir com OTTs que distribuam canais via Internet devido à ausência de regulação e às vantagens tributárias gozadas pelas segundas.</p> <p>- Considera disponibilização de conteúdo na Internet SeAC devida a neutralidade tecnológica da definição do serviço.</p>
ABERT	<p>- A livre iniciativa, nos termos do art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, deve ser lida com o objetivo de assegurar o livre exercício de qualquer atividade econômica. Reforçado pela Lei da Liberdade Econômica.</p> <p>- Interpretação dos arts. 60 e 61 diferente dos OTTs lineares serem SVA cria restrição artificial nociva à exploração dessa atividade de forma livre.</p> <p>- O desenho normativo do SeAC foi estabelecido de forma que, constatado o gerenciamento de uma rede de telecomunicações para transmitir um conteúdo audiovisual a assinantes, estar-se-ia diante do novo serviço SeAC. O critério distintivo, portanto, não é a presença de conteúdo programado (linear x não linear), mas sim, a detenção de controle ou gerência sobre a rede de telecomunicações por parte do prestador.</p> <p>- Neutralidade tecnológica na Lei nº 12.485/2011 refere-se a eliminação de assimetrias regulatórias entre as modalidades de TV Paga, restringindo-se a serviços baseados em infraestrutura gerenciada ou controlada pela prestadora.</p> <p>- Todo provimento de conteúdo audiovisual na Internet, seja linear ou não, que dependa da contratação, em separado, de um serviço de telecomunicações, será um</p>

	Serviço de Valor Adicionado. Não há espaço, portanto, para um transplante a fórceps das disposições da Lei nº 12.485/2011, como quer a Claro, para o universo das OTTs, categorizadas como SVAs e não como SeAC.
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fonte: Anatel - Informe n. 201/2019/PRRE/SPR.

Com todos os ricos elementos recebidos na Tomada de Subsídios, a área técnica da Agência realizou minucioso estudo para fomentar a decisão que viria a ser tomada no processo em análise, sendo elaborada uma ‘proposta de decisão’. Cumpre, portanto, destacar os principais pontos desta proposta:

(i) Não mereceria prosperar a alegação de que a Lei do SeAC, que é uma lei especial em relação à LGT, afastaria a aplicação do art. 61 da LGT. Os diplomas legais devem ser apreciados e valorados de maneira complementar, e não excludente um ao outro;

(ii) O SeAC constitui serviço de telecomunicações, que tem por finalidade a distribuição de conteúdo audiovisual a assinantes do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, dependendo de infraestrutura para tanto. E o conceito de distribuição de conteúdo audiovisual está intrinsecamente ligado ao de serviço de telecomunicações, não sendo possível uma interpretação extensiva para abranger o SVA;

(iii) Considerando que é necessária a contratação de serviço de telecomunicação para se usufruir do acesso aos canais pela Internet, restaria excluída a caracterização do SeAC;

(iv) Quem contrata um serviço de telecomunicações não precisa contratar outro serviço de telecomunicações para usufruir o primeiro;

(v) O usuário de SVA contrata dois serviços em separado, junto a prestadores diferentes, sendo eles: a disponibilização de conteúdo junto a um provedor de aplicação, o que será o SVA, e o acesso a uma rede de telecomunicações (SCM ou SMP) junto a um prestador de serviço de telecomunicações, que permitirá o acesso ao SVA. Assim, tem-se que o provedor de aplicação também é um usuário do serviço de telecomunicações, não sendo possível caracterizá-lo como serviço de telecomunicação;

(vi) Quando se aborda a questão da difusão do conteúdo audiovisual feita pelo SeAC, o seu diferencial em relação a outras formas é que nele vincula-se a existência de uma rede de telecomunicações gerenciada para distribuir conteúdo audiovisual linear a assinantes;

(vii) A ANATEL caracteriza uma aplicação OTT como aquela acessada ou entregue sobre a Internet que poderia se colocar, técnica ou funcionalmente, como substituto de um

serviço tradicional de telecomunicações. Sob esse prisma, no contexto da entrega de conteúdo, a funcionalidade de vídeo sob demanda (Video On Demand – VOD), definido pelo acesso direto e imediato ao conteúdo pelo usuário da rede, caracterizaria as OTT pertinentes.

De acordo com as conclusões a que chegou a área técnica da Agência, a oferta de canais com conteúdo linear por meio da Internet, ou qualquer serviço de streaming (Video On Demand – VoD), seria um serviço de valor adicionado e, conseqüentemente, um serviço over the top. O principal ponto que diferencia estes serviços do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) seria o fato de que os SVA/OTT dependem da infraestrutura de outros serviços de telecomunicações para oferecer os seus serviços, sendo usuários dos serviços de telecomunicações, já o mesmo não pode ser dito quanto aos SeAC.

Ato contínuo, a Advocacia-Geral da União foi a instada a se manifestar no processo, o que foi feito através do parecer n. 00073/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU¹⁰³. A AGU se debruçou sobre os aspectos polêmicos e chegou às seguintes conclusões:

(i) Para a AGU não haveria dúvidas de que a ANATEL tem competência para decidir sobre o enquadramento ou não da atividade objeto do processo como serviço de telecomunicações;

(ii) O processo de convergência digital, aliado à natureza livre, aberta e descentralizada da internet, viabilizaria e conferiria incentivos para o desenvolvimento de novas aplicações, capazes, inclusive, de incorporar e replicar funcionalidades até então ofertadas exclusivamente por prestadoras de serviços de telecomunicações, de modo que deve ser preservado o ambiente de inovação que naturalmente decorre desse contexto;

(iii) O art. 2º, inciso XXIII, da Lei nº 12.485/2011 vincularia o SeAC ao conteúdo conceitual da LGT, na medida em que utiliza expressões e classificações desta para a definição ali positivada;

(iv) O SeAC seria um serviço de telecomunicações de interesse coletivo, prestado no regime privado e a sua caracterização pressuporia, deste modo, que a prestadora detenha,

¹⁰³ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Parecer n. 00073/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO7Dfo-TDLZdiRsoE94qwoy8JajUupeBT1zFN7uX9tGJBVosdCHtQOQnMK5VHEiwq5vqB9kTpbmhsaV8Nbp7nZsg> Acesso em: 06 de dezembro de 2020.

necessariamente, o controle ou a responsabilidade pela infraestrutura utilizada como suporte à oferta do serviço;

(v) O princípio de ‘neutralidade tecnológica’ previsto na Lei nº 12.485/2011 deve ser entendido como parte do processo de unificação regulatória estabelecido pela lei, por meio do qual foi instituído um único serviço, o SeAC, que passou a abranger todas as tecnologias disponíveis para a oferta de TV por assinatura;

(vi) muito embora a Anatel tenha competência para assegurar o direito de uso de redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, bem como para regular os condicionamentos e o relacionamento entre as prestadoras de serviços de valor adicionado e as prestadoras de serviços de telecomunicações, nos termos do artigo 61, §1º, da LGT, as assimetrias ora apontadas pela área técnica, no bojo do Informe nº 201/2019/PRRE/SPR, fogem do escopo da competência da Anatel, na medida em que decorrentes de lei, cabendo à Agência, portanto, fornecer os subsídios necessários para que o órgão competente, se for o caso, possa dispor sobre a questão;

(vii) eventuais alterações da Lei do SeAC também fogem da competência da Anatel, cabendo ao Congresso Nacional, caso entenda pertinente, fazê-lo;

(viii) Não se vislumbraria óbice à edição de Súmula ou ao proferimento de Acórdão com o objetivo de fixar interpretação no sentido de que a oferta de conteúdos audiovisuais programados pela internet não se caracteriza como Serviço de Acesso Condicionado.

Após as pertinentes análises técnicas e jurídicas, o processo foi finalmente direcionado aos Conselheiros membros do Conselho Diretor e, por fim, foi proferido o Acórdão n. 472¹⁰⁴, de 10 de setembro de 2020, onde ficou estabelecido que, por maioria de três votos, as ofertas de conteúdo audiovisual programado via Internet por meio de subscrição (sVOD) não se enquadram como Serviço de Acesso Condicionado. Isto posto, cumpre verificar os principais argumentos utilizados pela Agência para se chegar a esta decisão. Resumidamente, entendeu a ANATEL que, considerando que os serviços ofertados via Internet dependem da contratação de serviço de telecomunicações para que sejam acessados, restaria excluída a caracterização do SeAC, na medida em que não seria razoável supor que para ter acesso ao SeAC, o usuário tenha que contratar também o serviço de comunicação multimídia (SCM) ou o serviço móvel pessoal

¹⁰⁴ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Acórdão n. 472, de 10 de setembro de 2020. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4wwmg0s0nI61OE21I2h_2uSiAjJjXUlyALuuJTSZcC_gSh_O TI3bMRv4k6UOjdd-NtqzMg18z4KYb96-yiyQvJ> Acesso em 09 de dezembro de 2020.

(SMP), como obrigatoriamente deve ocorrer para os usuários que desejarem acessar o conteúdo audiovisual pela Internet. Assim explicou o Conselheiro Emmanoel Campelo de Souza Pereira em seu voto (vencedor)¹⁰⁵:

Não há dúvidas de que não há como se imputar à provedora da aplicação qualquer responsabilidade do ponto de vista consumerista ou da qualidade por falhas na prestação do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte. Isto porque não existe relação entre as aplicações em análise e os prestadores de serviço de telecomunicações utilizados pelos usuários para acessarem aquelas. Tampouco são capazes de se responsabilizar pela instalação e manutenção de dispositivos, atividades inerentes ao conceito de “distribuição” definido na Lei 12.485/2011, que caracteriza a prestação do SeAC.

Para acessar as aplicações dessas empresas depende-se da prestadora de SCM ou de SMP que o cliente contratou, podendo ser uma rede de qualquer prestadora devidamente autorizada e se alterar a depender da rede de acesso do cliente, se móvel (SMP) quando em movimento, ou fixa (SCM), se estiver em sua residência.

O usuário de SVA contrata dois serviços em separado, junto a prestadores diferentes, sendo eles: a disponibilização de conteúdo junto a um provedor de aplicação, o que será o SVA, e o acesso a uma rede de telecomunicações (SCM ou SMP) junto a um prestador de serviço de telecomunicações, que permitirá o acesso ao SVA. Justamente tendo em vista o fato de que o provedor de aplicação ser também um usuário do serviço de telecomunicações aquele deve contratar este serviço para que o usuário final tenha a experiência do SVA.

O assinante do SeAC, por outro lado, contrata diretamente com aquele que explora este serviço o conteúdo audiovisual selecionado e também os meios, ou seja, a infraestrutura para acessá-lo. Assim, quando se aborda a questão da difusão do conteúdo audiovisual feita pelo SeAC o seu diferencial em relação a outras formas é que nele vincula-se a existência de uma rede de telecomunicações gerenciada para distribuir conteúdo audiovisual linear a assinantes.

Assim, não sendo SeAC, o serviço de Video On Demand (sVOD) se enquadraria como SVA, o que seria plenamente compatível com as normas previstas na LGT, na Lei do SeAC, no Marco Civil da Internet (MCI) e no Regulamento do SeAC.

Como visto, a questão já foi decidida no âmbito administrativo, mas também está sendo discutida perante o Poder Judiciário, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.334/DF, proposta em 18/03/2020 pela Associação Brasileira de Produtores Independentes de Televisão (ABPI-TV). A Associação busca que seja conferida interpretação conforme a Constituição Federal a dispositivos do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e da Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), a fim de declarar a inconstitucionalidade de qualquer

¹⁰⁵ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Voto n. 22/2020/EC. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4el8mnE4dWSHQ9PPA6lmJWsBhyVbqmAyDCmkpN1US3PA5jaKDICS AW_2incw0PuoQ-dLIJrDkR5dfuaNkUmcR> Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

interpretação que permita o fornecimento remunerado de conteúdo audiovisual organizado em sequência linear temporal, com programação e horários pré-definidos, sem submissão ao mesmo regime jurídico das TVs por assinatura (a cabo ou via satélite), notadamente a Lei do SeAC (Lei 12.485/2011). Os artigos mencionados são: 2º, V, 3º, I e VIII, e 5º, VII, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e art. 3º, I, II, III e VI, da Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica).

A Associação pretende que as fornecedoras dos conteúdos pela internet observem as mesmas regras previstas na Lei do SeAC a que estão submetidas as operadoras de TV por assinatura, citando, como exemplo, a obrigatoriedade de observância de cotas de produção nacional e local. Para a requerente, a distinção entre serviços pelo meio de fornecimento violaria os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como a promoção do acesso às fontes de cultura nacional (CF, arts. 221, I e II, e 222, § 3º, 215, § 1º), por ausência de veiculação de conteúdo nacional mínimo.

Além disso, alega a Associação que as empresas que concorrem com as operadoras de TV por assinatura, oferecendo serviços idênticos por meio de aplicativos de internet, estariam descumprindo as normas da Lei 12.485/2011 (Lei do SeAC) e que seria inconstitucional a interpretação no sentido da inaplicabilidade da Lei 12.485/2011 a tais empresas, na medida em que o serviço de oferta de conteúdo audiovisual seria idêntico tanto pela internet quanto pelos meios tradicionais utilizados pela TV por assinatura. Afirma, ainda, que os interesses constitucionais tutelados pela Lei 12.485/2011 referem-se a questões do conteúdo objeto da transmissão, sendo irrelevante o meio de transmissão.

Ao final, esclarece não pretender qualificar a oferta de canais de televisão pela internet como uma forma de SeAC mas, sim, ver reconhecida a existência de serviço concorrente àquele oferecido pelas prestadoras de SeAC, o que demandaria a submissão ao mesmo regramento, tanto sob o ponto de vista regulatório quanto tributário. Seria o já mencionado *level playing field*.

A Associação também se insurge contra a decisão da ANATEL de não classificar a oferta de conteúdos audiovisuais programados pela internet como Serviços de Acesso Condicionado, nos termos da Lei 12.485/2011. Para a Agência, conforme já exposto, a oferta de serviço de telecomunicações pressupõe que a prestadora tenha controle ou responsabilidade pela infraestrutura utilizada como suporte à oferta do serviço – o que não se verifica na oferta dos serviços audiovisuais pela internet.

Considerando os elementos acima expostos, a Associação requereu a concessão de medida cautelar para que se determinasse a observância do art. 222, § 3º, da Constituição e da Lei 12.485/2011 quando da disponibilização de conteúdo audiovisual organizado em sequência linear temporal, com horários predeterminados, por meios de comunicação eletrônica quaisquer, independente da tecnologia utilizada e, especificamente, por meio da internet. No mérito, pediu a confirmação da cautelar.

A ANATEL manifestou-se, no mérito, pela improcedência do pedido, afirmando que a Lei do SeAC seria inaplicável aos serviços de valor adicionado – como a distribuição de conteúdo audiovisual pela internet – por tratarem-se de serviços tutelados de maneira jurídica diversa.

A Procuradoria Geral da República, instada a se manifestar, entendeu, no mérito, que o pedido deve ser julgado improcedente. Para a PGR, nos termos do art. 21, XI, da Constituição Federal e da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), compete à ANATEL expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicação, bem como deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação de telecomunicações. Assim, deve prevalecer o entendimento da Agência que, quando demandada a qualificar a oferta de conteúdo audiovisual programado via internet mediante remuneração como sendo ou não SeAC, após análise técnica, concluiu que a oferta de conteúdo audiovisual em programação linear via internet não constitui serviço de telecomunicações, tampouco configura prestação do SeAC. Destaca a PGR, ainda, que a ANCINE, por decisão de sua diretoria colegiada, entendeu inaplicáveis as obrigações, restrições e sanções descritas na Lei 12.485/2011 para a modalidade de distribuição pela internet, e afirmou-se incompetente para fiscalizar tal modalidade.

Portanto, considerando que a ANATEL agiu dentro de suas competências constitucionalmente estabelecidas, definindo os aplicativos de conteúdo audiovisual pela internet como serviços de valor agregado (serviços de valor adicionado), restaria afastada a aplicação das normas que regulam os serviços de acesso condicionado aos conteúdos disponibilizados pela internet. Não caberia ao Poder Judiciário, deste modo, substituir-se à agência especializada a fim de estabelecer solução técnica, sob pena de invadir campo reservado ao ente regulador e conseqüentemente afrontar o princípio da divisão funcional de Poder (CF, art. 2º). A questão ainda carece de decisão até a conclusão deste trabalho, mas a menção à ADI foi importante para demonstrar que a discussão não se limita ao âmbito administrativo.

Visto como o conflito foi posto perante a ANATEL e o Poder Judiciário, resta, por fim, trazer entendimento doutrinário e fazer breve análise sobre o caso. Inicialmente, convém trazer a lição de Marcela Mattiuzzo e Livia Amorim¹⁰⁶, que explicam de maneira bastante clara como se desenvolve o conflito entre as novas tecnologias e os serviços tradicionais, já regulados:

Como dito, a regulação de qualquer nova tecnologia, principalmente aquelas que geram disrupção 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, 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 assimetria – percebida como injusta pelo incumbente e por isso mesmo por vezes chamada de “concorrência desleal” – a algum órgão deliberativo com competência 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 operação’ 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.

De fato, foi exatamente o que ocorreu no caso em análise, na medida em que foram realizadas denúncias pelos players tradicionais contra as novas tecnologias disruptivas, usando-se o argumento de que existiria uma assimetria regulatória a ser enfrentada e de que as novas

¹⁰⁶ MATTIUZZO, Marcela; AMORIM, Livia. Novas tecnologias e concorrência: desigual é desleal? O caso Claro/Topsports/Fox. RDC, Vol. 8, nº 2. Dezembro, 2020, p. 54-77. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrancia/article/view/669/351>> Acesso em 12/12/2020.

tecnologias deveriam ser enquadradas em figuras já existentes, no caso o Serviço de Acesso Condicionado. No entanto, o órgão regular conseguiu evitar que as novas tecnologias fossem consideradas SeAC, graças à existência dos serviços de valor adicionado. É uma realidade que o direito dificilmente andará no mesmo ritmo que as evoluções tecnológicas, o que dificulta a regulação dos serviços considerados disruptivos. Todavia, existem técnicas legislativas que devem ser aplicadas para mitigar este problema. Foi exatamente o caso da previsão dos serviços de valor adicionado, uma vez que o artigo da LGT que trouxe essa previsão é considerado uma “cláusula geral de inovação”. É o que explicam Gustavo Binembojm, André Cyrino, Alice Voronoff e Rafael Koatz¹⁰⁷:

Na verdade, no setor das telecomunicações, a legislação foi sábia. Tratando-se de um mercado que se encontra em natural processo de evolução, o legislador houve por bem criar uma espécie de cláusula geral da inovação. Refere-se ao conceito de Serviço de Valor Adicionado (SVA), uma definição residual que estreita o conceito de serviços de telecomunicações e viabiliza, a partir daí, que outras atividades sejam desenvolvidas em um ambiente de maior liberdade. Tudo que se vale da infraestrutura de telecomunicações que agregar-lhe valor será SVA (art. 61, LGT). A partir desse conceito, permitiu-se, e.g., a manutenção de um ambiente tendencialmente desregulado para os serviços de provimento de acesso à internet, bem como para os serviços de correio eletrônico (e-mail), que não são passíveis de enquadramento no conceito (monopolizado) de serviços postais. Tudo isso, aliás, foi recentemente confirmado pelo Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que passou a regular as aplicações de internet em um espaço de liberdade de modelo de negócios. É essa mesma lógica que possibilita – e justifica – que os serviços OTT em geral permaneçam inseridos em um marco regulatório diverso daquele do SeAC, como se explicará a seguir.

Ao não se aplicar o mesmo regime aos serviços tradicionais e aos serviços disruptivos, a ANATEL acabou por aplicar um princípio bastante básico do direito brasileiro, que é o princípio da igualdade. Por este princípio, é estabelecida a premissa de que os desiguais devem ser tratados de forma desigual, o que se encaixa no caso em análise. Como visto, os serviços over the top substituem os serviços tradicionais de telecomunicações, mas isto não quer dizer que os serviços sejam iguais. Existem diversas diferenças entre os serviços que não podem ser ignoradas, de modo que agiu corretamente a Agência ao determinar regimes jurídicos distintos para cada um. Estas afirmações remetem aos objetivos básicos de toda e qualquer regulação de atividade econômica, dentre os quais está a redução das falhas de mercado. As falhas de mercado enfrentadas pelos Serviços de Acesso Condicionado não são as mesmas enfrentadas pelos serviços de Video On Demand (lineares ou não), especialmente porque para os SeAC

¹⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. Direito da regulação econômica: teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 359 e 360.

existe um limite de infraestrutura existente, ao passo que os serviços de Video On Demand não enfrentam esse desafio, justamente por utilizarem a Internet para fornecer o seu serviço. Isso não significa dizer que os serviços fornecidos através da Internet não devam ser regulados, mas sim que seria um erro tentar enquadrá-los em um regime destinado a um serviço semelhante, porém diferente. Assim, por ora, o enquadramento dos serviços de Video On Demand como SVA foi positivo, na medida em que deixou claro que os serviços não devem ser confundidos com os serviços de telecomunicações, especialmente o SeAC.

Contudo, conforme já exposto neste trabalho, a competência da ANATEL para regular os SVA é bastante limitada, de modo que pode, no futuro, se tornar insuficiente. Sendo assim, deve o Estado regulador permanecer atento e estudar com profundidade este novo mercado, a fim de desenvolver, caso necessário, novas ferramentas regulatórias que sejam efetivas e adequadas para as suas peculiaridades. Para tanto, deverá o Estado observar o conteúdo de Lei de Liberdade Econômica (Lei Federal n. 13.874/2019), especialmente as previsões quanto à análise de impacto regulatório (AIR). Por fim, tem-se que este capítulo foi direcionado aos serviços de Video On Demand, mas que estas conclusões são também aplicáveis ao demais serviços over the top, na medida em que não podem ser confundidos com os serviços tradicionais de telecomunicações com os quais competem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, foi explicado no trabalho que os serviços over the top são aplicações acessadas ou entregues na rede pública que podem substituir de forma direta ou funcional os serviços de telecomunicações tradicionais. Isto posto, considerando que os serviços tradicionais de telecomunicações dependem de outorgas estatais, como concessões ou autorizações, foi levantada a preocupação sobre a eventual necessidade de a exploração dos serviços over the top em território brasileiro também depender de outorgas estatais, prezando-se por uma concorrência nivelada, por um level playing field, tendo em vista que são impostas diversas obrigações às concessionárias e às autorizadas, ao passo que os serviços over the top permanecem livres de encargos regulatórios.

Ato contínuo, foi estudada a concorrência entre os serviços over the top e os serviços tradicionais de telecomunicações, a fim de verificar se realmente os primeiros estariam afetando negativamente os últimos. Foi apontado que, de fato, existiu uma redução na demanda, e receita, de determinados serviços tradicionais de telecomunicações, pois os serviços over the top seriam mais acessíveis financeiramente e teriam qualidade bastante similar, apesar de não terem o domínio da infraestrutura necessária para a sua prestação.

Todavia, na mesma oportunidade também foi esclarecido que os serviços over the top influenciam positivamente o aumento da receita dos serviços tradicionais de telecomunicações e auxiliam na universalização da banda larga, na medida em que as pessoas adquirem mais pacotes dados com o intuito de acessar os serviços over the top. Além disso, foi destacado o aspecto inovador dos serviços over the top, que seria fundamental para a economia capitalista, aplicando-se a ideia da destruição criativa de Schumpeter.

Após esta análise introdutória, passou-se a tentar enquadrar os serviços over the top como serviços públicos ou atividades econômicas em sentido estrito, de acordo com a classificação proposta por Eros Grau. A diferenciação é de grande importância, uma vez que a Lei Geral de Telecomunicações estabelece dois regimes de exploração dos serviços de telecomunicações, um público e outro privado. O regime público seria aquele reservado para os serviços públicos de telecomunicações, sendo explicado no trabalho que, atualmente, apenas o serviço telefônico fixo comutado se encaixa neste regime. Assim, em tese, só seria possível enquadrar os serviços over the top dentro do regime privado previsto na Lei Geral de Telecomunicações. Os serviços de telecomunicações explorados no regime privado dependem de autorização estatal e não possuem obrigações de universalização e continuidade, de modo

que não seriam considerados serviços públicos, mas sim atividades econômicas em sentido estrito.

Na sequência, considerando que a única outorga estatal que poderia ser imposta aos serviços over the top seria a autorização administrativa, foi dissertado sobre este polêmico instrumento. Foi explicado que a noção de autorização administrativa prevista na Lei Geral de Telecomunicações é diferente da noção que possuía a doutrina clássica do direito administrativo, tendo em vista que a Lei Geral de Telecomunicações estabeleceu que a autorização seria um ato vinculado a ser concedido quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. No entanto, a autorização administrativa sempre foi conhecida por ser um ato discricionário e precário. Em que pese a diferença exposta, foi explicado que a doutrina já vem admitindo as autorizações vinculadas e precárias.

Sendo assim, restou estabelecido que os serviços over the top poderiam, em tese, ser enquadrados como atividade econômica em sentido estrito sujeita ao regime privado da Lei Geral de Telecomunicações e, conseqüentemente, deveriam ser autorizados para que fosse possível a sua exploração em território brasileiro. Todavia, foi necessário mencionar que a Lei Geral de Telecomunicação criou a figura do Serviço de Valor Adicionado (SVA), que seria 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. Os mencionados serviços, por determinação expressa da Lei Geral de Telecomunicações, não são considerados serviços de telecomunicações, de modo que estão à margem da regulação imposta pela ANATEL, salvo limitadas exceções. Além de não se confundirem com serviços de telecomunicações, os serviços de valor adicionado são considerados usuários dos serviços de telecomunicações. Restaria claro, portanto, que os serviços de valor adicionado estão sujeitos a um regime jurídico diverso do imposto aos serviços de telecomunicações.

Considerando, portanto, que os serviços de valor adicionado não se confundem com serviços de telecomunicações, sendo atividades econômicas em sentido estrito que só poderão ser reguladas pela ANATEL em situações específicas, foi necessário entender a qual regime jurídico estão sujeitos para, em seguida, verificar se os serviços over the top poderiam ser enquadrados como serviços de valor adicionado. Foi exposto que a doutrina, em ampla maioria, entende que os serviços over the top são serviços de valor adicionado e não serviços de telecomunicações. Isto posto, configurou-se uma situação em que existe uma competição entre

serviços sujeitos a regimes jurídicos distintos, uma vez que os serviços de valor adicionado não dependem de autorização e, praticamente, não sofrem encargos regulatórios.

Diante da evidente assimetria regulatória existente entre os serviços passou-se a analisar consultas públicas sobre a questão, sendo expostos argumentos favoráveis e contrários à necessidade de regulação dos serviços over the top. Além das consultas públicas, foram analisados dois recentes estudos técnicos. As contribuições foram importantes, pois demonstram a polarização da questão e a preocupação que existe para que a inovação não seja prejudicada.

Todos os tópicos até então analisados permitiram chegar a uma conclusão parcial, qual seja, os serviços over the top são serviços de valor adicionado e não necessitam, portanto, de outorga estatal para sua exploração. Ademais, a caracterização como serviço de valor adicionado também afasta os serviços over the top da regulação da ANATEL (a regulação só é permitida em hipóteses bastante específicas). Deste modo, considerando que se sabe que esta não é uma questão apenas teórica, restava analisar como a ANATEL e o Poder Judiciário têm se manifestado e qual seria a possível solução para esta assimetria regulatória existente entre os serviços over the top (serviços de valor adicionado) e os serviços tradicionais de telecomunicações.

Para tanto, a proposta foi analisar o caso do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) que é um serviço de telecomunicações que necessita de autorização para a sua exploração, mas que sofre forte concorrência de serviços over the top de streaming (Video on Demand – VoD), como o Netflix, por exemplo. A questão principal consiste em saber se o serviço de programação linear por meio de Internet, ou qualquer serviço de VoD fornecido através da Internet (serviços over the top), se submeteria à Lei Federal n. 12.485/2011, conhecida como Lei do Serviço de Acesso Condicionado. Foram expostos argumentos favoráveis e contrários à submissão dos serviços de Video On Demand à Lei do SeAC e foi analisado o processo administrativo perante à ANATEL sobre a problemática. A Agência decidiu que o serviço de Video On Demand não pode ser considerado SeAC, haja vista que seria serviço de valor adicionado. Assim, não se aplicam as normas regulatórias do serviço de telecomunicação ao serviço over the top mencionado. As análises deixaram claro que o fator principal para tanto foi o fato de que, para todo serviço de telecomunicações, se pressupõe ingerência sobre a rede de infraestrutura de telecomunicações que viabiliza a entrega ao usuário, o que serviços over the top não tem, uma vez que o usuário de um serviço over the top, de Video On Demand no caso, precisa contratar um serviço de telecomunicações para poder ter acesso à rede de Internet

indispensável para se usufruir do serviço. Por fim, foi citado que a questão também está sendo discutida perante o Poder Judiciário, porém ainda sem uma resolução.

Com todos os elementos acima em consideração, foi feita breve reflexão sobre a necessidade de se evitar a tentativa de enquadrar os serviços inovadores em categorias jurídicas já existentes. O anseio de rapidamente combater assimetrias regulatórias, e possíveis concorrências desleais, pode levar a decisões precipitadas de graves consequências. Isto posto, para tratar assimetrias regulatórias com eficiência será necessário realizar análise de impacto regulatório que seja capaz de reunir todos os dados técnicos e econômicos indispensáveis para se averiguar os possíveis efeitos e a razoabilidade do ato normativo a ser criado.

Assim, utilizando-se o método dedutivo de pesquisa, foi possível responder as hipóteses levantadas no início do trabalho, concluindo-se que: (i) os serviços over the top não necessitam de outorga estatal para serem explorados no Brasil, uma vez que são considerados serviços de valor adicionado; (ii) é necessário observar as particularidades de cada serviço inovador, evitando-se enquadrá-los em categorias já existentes, sendo indispensável que sejam realizados estudos técnicos antes da edição de qualquer ato normativo e que não sejam criadas barreiras intransponíveis à inovação, tendo em vista a essencialidade da destruição criativa para o desenvolvimento econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Resolução n. 614, de 28 de maio de 2013. Disponível em: <<https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/465-resolucao-614>> Acesso em: 22 de junho de 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Resolução n. 477, de 7 de agosto de 2007. Disponível em: <<https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2007/9-resolucao-477>> Acesso em 13 de julho de 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Resolução n. 581, de 26 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/139-resolucao-581>> Acesso em: 22 de junho de 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ARANHA, Marcio Iorio. Direito das telecomunicações e radiodifusão: histórico normativo e conceitos fundamentais. 6. ed. rev. e atual. London: Lacademia Publishing, 2019.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, ano 2016, n. 273, p. 123-163, setembro a dezembro 2016.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Acórdão n. 472, de 10 de setembro de 2020. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?e-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4wwmg0s0nI61OE21I2h_2uSiAjJjXUlyALuuJTSZcC_gSh_OTI3bMRv4k6UOjdd-NtqzMg18z4KYb96-yiyQvJ> Acesso em 09 de dezembro de 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Informações da Anatel da ADPF n. 546/DF. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5369947/mod_folder/content/0/ADPF%20546%20-

%20Informac%C3%B5es%20ANATEL.pdf?forcedownload=1> Acesso em: 24 de novembro de 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Informe n. 201/2019/PRRE/SPR. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO53MS1TVcOwmh-XwOqztDc_W-ntEd_SeQdVNo-9w_WdOV4zwKAHzLAs2qM12R3WR8q61m1tARu7ELab30-q00SC> Acesso em: 06 de dezembro de 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Parecer n. 00073/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO7Dfo-TDLZdiRsoE94qwoy8JajUupeBT1zFN7uX9tGJBVosdCHtQOQnMK5VHEiwq5vqB9kTpbmhsaV8Nbp7nZsg> Acesso em: 06 de dezembro de 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Voto n. 22/2020/EC. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4e18mnE4dWSHQ9PPA6lmJWsBhyVbqmAyDCmkpN1US3PA5jaKDICSAW_2incw0PuoQ-dLIJrDkR5dfuaNkUmcR> Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1491 MC/DF. Impetrante: Partido Democrático Trabalhista e Partido dos Trabalhadores. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 08 de maio de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630106>> Acesso em: 29 de junho de 2020.

BEREC report on OTT services. Disponível em: <https://bereg.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/bereg/reports/5751-berec-report-on-ott-services> Acesso em: 14 de julho de 2020.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. Direito da regulação econômica: teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CHRISTENSEN, Clayton M., RAYNOR, Michael E., MCDONALD, Rory. What is disruptive innovation? Harvard Business Review, 2015. Disponível em: <<https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>> Acesso em: 13 de julho de 2020.

COLLABORATIVE framework for OTTs. Disponível em: <<https://www.itu.int/rec/T-REC-D.262-201905-I>> Acesso em: 18 de junho de 2020.

CONSULTA Pública do Ministério da Comunicações - Revisão do modelo de prestação de serviços de telecomunicações. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1hEDomCE1sYxEyRIeSThgXPfwuW_vU4su/view?usp=sharing> Link criado em: 14 de dezembro de 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. Administração indireta brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CWG-Internet: Online Open Consultation – Public Policy considerations for OTTs. Disponível em: <<https://www.itu.int/en/council/cwg-internet/Pages/consultation-june2017.aspx>> Acesso em: 18 de junho de 2020.

DIAS, Cibele Fernandes. Serviços de telecomunicações: regime constitucional. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DO AMARAL, Bruno. Anatel contrata consultoria para determinar saldo da migração. Teletime, 2020. Disponível em: <<https://teletime.com.br/24/11/2020/anatel-contrata-consultoria-para-determinar-saldo-da-migracao/>> Acesso em: 24 de novembro de 2020.

FERNANDES, Victor. Neutralidade de Redes entre Regulação e Concorrência: uma análise da literatura especializada a partir dos aportes da Teoria das Múltiplas Funcionalidades do Direito (Net Neutrality Between Regulation and Competition: A Literature Review Through the Theory

of the Multiple Functions of Law.) (November 1, 2016). *Revista de Defesa da Concorrência*, Vol. 4, nº 2. Novembro 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3294550> Acesso em: 29 de junho de 2020.

FERNANDES, Victor Oliveira. *Regulação de serviços de internet: desafios da regulação de aplicações over-the-top (OTT)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FERRAZ, Sergio; SAAD, Amauri Feres. *Autorização de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2018.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 16. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GROTTI, Dinorá A. Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

GROTTI, Dinorá Musetti. *Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão*. R. Dir. Adm., 2001. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47764>> Acesso em: 24 de junho de 2020.

GUERRA, Sérgio. Riscos, assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 83-98. ISBN 978-85-450-0194-2.

JORNADA de direito administrativo divulga os 40 enunciados aprovados. Superior Tribunal de Justiça, 2020. <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/10082020-I-Jornada-de-Direito-Administrativo-divulga-os-40-enunciados-aprovados.aspx>> Acesso em: 17 de novembro de 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KILMAR, Cibelle Mortari; NOHARA, Irene Patrícia Diom. Agência nacional de telecomunicações – Anatel: Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MANUAL de Oslo. Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. Disponível em: <<https://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>> Acesso em: 13 de julho de 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, COSCIONE, Milene Louise Renée. Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBERTO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). Regulação e novas tecnologias. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MATTIUZO, Marcela; AMORIM, Livia. Novas tecnologias e concorrência: desigual é desleal? O caso Claro/Topsports/Fox. RDC, Vol. 8, nº 2. Dezembro, 2020, p. 54-77. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/669/351>> Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 33ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e telecomunicações. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, 2008. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/red/article/view/725>> Acesso em: 24 de junho de 2020.

NOHARA, Irene. Direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 652.

NOVOS mercados nas telecomunicações. Anatel, 2020. Disponível em: <https://www.eventos.momentoeditorial.com.br/wp-content/uploads/2020/10/ESTUDO-COMPETICAO-20_compressed.pdf> Acesso em: 28 de novembro de 2020.

OECD (2020), Avaliação da OCDE sobre Telecomunicações e Radiodifusão no Brasil 2020, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/0a4936dd-pt>.

OCDE lança estudos sobre transformação digital do Brasil, telecomunicações e radiodifusão. Governo Federal, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/noticias/2020/10/ocde-lanca-estudos-sobre-transformacao-digital-do-brasil-telecomunicacoes-e-radiodifusao>> Acesso em: 26 de novembro de 2020.

PEREIRA NETO, Caio Mário; ADAMI, Mateus Piva. Chegou a hora da mudança nas telecomunicações. JOTA, 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/chegou-a-hora-da-mudanca-nas-telecomunicacoes-15102019>>. Acesso em: 17 de novembro de 2019.

PEREIRA NETO, Caio Mário; ADAMI, Mateus Piva. Do orelhão à banda larga: desmistificando o PL 79/2016. JOTA, 2017. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/do-orelhao-a-banda-larga-desmistificando-o-pl-792016-09032017>>. Acesso em: 17 de novembro de 2019.

POMPEU. Cid Tomanik. Autorização administrativa. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PROPOSTA brasileira de definição de OTTs é adotada internacionalmente. Agência Nacional de Telecomunicações, 2018. <<https://www.anatel.gov.br/institucional/noticias-destaque/1968-proposta-brasileira-de-definicao-de-otts-e-adotada-internacionalmente>> Acesso em 23 de junho de 2020.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. Neutralidade da rede – um guia para discussão. Disponível em: <<http://www.neutralidadedarede.com.br/>> Acesso em: 23 de junho de 2020.

RECOMMENDATION D.262. Disponível em: <<https://www.itu.int/rec/T-REC-D.262-201905-I>> Acesso em: 18 de junho de 2020.

SANTANA, Pablo. Netflix passa TV a cabo em número de assinantes no Brasil, segundo consultoria americana. Info Money, 2020. Disponível em:

<<https://www.infomoney.com.br/consumo/brasil-tem-mais-assinantes-da-netflix-de-que-tv-a-cabo-segundo-consultoria-americana/>> Acesso em: 15 de novembro de 2020.

SCORSIM, Ericson Meister. Competência da Anatel para outorgar e fiscalizar os serviços de acesso à internet: limites e possibilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 21, 2015.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público ‘à brasileira’? RDA 230/59, Rio de Janeiro, Renovar, out.-dez. 2002.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHULTES, Marcelo. Neoschumpeterianismo na intersecção entre inovação e desenvolvimento econômico. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar/ago. 2014.

SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, socialismo e democracia. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da Unesp, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. Regime do serviço de valor adicionado a telecomunicações. *Pareceres, Direito Administrativo Econômico*, vol. I. São Paulo: Ed. RT, 2013

SUNDFELD, Carlos Ari. O desenvolvimento futuro das telecomunicações brasileiras e o papel das concessões. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/45093>>. Acesso em 17 de novembro de 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

THE Internet Value Chain. A study on the economics of the internet. GSMA, 2016. Disponível em: <https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2016/09/GSMA2016_Report_TheInternetValueChain.pdf> Acesso em 15 de novembro de 2020.

URUPÁ, Marcos. Entidades da sociedade civil apresentam ação contra União e Anatel questionando decreto do novo modelo. Teletime, 2020. Disponível em: <<https://teletime.com.br/06/08/2020/entidades-da-sociedade-civil-apresentam-acao-contra-uniao-e-anatel-questionando-decreto-do-novo-modelo/>> Acesso em: 22 de novembro de 2020.

WALD, Arnoldo, JUSTEN FILHO, Marçal, PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (organizadores). O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017.

WHATSAPP revela número de usuário no Brasil. Olhar digital, 2017. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/whatsapp-revela-numero-de-usuarios-no-brasil/68604>> Acesso em: 15 de novembro de 2020.