

**Tribunal Regional Federal da 1ª Região**  
**Gab. 13 - DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE**

---

PROCESSO: 1022208-29.2019.4.01.0000 PROCESSO REFERÊNCIA: 1017111-33.2019.4.01.3400

CLASSE: AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)

ASSISTENTE: FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) ASSISTENTE: JOAO CARLOS ZANON - SP163266

ASSISTENTE: AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES - ANATEL

**DECISÃO**

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento, interposto contra decisão proferida pelo juízo da 16ª Vara Federal do Distrito Federal, nos autos do mandado de segurança impetrado por FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA., em desfavor do Superintendente de Competição, Superintendente de Fiscalização, Superintendente de Planejamento e Superintendente de Regulação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. A ação mandamental objetiva a declaração de nulidade do Despacho Decisório nº 128/2019/CPRP/SCPP, por meio do qual foi imposta à impetrante medida cautelar consubstanciada na proibição da oferta do aplicativo “FOX+”, em que há transmissão ao vivo do canal, através da internet, sob pena de multa. A decisão, da parte agravante, se deu em decorrência de dúvida acerca da legalidade da disponibilização de acesso da transmissão ao vivo aos “canais FOX” por meio do referido aplicativo. O juízo de origem, noutro eito, suspendeu a referida medida cautelar exarada na esfera administrativa.

A controvérsia instaurada nestes autos restou resumida pelo juízo de origem, com estas letras:

*“Narra a impetrante que, em 12.12.2018, a empresa CLARO S.A, apresentou junto à impetrada, denúncia com pedido de medida cautelar, aduzindo, basicamente, que a oferta a consumidores brasileiros do aplicativo de internet “FOX +”, configuraria suposta prestação clandestina do serviço de telecomunicações de “TV por assinatura” mediante acesso a “canais FOX”, com conteúdos organizados em sequência temporal linear, isto é, no mesmo momento da transmissão nos canais oferecidos pela denominada TV à cabo, sem exigência de assinatura para este último serviço.*

*Informa que foi notificada a prestar esclarecimentos sobre a alegada denúncia e manifestou-se junto à ANATEL, demonstrando, por diversos ângulos, não haver ilegalidades na oferta do aplicativo “FOX +”, porquanto não se configuraria serviço de TV por assinatura, mas sim uma aplicação de internet acessada a partir de serviços de banda larga contratados e remunerados pelo consumidor. Assim, requereu a Agência que arquivasse a denúncia, ou, subsidiariamente, que a convertesse em “procedimento de interpretação normativa”, seguindo-se assim com ampla instrução, mediante tomada de subsídios, consultas e audiências públicas, promovendo a participação de todos os atores envolvidos na relação, bem como o cotejo da Lei n.º 9.472/97 e Lei n. 12.485/2011 com a CF/88, principalmente em relação aos princípios da ordem econômica, notadamente a livre iniciativa e a livre concorrência.*

*Assevera, ademais, que o “FOX +” é um aplicativo de internet (App), na forma definida no art. 5º, VII, da Lei n. 12.965/2014 (marco civil da internet), acessível aos usuários brasileiros conectados à rede mundial de computadores que entre as funcionalidades disponíveis por meio da aba “TV ao vivo”, confere acesso ao conteúdo audiovisual organizado na forma de canais (sequência linear de programação). Defende que, para fins regulatórios, os aplicativos de internet, são considerados “serviços de valor adicionado” livres de regulação, monitoramento e fiscalização pela Agência em questão, na forma estabelecida no art. 61, da Lei n.º 9.472/97.*

*Nesse contexto, afirma que o Superintendente de Competição da ANATEL, por meio do Despacho de n.º 26/2019/CPRP/SCP, de 14.02.2019, decidiu por não receber a petição da CLARO como denúncia, mas sim como exercício de petição, compreendendo, nesse momento, que não havia elementos para tratar o caso como denúncia de prestação clandestina de TV por assinatura e tampouco havia motivos para acolher o pedido cautelar. Afirmou, na referida manifestação, a*

*necessidade de uma instrução processual, a fim de definir o enquadramento da situação apresentada, já manifestando, assim, dúvida sobre a questão.*

*Aduz que no processo administrativo citado, vários atores foram admitidos como terceiros interessados (fls. 37/38), e todos pugnaram pela improcedência dos argumentos da denunciante, bem como pela inadequação do pleito cautelar.*

*A ANATEL, por sua vez, não produziu nenhum documento ou parecer para instruir o processo. Após as manifestações da denunciante, da impetrante e dos terceiros interessados, emitiu em 13.06.2019, Informe n. 242/2019CPRP/SCP, reafirmando seu estado de dúvida quanto à questão e a necessidade de se promover ampla instrução quanto aos aspectos fáticos e também jurídicos. Entretanto – e aqui está o início da conduta que considera ilegal -, nada obstante a dúvida jurídica manifestada, o reconhecimento da necessidade de ampla instrução do processo, e o desejo da Agência de receber contribuição dos diferentes setores da sociedade para formar sua convicção, opinou ser conveniente e salutar a adoção, desde logo, de medida cautelar para impedir a prática da funcionalidade do aplicativo “FOX +”, pelo ineditismo, até que venha a formar sua opinião sobre a questão.*

*Assim, no mesmo dia do informe citado, as outras autoridades coatoras, em conjunto, editaram o Despacho Decisório n.º 128/2019/CPRP/SCP, ato dito coator, por meio do qual, reafirmaram o estado de dúvida e a necessidade de instrução processual, mas impuseram medida cautelar em desfavor da impetrante, com cominação de multa pelo descumprimento da decisão.*

*Nesse contexto, sustenta a impetrante a existência de ilegalidades flagrantes no referido ato coator (Despacho n.º 128/2019), pois a dúvida jurídica suscitada desde o início do processo, pela própria Agência, demandaria a instrução processual necessária ainda no âmbito administrativo, o que impediria a configuração do *fumus boni iuris* necessário ao deferimento da medida cautelar já imposta. Outrossim, o panorama fático não teria se alterado desde o lançamento do aplicativo, em abril de 2018, com nenhum novo elemento apto a justificar a medida, também no aspecto do *periculum in mora*.*

*Alega a impetrante, por fim, que deveria a impetrada, diante da dúvida instaurada, ter observado a necessidade do parecer da Procuradoria Federal Especializada, mais um elemento que evidencia que o contexto fático-jurídico não foi bem delineado para a concessão da medida cautelar.*

*Custas pagas (fl. 60).*

*Informação de prevenção à fl. 1.534.”*

Com efeito, a decisão agravada **deferiu o pedido de tutela de urgência**, “para determinar a suspensão dos efeitos do Despacho Decisório n. 128/2019/CPRP/SCP, inclusive quanto à multa já aplicada, conforme interpretação dada ao caso concreto, permitindo, nesse momento, a veiculação do aplicativo FOX+ tal qual desenvolvido, sem necessidade de condicionamento de acesso à autenticação de assinantes de serviço de acesso condicionado (SeAc).”

Em suas razões recursais a ANATEL defende, em resumo, a legalidade do ato administrativo impugnado, já que “atendeu os requisitos exigidos por lei para a sua adoção, revelando-se totalmente condizente com a proteção do interesse público a ser garantido no caso, seja por estar assentada na plausibilidade do direito invocado, seja por atender ao requisito do *periculum in mora*.” Afirma ainda que, permitir o acesso ao conteúdo de programação linear sem autenticação, e sem a exigência de assinatura para esse serviço, conduziria ao “*esvaziamento da cadeia de valor*” traçada pela Lei nº 12.485/2011. Esse cenário, segundo a agravante, tem o condão de representar “*um verdadeiro caos*” para o setor em virtude da possibilidade de fácil replicação do modelo de negócio por outros programadores, com a tendência consequencial de desvirtuamento do modelo e dos valores albergados pela lei. Por exemplo, com a diminuição de agentes econômicos de produção audiovisual brasileira.

Alega, ainda, que a questão demanda maiores estudos do órgão regulador, de modo a proceder ao cotejamento do interesse público e à avaliação do marco regulatório vigente, sendo justificável a proibição cautelar da oferta do referido serviço. Aduz que o deferimento da medida liminar, na ação mandamental, gera riscos às políticas públicas de incentivo à produção audiovisual nacional. Por outro lado, sustenta a inexistência de direito líquido e certo, uma vez que a matéria fática é inédita e controversa, com a necessidade de dilação probatória.

A agravante também defende (i) a regularidade do trâmite do processo administrativo; (ii) a sua competência para decidir sobre o enquadramento de uma atividade como serviço de telecomunicações; (iii) a sua atribuição para a adoção de medidas cautelares na esfera administrativa. Sustenta ainda a legalidade da medida administrativa exarada ante a presença dos requisitos legais. Requer, assim, alternativamente, a extinção do processo por falta de interesse processual ante a inadequação da via processual eleita. Ou alternativamente, pugna pelo deferimento de efeito suspensivo e, posteriormente, requer o provimento do presente recurso.

A agravada FOX apresentou considerações iniciais acerca do pedido de efeito suspensivo formulado pela ANATEL. É o breve relatório.

Decido.

Inicialmente, de rigor afastar a preliminar da falta de interesse processual por alegada inadequação da via eleita. Com efeito, a despeito da complexidade da matéria, o caso dos autos se resolve tão somente mediante a apreciação de prova documental. Na demanda vertente, basta o cotejo da pretensão autoral com a legislação de regência, dispensando-se qualquer dilação probatória.

Aliás, é oportuno destacar que a mera complexidade da demanda, ou o volume da documentação a ser examinada, não se revelam circunstâncias aptas a desautorizar a utilização da via processual do mandado de segurança.

#### **Rejeito, pois, a preliminar suscitada pela agravante.**

Quanto ao mérito recursal, não obstante os fundamentos lançados pela ANATEL, tenho que **não restam presentes, na espécie, os requisitos exigidos pelo art. 1019, I, do CPC**, que autorizariam a concessão da almejada antecipação da tutela recursal. Isso porque a veiculação, por meio de aplicativo do acesso aos “Canais FOX”, com conteúdos organizados em sequência temporal linear (transmissão simultânea no aplicativo dos canais disponíveis também na TV por assinatura), sem a exigência de assinatura de operadora de TV, para a prestação do serviço, não constitui infração ao marco regulatório vigente.

Na presente demanda, em juízo liminar, tenho que não há ofensa às Leis 12.485/2011 e 9.472/97, por força da decisão emanada do juízo de origem, ao contrário da tese sustentada pela agravante.

Ao revés, o aplicativo FOX+, com a oferta da transmissão simultânea dos canais FOX, sem a necessidade de autenticação de assinante, constitui inovação tecnológica benéfica aos interesses do consumidor. É vocacionada à difusão e à democratização de conteúdos informativos e de entretenimento. Nesse eito, atende aos requisitos do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014).

Por isso, o aplicativo não pode ser restringido por meio de marco normativo que não se lhe refere especificamente, sob o pretexto de que a ausência dos impedimentos afrontariam diversos princípios e normas próprias do mercado de canais por assinatura.

De fato, na demanda em liça, verifico que assiste razão à parte agravada, e a restrição contida no art. 5º da lei 12.485/2011 - na linha de que quem produz conteúdo não pode distribuí-lo - não subsiste para o ambiente da internet.

A uma pela revogação implícita, para o ambiente da internet, ante a especialidade e posteridade da lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). A duas, pela incidência do fenômeno da “derrotabilidade” (*defeasibility*). A três pela sua inaplicabilidade na espécie, por não se tratar de serviço de telecomunicação, ante a hipótese prevista no artigo 61 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações),

Senão vejamos as três razões pelas quais a suspensão dos efeitos do Despacho Decisório n. 128/2019/CPRP/SCP deve ser mantida, com a consequente permissão de veiculação do aplicativo FOX+ tal qual desenvolvido, sem necessidade de condicionamento de acesso à autenticação de assinantes de serviço de acesso condicionado (SeAc) .

O serviço proposto pela FOX, ao se enquadrar no conceito do art. 5º, VII, da lei 12.965/2014, que define as aplicações de internet como “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”, deixa de sofrer a restrição do art. 5º da lei do SEAC, no sentido de que empresas produtoras de conteúdo audiovisual não poderiam explorar diretamente serviços de telecomunicações.

Nessa senda, em relação ao ambiente da conexão telemática, houve a revogação tácita, da restrição da lei do SEAC, pelo “Marco Civil da Internet”. Isso porque os objetivos da lei 12.965/2014, que é lei posterior, e guarda especialidade em relação à Lei 12.485/2011, determinam que “a disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção” “da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso” e “da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados”.

Assim, a interpretação de que a Lei 12.485/2011 deve ser aplicada também para o ambiente da internet tem o condão de gerar danos à inovação e a democratização do acesso de conteúdos na internet. Nessa linha, tenho que a restrição foi revogada de forma implícita para o ambiente da Internet, tanto pela especialidade, quanto pela posterioridade do Marco Civil da Internet.

Além disso, não fosse a revogação tácita pelo Marco Civil da Internet, a restrição, contida na lei do SEAC, foi “derrotada” ou “superada”, na espécie, pela própria alteração fática decorrente das novas tecnologias.

Com efeito, é certo que, por ocasião da edição da Lei 12.485/2011, a realidade do mercado era completamente distinta da atual. Não havia serviços de “*streaming*”, e tampouco aplicativos com transmissão simultânea de conteúdos. De fato, a vedação do art. 5º da Lei nº 12.485/2011 não foi imaginada para o contexto vigente. Isso porque, em 2011, os aplicativos de internet móvel não tinham a abrangência, e as possibilidades técnicas, da atualidade. Por isso, pela convergência do mercado, houve o fenômeno da “superabilidade” ou “derrotabilidade”, (“*defeasibility*”) para o ambiente da internet.

É certo que os procedimentos de decisão (*inputs*) imaginados pelo Parlamento, ao estabelecer as restrições contidas na lei do SEAC, não podem gerar resultados (*outputs*) que venham a incidir para tecnologias e possibilidades que sequer existiam à época.

Ainda que assim não fosse, o art. 61 da Lei 9472/97 dispõe que “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”.

E, o parágrafo 1º do art. 61 aduz que tal serviço “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”.

Por isso - além da revogação tácita, e da “derrotabilidade” da lei do SEAC ao ambiente da internet, e da conexão móvel por aplicativos de celular - no caso analisado nos presentes autos, não incide a restrição do art. 5º da lei do SEAC, de que, quem produz e programa conteúdos não pode comercializá-lo. Isso porque, a natureza do serviço prestado pela FOX, em seu aplicativo não é de telecomunicações, conforme disposto na própria Lei 9472/97.

Nesse contexto, o aplicativo **deixa de se enquadrar** no conceito de comunicação audiovisual **de acesso condicionado**, nos termos definidos no art. 2º, VI[1], da Lei nº 12.485/2011.

Cumpra ainda esclarecer que o fato de a prestação de serviço proposta não ter previsão específica na Lei 12.485/2011, assim como as dúvidas da ANATEL a respeito de seu enquadramento, não podem servir de óbice ao avanço da tecnologia. Isso porque, este é benéfico aos consumidores, à democratização do mercado, à livre iniciativa e à livre concorrência. E tais valores foram consagrados na Constituição; e, portanto, na própria razão de ser de atuação da agência reguladora.

Nesse sentido, não convence a alegação de que a decisão recorrida comprometeria os objetivos e políticas públicas visadas pela Lei nº 12.485/2011, notadamente porque é bastante questionável a efetividade presente de muitos dos princípios que regem a comunicação audiovisual de acesso condicionado.

A todo modo, o fato de autorizar liminarmente a oferta do mencionado serviço pela FOX não equivale, como quer fazer parecer a agravante, no imediato e inevitável esvaziamento da veiculação de conteúdos por assinatura, sendo, portanto, preservadas as políticas públicas de incentivo à produção audiovisual nacional.

Ademais, não há que se falar em afronta ao poder regulatório da ANATEL, uma vez que sua competência à regulação da matéria e sua discricionariedade técnica não afastam o exame de legalidade de suas medidas.

\*\*\*

Com estas considerações, **indefiro o pedido de efeito suspensivo pleiteado e mantenho na íntegra a medida liminar** que determinou a suspensão dos efeitos do Despacho Decisório n. 128/2019/CPRP/SCP, inclusive quanto à multa já aplicada, com a permissão de veiculação do aplicativo FOX+ tal qual desenvolvido, sem necessidade de condicionamento de acesso à autenticação de assinantes de serviço de acesso condicionado (SeAc).

Oficie-se, via *e-mail*, ao juízo de origem, para fins de ciência desta decisão, na dimensão de eficácia do art. 1.008 do CPC vigente.

Intime-se a agravada, para as finalidades do art. 1.019, II, do referido diploma legal, abrindo-se vistas, após, à douta Procuradoria Regional da República, na forma regimental.

Publique-se.

Brasília, 30 de julho de 2019.

**Ilán Presser**

Juiz Federal Convocado

---

*[1] Art. 2º, VI - Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado: complexo de atividades que permite a emissão, transmissão e recepção, por meios eletrônicos quaisquer, de imagens, acompanhadas ou não de sons, que resulta na entrega de conteúdo audiovisual **exclusivamente a assinantes**;*



Assinado eletronicamente por: **ILAN PRESSER**

**30/07/2019 12:09:31**

<http://pje2g.trf1.jus.br:80/consultapublica/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

ID do documento: **20822433**