ANATEL
Agência Nacional de Telecomunicações

INFORME Nº 18/2019/PR

PROCESSO Nº 53500.022573/2019-38

INTERESSADO: CLARO S.A. - CLARO, FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA., TAP BRASIL – ASSOCIAÇÃO DOS PROGRAMADORES DE TELEVISÃO, MOTION PICTURE ASSOCIATION AMÉRICA LATINA, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABRATEL

1. **ASSUNTO**

1.1. Análise da concessão de efeito suspensivo aos Recursos Administrativos interpostos em face do Despacho Decisório nº 128/2019/CPRP/SCP.

2. **REFERÊNCIAS**

2.1. Informe nº 242/2019/CPRP/SCP, de 13 de junho de 2019 (SEI nº 4233940);

2.2. Despacho Decisório nº 128/2019/CPRP/SCP, de 13 de junho de 2019 (SEI nº 4234270);

2.3. Parecer nº 00509/2019/PFE-ANATEL/PGF/AGU, aprovado mediante o Despacho nº 01215/2019/PFE-ANATEL/PGF/AGU, ambos de 09 julho de 2019 (SEI nº 4363862);

2.4. Mandado de Segurança Cível 1017111-33.2019.4.01.3400; e

2.5. Processo nº 53500.056473/2018-24 (Denúncia CLARO vs FOX).

3. **ANÁLISE**

DOS FATOS

3.1. Em 12/12/2018, a CLARO S/A apresentou Denúncia com pedido de medida cautelar (SEI nº 3606764) em face de FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA (FOX), na qual alega, em apertada síntese, que a FOX estaria realizando a prestação clandestina do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) por meio da oferta de canais com conteúdo linear veiculados em aplicativo de Internet (Fox+).

3.2. Em 28/02/2019, o Despacho Decisório nº 37/2019/CPRP/SCP (SEI nº 3874253) admitiu como terceiras interessadas a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO (ABERT) e a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RÁDIO E TELEVISÃO (ABRATEL).

3.3. Em 13/06/2019, o Despacho Decisório nº 121/2019/CPRP/SCP (SEI nº 4233046), por seu turno, admitiu como terceiras interessadas a TAP BRASIL – ASSOCIAÇÃO DOS PROGRAMADORES DE TELEVISÃO (TAP BRASIL) e a MOTION PICTURE ASSOCIATION AMÉRICA LATINA (MPA-AL).

3.4. Em 13/06/2019, as Superintendências de Competição (SCP), de Fiscalização (SFI) e de Planejamento e Regulamentação (SPR) elaboraram o Informe nº 242/2019/CPRP/SCP (SEI nº 4233940), no qual sustentam a necessidade de expedição de medida cautelar.

3.5. Ato contínuo, os Superintendentes dessas áreas, atuando em conjunto e no uso das atribuições que lhes foram conferidas pelos arts. 52 e 242, inciso XII, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução nº 612/2013, expediram o Despacho Decisório nº 128/2019/CPRP/SCP, de 13/06/2019 (SEI nº 4234270).

3.6. Mediante o mencionado *decisum*, adotou-se medida cautelar, endereçada à FOX, no sentido de que condicionasse o acesso aos seus canais programados disponíveis em aplicação de Internet à autenticação de assinantes do SeAC.

3.7. Em 28/06/2019, ABERT e ABRATEL, em conjunto, bem como TAP BRASILe MPA-AL, também em conjunto, apresentaram Recursos Administrativos cumulados com pedidos de concessão de efeito

suspensivo (SEI nº 4327343 e nº 4325981, respectivamente).

3.8. Em 03/07/2019, a MM Juíza Federal Substituta da 16ª Vara, Flávia de Macêdo Nolasco, da Justiça Federal da 1ª Região, deferiu pedido liminar da FOX no Mandado de Segurança Cível 1017111-33.2019.4.01.3400.

3.9. Nos termos da decisão liminar proferida pelo Poder Judiciário, restaram suspensos os efeitos do Despacho Decisório n° 128/2019/CPRP/SCP, permitindo-se, desse modo, que o aplicativo de Internet Fox+ continuasse operando tal como originalmente desenvolvido, isto é, sem a necessidade de condicionamento do acesso à autenticação de assinantes do SeAC.

3.10. Em 05/07/2019, com o fito de subsidiar a análise da concessão de efeito suspensivo, os autos do processo em epígrafe foram remetidos à Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE-Anatel) por meio do Memorando nº 31/2019/PR (SEI nº 4352381).

3.11. Em 09/07/2019, o órgão de consultoria jurídica expediu o Parecer nº 00509/2019/PFE-ANATEL/PGF/AGU, aprovado mediante o Despacho nº 01215/2019/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 4363862), por meio do qual opina acerca dos efeitos da decisão liminar judicial sobre a análise do efeito suspensivo administrativo, bem como da configuração dos requisitos necessários à expedição, pela área técnica da Agência, da medida cautelar ora questionada.

3.12. É o breve relato dos fatos.

DA ANÁLISE

3.13. Como mencionado, tratam os autos da análise da concessão de efeito suspensivo aos Recursos Administrativos interpostos em face do Despacho Decisório nº 128/2019/CPRP/SCP, que possui os seguintes termos:

> **Despacho Decisório nº 128/2019/CPRP/SCP**:
>
> O SUPERINTENDENTE DE COMPETIÇÃO, o SUPERINTENDENTE DE FISCALIZAÇÃO e o SUPERINTENDENTE DE PLANEJAMENTO E REGULAMENTAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, em conjunto, no uso das atribuições que lhes foram conferidas pelos arts. 52 e 242, XII, do Regimento Interno da ANATEL, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, e
>
> CONSIDERANDO que a Superintendente Executiva encaminhou o Memorando nº 118/2018/SEI/SUE (SEI nº 3654211), no qual se noticiou à Superintendência de Competição para que coordenasse o tratamento da Denúncia com pedido de medida cautelar apresentada por CLARO S.A. em face de FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA., juntamente com a participação da Superintendência de Planejamento e Regulamentação (SPR) e a Superintendência de Fiscalização (SFI);
>
> CONSIDERANDO que se oportunizou a manifestação, tanto em sede de Defesa quanto em Alegações Finais, à FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA.;
>
> CONSIDERANDO que a participação de terceiros interessados foi admitida por meio do Despacho Decisório nº 38/2019/CPRP/SCP (SEI nº 38762424), sendo conferida a oportunidade para que todos os presentes no processo apresentassem Alegações Finais;
>
> CONSIDERANDO que a solução da controvérsia apresentada tem indicado a preocupação de diferentes atores quanto aos possíveis efeitos sobre a cadeia produtiva do mercado audiovisual;
>
> CONSIDERANDO que o Congresso Nacional, ao editar a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, estabeleceu diversas normas relativas ao Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), inclusive a que determina que a distribuição de conteúdo por meio do SeAC deve ser realizada por empresa constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país, a qual deve observar as disposições previstas na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), na própria Lei nº 12.485/2011 e na regulamentação editada pela ANATEL;
>
> CONSIDERANDO que a Lei nº 12.485/2011 buscou ainda instituir uma nova dinâmica de valorização da cultura brasileira e de incentivos à produção e à circulação de conteúdos audiovisuais produzidos no Brasil;
>
> CONSIDERANDO que a prática de mercado realizada no Brasil para disponibilização de conteúdo audiovisual de acesso condicionado por meio de aplicativos na Internet ocorre mediante

autenticação de assinantes por prestadora do SeAC;

CONSIDERANDO que, conforme apontado no Informe nº 242/2019/CPRP/SCP (SEI nº 4233940), por meio de funcionalidade no aplicativo denominada "Tv ao Vivo", a empresa FOX tem permitido o acesso à comunicação audiovisual programado a usuários que não são assinantes do SeAC e em layout semelhante ao ofertado em seus canais de programação ofertados nos pacotes de SeAC;

CONSIDERANDO que o caso apresentado exige a análise da aderência entre as disposições da Lei nº 9.472/1997 (LGT), da Lei nº 12.485/2011 (Lei da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado), e da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), cotejando-se a confluência desses normativos com às inovações tecnológicas e à preservação dos aspectos competitivos do mercado;

CONSIDERANDO que a ANATEL, no âmbito de sua atuação regulatória, tem o dever de adotar as medidas necessárias para garantir a observância da disciplina definida na Lei nº 12.485/2011, o que implica a possibilidade de exercer essa prerrogativa por meio de medida cautelar (arts. 19 da Lei nº 9.472/1997, art. 45 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e art. 52 do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013);

CONSIDERANDO que a ANATEL acompanha permanentemente a evolução do mercado e de suas práticas, e nessa avaliação deve verificar se o desenvolvimento do setor está em harmonia com as metas de desenvolvimento social do país, devendo adotar medida acautelatória necessária a assegurar a competição, em cumprimento aos arts. 2º e arts. 19, inciso I, da Lei nº 9.472/1997, bem como assegurar a segurança jurídica aos diversos agentes;

CONSIDERANDO que compete à ANATEL regular e fiscalizar a atividade de distribuição por meio do SeAC, nos termos do art. 29, parágrafo único, da Lei nº 12.485/2011;

CONSIDERANDO a existência de razoável dúvida jurídica sobre o grau de alcance da Lei nº 12.485/2011 para o caso em análise e de risco decorrente de eventual demora no posicionamento quanto à conformidade do modelo híbrido ofertado pela FOX por meio de seu aplicativo, verificando-se, portanto, a presença dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, conforme as razões e justificativas consignadas no Informe nº 242/2019/CPRP/SCP (SEI nº 4233940); e

CONSIDERANDO que será realizada uma Tomada de Subsídios específica para que a sociedade possa se manifestar amplamente sobre os quesitos que serão apresentados,

DECIDEM CAUTELARMENTE:

I – DETERMINAR à FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA. que passe a condicionar o acesso aos seus canais programados disponíveis em aplicações de Internet à autenticação de assinantes de Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), bem como comprove o cumprimento desta determinação, no prazo de 30 (trinta) dias contados da notificação do presente Despacho, observados os pacotes contratados das respectivas prestadoras do SeAC.

II - FIXAR multa diária de R$ 100.000,00 (cem mil reais), por eventual descumprimento da presente determinação, até o limite de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

III- NOTIFICAR as partes do teor da presente decisão.

3.14. A fim de comprovar a presença dos requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo, TAP BRASIL e MPA-AL aduzem em seu Recurso Administrativo (SEI nº 4325981) que, primeiro, haveria vício na decisão, pois foi dirigida à agente econômico não regulado pela Anatel. No seu entender, estaria a Agência intervindo em atividades relacionadas ao conteúdo audiovisual, sobre o qual ela não possui competência regulatória.

3.15. Outrossim, sustenta que não estariam presentes os requisitos autorizadores da adoção de medida acauteladora – plausibilidade dos fundamentos de direito e de fato (*fumus boni iuris*) e perigo da demora (*periculum in mora*) – bem como a medida se mostraria equivocada, injustificada e desproporcional.

3.16. Segundo as recorrentes, expressões como "dúvidas jurídicas razoáveis" e outras similares, utilizadas no Informe nº 242/2019/CPRP/SCP (SEI nº 4233940), que subsidiou a expedição da cautelar, demostrariam a elevada controvérsia presente na matéria, avessa à probabilidade lógica de certeza do direito necessária a adoção de tais medidas.

3.17. Melhor sorte não caberia, na sua opinião, à análise de evidência do perigo de dano, o qual, aliás, o mencionado Informe não teria conseguido explicitar. Do contrário, existiria um *periculum in mora* reverso, em razão das consequências práticas da decisão tomada pela área técnica da Agência.

3.18. De modo similar, o Recurso Administrativo interposto por ABERT e ABRATEL (SEI nº 4327343) questiona as medidas adotadas pelo corpo técnico da Anatel em relação à oferta de canais de programação linear no aplicativo Fox+.

3.19. As entidades de representação das emissoras radiodifusoras (por excelência, produtoras de conteúdo audiovisual) sustentam ser tal oferta regida exclusivamente pelas regras aplicáveis aos Serviços de Valor Adicionado (SVA), adequando-se perfeitamente à previsão constante do art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT, Lei nº 9.472/1997) e em consonância ao disposto no art. 5º, inciso VII, do Marco Civil da Internet (MCI, Lei nº 12.965/2014).

3.20. Em sede preliminar, aduzem que a ausência de manifestação prévia da Procuradoria junto à Anatel configuraria grave vício procedimental, por violação direta à Portaria nº 642/2013, da PFE-Anatel. Ademais, considerando que a denúncia foi apresentada em dezembro de 2019 e a cautelar expedida em junho de 2019, teria havido tempo mais que suficiente para a oitiva do órgão de consultoria jurídica antes da decisão.

3.21. Em seguida, questionam se, de fato, restou configurado o *fumus boni iuris*, pois o supramencionado Informe ressalta "*a todo momento a existência não de uma maior plausibilidade nas alegações da Claro, mas de uma série de dúvidas jurídicas em aberto, relevantes e sensíveis, acerca do direito das partes envolvidas e com consequências para todo o mercado*" (p.12). Adicionalmente, a decisão de realizar uma Tomada de Subsídios sobre o tema (SEI nº 4254327) reforçaria a dúvida existente na área técnica da Agência sobre o grau de alcance da Lei do SeAC (Lei nº 12.485/2011) para o caso em análise.

3.22. Quanto ao perigo da demora, ABERT e ABRATEL sustentam que a decisão teria se apoiado em meras conjecturas, não tendo sido apresentados quaisquer dados concretos voltados a confirmar, minimamente, o prognóstico que caracterizaria o risco. Desse modo, pragmaticamente, a decisão apenas criaria barreiras de entrada a concorrentes e obstáculos ao advento de novas modalidades tecnológicas.

3.23. Pois bem. Prefacialmente, cumpre ressaltar que quando da avaliação de atribuição de efeito suspensivo faz-se apenas um exame perfunctório, não exaustivo da matéria, acerca da plausibilidade daquilo que se alega.

3.24. Desse modo, conforme estabelece o art. 118, § 2º, do Regimento Interno, o efeito suspensivo será atribuído quando, em análise preliminar, forem considerados relevantes os fundamentos de seu pedido e da execução do ato recorrido puder resultar ineficácia da decisão.

3.25. Em razão das alegações de vícios procedimentais e em atenção ao Princípio da Autotutela Administrativa, a primeira providência tomada foi instar a PFE-Anatel a fim de apresentar opinativo jurídico sobre a matéria.

3.26. Nessa linha, esclarece o órgão de consultoria jurídica no Parecer nº 00509/2019/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 4363862) que a LGT conferiu à Agência competência para decidir sobre o enquadramento de uma atividade como serviço de telecomunicações. Ademais, a Lei do SeAC atribuiu-lhe as tarefas de regular e fiscalizar o elo de distribuição do serviço.

3.27. Quanto à expedição da cautelar, a LGT e a Lei de Processo Administrativo (LPA, Lei nº 9.784/1999) dão à Agência a prerrogativa de, motivadamente, adotar as providências acauteladoras que se mostrem necessárias, mesmo sem a prévia oitiva da parte interessada. Afirma também ser clara no Regimento Interno da Anatel a competência dos Superintendentes para tanto.

3.28. Além disso, registra no Parecer que a adoção de medida cautelar não configura no rol de hipóteses que demandam manifestação obrigatória prévia da PFE-Anatel, conforme dispõe sua Portaria nº 642/2013. Desse modo, não haveria óbice jurídico, por esse motivo, à adoção da medida cautelar ora guerreada.

3.29. Em vista do exposto, ao menos em análise perfunctória, não parecem prosperar as razões recursais que sustentam a necessidade de imediata suspensão dos efeitos do despacho ora recorrido em

razão de supostos vícios de procedimento.

3.30. No que tange à plausibilidade do direito invocado (*fumus boni iuris*), o Informe que subsidiou a decisão dispende muitas considerações para defender que a facilidade oferecida pela denunciada estaria dentro da órbita normativa da Lei do SeAC.

3.31. Nessa toada, aliás, restou inconteste nos elementos probatórios acostados aos autos que o conteúdo audiovisual em questão, disponibilizado no aplicativo de Internet, é uma **perfeita replicação do conteúdo programado distribuído na cadeia produtiva organizada pela Lei do SeAC**.

> **Informe nº 242/2019/CPRP/SCP**:
>
> 3.179. [...] Não se trata de uma mera organização temporal esporádica de conteúdos, tampouco uma nova configuração mercadológica de conteúdo não disponível na programação e empacotamento do SeAC e muito menos uma dinâmica de protagonismo e customização da audiência na definição de uma linearidade sugerida. Trata-se, na verdade, da inconteste e evidente replicação do conteúdo programado na cadeia produtiva organizada na Lei nº 12.485/2011: produção-programação-empacotamento-distribuição, sem arcar com os ônus inerentes a essa atividade estabelecidos na mesma Lei.

3.32. Sem querer antecipar qualquer juízo de mérito, diante dos elementos colhidos até o presente momento, parece, sim, que o acesso ao conteúdo linear disponibilizado no aplicativo Fox+, de conteúdo idêntico ao ofertado por meio da demais plataformas tecnológica e com fruição semelhante sob a ótica do consumidor, amolda-se aos preceitos de canal de programação e de atividade de distribuição adotados pela Lei do SeAC. Acerca desse ponto, merece registro o fato de que, no curso do processo legislativo de que se originou a Lei do SeAC, a redação do Projeto de Lei não excluiu a Internet como uma plataforma sujeita à aplicação da Lei do SeAC.

3.33. Ademais, a flexibilidade de utilização de meios eletrônicos quaisquer para a distribuição de conteúdo audiovisual, fruto do princípio de neutralidade tecnológica propositalmente incutido na Lei, sugere que estejam sob a incidência desses dispositivos legais as novas formas e modelos de comercialização de conteúdo audiovisual linear programado surgidos posteriormente.

3.34. Para além disso, um dos precípuos objetivos da edição da Lei do SeAC foi o de estabelecer restrições à verticalização da cadeia de valor do conteúdo audiovisual (arts. 5º e 6º da Lei do SeAC), sendo que algumas dessas restrições se aplicam ao setor de radiodifusão.

3.35. A aplicação dessas restrições para algumas formas de distribuição de conteúdo audiovisual sem aplicá-las ao modelo praticado pela denunciada poderia levar a uma situação de incoerência. Com efeito, aquele que distribui conteúdo audiovisual no modelo ordinário da Lei do SeAC está sujeito às citadas restrições (e demais obrigações previstas no ordenamento jurídico); porém, na hipótese de utilizar o modelo de distribuição de canais lineares da denunciada, tais restrições não se aplicariam.

3.36. Entendeu o legislador ser importante naquele momento formular regras para evitar a excessiva concentração do mercado de audiovisual e, desse modo, minimizar a possibilidade de abuso de poder econômico.

3.37. Vale lembrar que, nos autos da ADI 4679, a motivação empregada pelo legislador para estabelecer essas restrições foi o principal fundamento utilizado pelo STF para reconhecer a constitucionalidade dessas restrições (art. 5º e 6º da Lei do SeAC). Vejam-se trechos do voto do Min. Luiz Fux, relator da ADI 4679:

> Quanto à proibição da verticalização da cadeia produtiva do audiovisual (art. 6º, I e II), arguem que é "*inadmissível que uma dada empresa, autorizada a prestar um determinado serviço, venha a ser impedida, peremptoriamente, de realizar a contratação de todo e qualquer talento artístico e de adquirir os direitos de imagem de eventos de cunho nacional , configurando uma indevida interferência na esfera de atuação destas companhias, que têm a sua capacidade competitiva sensivelmente reduzida*".
>
> As motivações do legislador ordinário ao criar tais regras constam dos diversos pareceres exarados pelas Comissões do Congresso Nacional durante a tramitação do PL nº 29/2007, que deu origem ao ato ora impugnado. Os pareceres, acostados aos autos por intermédio da manifestação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, dão conta de que a *mens legislatoris* não foi a de restringir a

> competição, mas sim promovê-la, evitando que agentes econômicos dotados de significativo poder de mercado pudessem dominar o setor e, ao final, aniquilar a livre concorrência.
>
> Nesse sentido, a restrição à propriedade cruzada (art. 5º, caput e §1º) e a vedação à verticalização da cadeia de valor do audiovisual (art. 6º, I e II) representariam uma restrição pontual à liberdade de iniciativa de alguns (i.e., aqueles potencialmente dotados de poder de mercado) em proveito da liberdade de iniciativa de todos os demais players do segmento produtivo e, a fortiori, do hígido funcionamento daquele setor. Confiram-se os seguintes trechos dos pareceres (todos sem grifos no original):
>
> [...]
>
> Diante desse quadro fático e jurídico, não me parece que o art. 5º, caput e §1º nem o art. 6º, I e II, ambos da Lei nº 12.485/11, tenham violado qualquer previsão constitucional. Bem ao revés: as regras proibitivas da propriedade cruzada entre os setores de radiodifusão e de telecomunicações, bem como aquelas impeditivas da verticalização da cadeia de valor do audiovisual nada mais fazem do que, direta e imediatamente, concretizar os comandos constitucionais inscritos no art. 170, §4º e 220, §5º, da Lei Maior, no sentido de coibir o abuso do poder econômico e evitar a concentração excessiva do mercado. Cuida-se, portanto, de regras antitruste que buscam prevenir a configuração de falhas de mercado (monopólios e oligopólios) e a distorção alocativa que lhes é correlata.
>
> De forma mediata, as aludidas regras contribuem ainda para promover a diversificação do conteúdo produzido, justamente porque tendem a evitar que o mercado de TV por assinatura se feche, ampliando as fontes de informação disponíveis e o espaço para a manifestação de novos entrantes.

3.38. Além de estabelecer uma política econômico-concorrencial para o setor, a Lei do SeAC também criou uma política de fomento da produção audiovisual nacional independente, que se apoia na cadeia de valor estabelecida legalmente.

3.39. Nessa linha, entendeu o corpo técnico estarem presentes fortes indícios de que estaria ocorrendo uma violação direta a um dos principais regramentos legais – qual seja, a separação das atividades de produção/programação, de um lado, e de distribuição, do outro –, o que poderia inclusive implicar o completo esvaziamento das políticas públicas insculpidas na Lei.

3.40. A medida cautelar ora guerreada foi então concedida para resguardar a observância da Lei do SeAC, assegurando a competição e a segurança jurídica aos agentes que atuam nos mercados de produção e de distribuição de conteúdo audiovisual, bem como dos próprios consumidores, de não estarem expostos a ofertas irregulares.

3.41. Ademais, entendeu a área técnica que a prática denunciada, caso se alastrasse antes da decisão de mérito, poderia de pronto produzir no mercado consequências danosas de difícil reparação, tais como o esvaziamento da política de fomento do audiovisual brasileiro (regime de cotas, canais obrigatórios e de conteúdo nacional etc.), bem como concorrência em condições desiguais na atividade de distribuição, haja vista a não assunção dos ônus a ela inerentes (obrigações de qualidade do serviço e tributação diferenciada, entre outros).

3.42. Além disso, uma vez disseminada e estabelecida no setor, para além da frustração da política de estímulo à produção nacional e a desigualdade de condições concorrenciais, a reversibilidade de tal situação seria indiscutivelmente complexa e custosa, inclusive afetando consumidores que teriam eventualmente contratado de boa-fé os produtos de programação linear oferecidos na Internet, em modelo posteriormente considerado ilegal pela Agência, quando da decisão final de mérito.

3.43. Ou seja, não se afigura adequado permitir, antes da decisão de mérito, uma verdadeira ruptura nas práticas consolidadas no mercado – de reversibilidade extremamente difícil ou até mesmo irreversível –, sinalizando para os demais agentes que o modelo da denunciada estaria plenamente aderente à legislação. Mais adequado e de mais fácil reversibilidade é trazer o modelo da denunciada, neste momento, para o delineamento das práticas já consolidadas, deixando-se que eventual ruptura mercadológica, se for o caso, ocorra apenas com decisão de mérito, dotada de segurança jurídica para os agentes e consumidores.

3.44. Por outro lado, a decisão acauteladora – novamente em análise preliminar e não exaustiva da matéria – preocupou-se em não obstar a exploração de novos modelos de negócio, uma vez que não indisponibilizou, por exemplo, o aplicativo em sua versão "*on demand*".

3.45. Por outras palavras, a decisão consubstanciada no Despacho Decisório nº 128/2019/CPRP/SCP não impede a continuidade da oferta dos conteúdos sob demanda já disponíveis, alcançando tão somente os canais de programação do produto Fox+ que são disponibilizados no serviço de TV por Assinatura tradicional. Tampouco impede que sejam ofertados conteúdos sob demanda em formatos diferentes da simples replicação dos conteúdos lineares distribuídos pelas tecnologias tradicionais (cabos, satélite e radiofrequência).

3.46. Em suma, fundamentada no entendimento de que a denunciada estaria utilizando de subterfúgio para se elidir dos ônus legais e regulamentares inerentes à distribuição do conteúdo audiovisual, a área técnica determinou cautelarmente que a FOX reorientasse a sua oferta às demais práticas já consolidadas no mercado e reproduzidas por outros produtores/programadores de conteúdo.

3.47. Assim, forçoso reconhecer que mencionado entendimento está lastreado em razões de fato e de direito que justificam a adoção de uma medida cautelar juridicamente válida.

3.48. A bem verdade, as razões recursais apresentadas pelas terceiras interessadas para a concessão do efeito suspensivo face ao Despacho Decisório nº 128/2019/CPRP/SCP muito se confundem com irresignações quanto ao mérito do entendimento da área técnica. Os argumentos de mérito, que não são suficientes para justificar o deferimento do pedido de efeito suspensivo, serão apreciados pelo Conselho Diretor, órgão competente para julgar o mérito dos recursos administrativos interpostos.

3.49. Muito embora tenha sido salutar a abertura da Tomada de Subsídios para oitiva de outros setores da sociedade quanto ao efetivo alcance do contexto inaugurado pela Lei do SeAC, permitindo-se uma plena e robusta instrução processual antes de uma decisão de mérito pela Anatel – a quem compete regular e fiscalizar a atividade de distribuição e, portanto, esclarecer eventuais lacunas e omissões –, o receio de que a prática denunciada seja lesiva para as políticas públicas delineadas pela aludida Lei, e, se disseminada, torne-se irreversível, é plausível e foi devidamente justificado.

3.50. Nesse contexto, é preciso registrar a presença de diversos incentivos competitivos à adesão, por parte dos agentes econômicos, ao modelo adotado pela denunciada: redução da carga tributária; redução de obrigações legais, como as relativas ao carregamento de canais obrigatórios e de conteúdos nacionais; e exclusão do âmbito de incidência de vedações legais como as relativas à proibição de controle cruzado entre empresas de telecomunicações e de radiodifusão (art. 5º da Lei do SeAC) e à proibição de verticalização das cadeias produtivas e de distribuição.

3.51. Além disso, há elementos concretos que indicam a iminente proliferação do modelo adotado pela denunciada, como notícias de grandes *players* dando conta da intenção imediata de início de ofertas nos mesmos moldes.

3.52. Quanto aos elementos concretos, vale destacar trecho da seguinte notícia da mídia especializada (disponível em https://olhardigital.com.br/noticia/conheca-os-canais-pagos-que-nao-dependem-mais-de-tv-por-assinatura/77713):

> A internet e a era do streaming caminha cada vez mais para eliminar essa chateação. Cada vez mais canais pagos estão oferecendo seu conteúdo ao vivo e online sem depender de uma operadora de TV por assinatura, o que significa que, se você só queria acesso a um canal específico, essa é a sua oportunidade.
>
> Essa é uma tendência global. Nos EUA esse movimento tem sido conhecido como "cord-cutting" ("cortar o cabo"), que é justamente o ato de deixar de lado a assinatura de TV paga para aderir a serviços via streaming.
>
> [...]

3.53. O ingresso de terceiras interessadas que representam pessoas jurídicas que atuam no setor de radiodifusão, e, portanto, estão vedadas de distribuir conteúdo audiovisual ao usuário final (art. 5º da Lei do SeAC), num processo que teve origem com uma denúncia apresentada pela Claro contra a FOX, demonstra que há grande interesse de diversas pessoas jurídicas na exploração de modelo de negócio semelhante ao adotado pela FOX.

3.54. Por conseguinte, **o efeito suspensivo pleiteado nos Recursos Administrativos não deve ser concedido**, pois, em análise preliminar, os requisitos para a expedição da cautelar foram observados pela área técnica. Além disso, a execução do ato recorrido não resultaria na ineficácia da decisão, pois à

denunciada foi determinado tão somente adequar suas práticas àquilo que é regularmente praticado no mercado pelas demais produtoras/programadoras de conteúdo audiovisual.

3.55. Adicionalmente, requereu-se da d. Procuradoria Federal que se manifestasse quanto aos efeitos da decisão liminar do Poder Judiciário no Mandado de Segurança Cível 1017111-33.2019.4.01.3400, ao que ela apresentou os seguintes esclarecimentos:

> 86. Ocorre que, em 3 de julho de 2019, foi proferida decisão, nos autos do Mandado de Segurança nº 1017111-33.2019.4.01.3400, em trâmite na 16º Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, por meio da qual foi deferido o pedido liminar da Fox para determinar a suspensão dos efeitos do Despacho Decisório nº 128/2019/CPRP/SCP, verbis:
>
> > Sob tais argumentos e entendendo que não ficaram robustamente demonstrados a probabilidade do direito e o perigo de mora no referido ato coator, e, com a consideração de que a tutela de urgência tem natureza precária e pode ser revista a qualquer tempo, máxime com a vinda da contestação, DEFIRO o pedido liminar 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).
>
> 87. Acerca de tal decisão, foi prolatado o Parecer de Força Executória veiculado por meio do Memorando nº 00012/2019/GAP/PRF1R/PGF/AGU, cuja conclusão foi a seguinte:
>
> > Ante o exposto, na forma do Decreto nº 2.839/1998, sobretudo os seus arts. 2º, 4º, 8º e 11, da Portaria AGU nº 1.5.47/2008, da Portaria MPOG 17/2001, das Portarias PGF nº 603/2010, 773/2011 e 993/2014 e da Portaria Conjunta CGU/PGU/PGF nº 1/2016, que regra a utilização do SAPIENS, exaro o presente PARECER DE FOR ÇA EXECUTÓRIA para que a ANATEL suspenda os efeitos do DESPACHO DECISÓRIO Nº 128/2019/CPRP/SCP, inclusive no que se refere a multas que eventualmente já tenham sido aplicadas pela Agência em decorrência da referida decisão cautelar proferida. Deve a ANATEL ainda permitir a veiculação do aplicativo FOX+ tal qual desenvolvido, sem necessidade de condicionamento de acesso à autenticação de assinantes de serviço de acesso condicionado (SeAc).
>
> 88. Resta analisar os efeitos de tal decisão sobre a análise de atribuição de efeito suspensivo aos recursos administrativos.
>
> 89. No ponto, de se dizer que, muito embora os efeitos do Despacho Decisório nº 128/2019/CPRP/SCP estejam suspensos, dada a independência das esferas judicial e administrativa, não há qualquer impedimento a que os pedidos de efeito suspensivo sejam analisados pela Presidência da Agência.
>
> 90. A bem da verdade, por se tratar de tutela de urgência, é até importante que sejam apreciados em prazo razoável para tanto, conforme §2º do art. 52 do Regimento Interno da Anatel (RIA), aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013:
>
> [*Omissis*]
>
> 91. No ponto, vale delinear as consequências da decisão sobre a análise de atribuição de efeito suspensivo aos recursos administrativos:
>
> i) Caso seja indeferido o pedido de efeito suspensivo aos recursos interpostos e, portanto, mantida a medida cautelar concedida por meio do Despacho Decisório nº 128/2019/CPR/SVP, e, ainda, caso mantida a decisão liminar proferida no Mandado de Segurança nº 1017111-33.2019.4.01.3400, de qualquer sorte restarão suspensos os efeitos do Despacho Decisório nº 128/2019/CPR/SVP;
>
> ii) Caso seja indeferido o pedido de efeito suspensivo aos recursos interpostos e, portanto, mantida a medida cautelar concedida por meio do Despacho Decisório nº 128/2019/CPR/SVP, e, ainda, caso revertida a decisão liminar proferida no Mandado de Segurança nº 1017111-33.2019.4.01.3400, restarão restabelecidos os efeitos do Despacho Decisório nº 128/2019/CPR/SVP, ratificados pela decisão sobre a análise de atribuição de efeito suspensivo aos recursos administrativos;
>
> iii) Caso seja deferido o pedido de efeito suspensivo aos recursos interpostos, restarão suspensos os efeitos da medida cautelar concedida por meio do Despacho Decisório nº 128/2019/CPR/SVP, no âmbito administrativo e judicial (neste âmbito, enquanto persistir a decisão liminar proferida no Mandado de Segurança nº 1017111-33.2019.4.01.3400).
>
> 92. Em suma, dada a independência das esferas judicial e administrativa, não há qualquer impedimento a que os pedidos de efeito suspensivo sejam analisados pela Presidência da Agência,

sendo pertinente, inclusive, que sejam efetivamente analisados em prazo razoável, dada a urgência da matéria.

3.56. Em vista do exposto, ressalvada a independência das esferas judicial e administrativa, a denegação dos pedidos de efeito suspensivo resta ancorada aos efeitos da decisão liminar proferida no Mandado de Segurança Cível 1017111-33.2019.4.01.3400, conforme esposado pela PFE-Anatel no trecho acima colacionado.

3.57. Por fim, é inegável a importância do deslinde desse processo para trazer segurança e previsibilidade à exploração do serviço de acesso condicionado, razão pela qual a matéria precisa ter seu mérito decidido na esfera administrativa.

3.58. Por esse motivo, parece prudente determinar à Superintendente Executiva que, no âmbito de suas atribuições regimentais, coordene junto às áreas técnicas envolvidas as ações necessárias para a conclusão da instrução dos autos do processo nº 53500.056473/2018-24 (Denúncia CLARO vs FOX), a fim de que possa ser distribuído para relatoria e deliberação do Órgão Colegiado na maior brevidade possível.

4. **CONCLUSÃO**

4.1. Diante do exposto, propõe-se denegar os pedidos de concessão de efeito suspensivo apresentados nos Recursos Administrativos interpostos em face do Despacho Decisório nº 128/2019/CPRP/SCP, ressalvados os efeitos da decisão liminar proferida no Mandado de Segurança Cível 1017111-33.2019.4.01.3400, em trâmite na 16ª Vara Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal.

4.2. Adicionalmente, propõe-se determinar à Superintendente Executiva que, no uso de suas atribuições regimentais, coordene junto às áreas técnicas envolvidas as ações necessárias para a conclusão da instrução dos autos do processo nº 53500.056473/2018-24.

Documento assinado eletronicamente por **Egon Cervieri Guterres**, **Especialista em Regulação**, em 12/07/2019, às 17:43, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 23, inciso II, da Portaria nº 912/2017 da Anatel.

Documento assinado eletronicamente por **Renata Machado Moreira**, **Chefe de Gabinete da Presidência, Substituto(a)**, em 12/07/2019, às 17:47, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 23, inciso II, da Portaria nº 912/2017 da Anatel.

A autenticidade deste documento pode ser conferida em http://www.anatel.gov.br/autenticidade, informando o código verificador **4380833** e o código CRC **260DB8C9**.

Referência: Processo nº 53500.022573/2019-38 SEI nº 4380833