

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE AO NOVO MODELO
NEGOCIAL DA *INTERNET*: SERVIÇOS DE *STREAMING* E *VIDEO-ON-DEMAND***

VIVIAN RAINHA PACHECO

Rio de Janeiro

2019 / 2º SEMESTRE

VIVIAN RAINHA PACHECO

**A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE AO NOVO MODELO
NEGOCIAL DA *INTERNET*: SERVIÇOS DE *STREAMING* E *VIDEO-ON-DEMAND***

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Luigi Bonizzato**.

Rio de Janeiro

2019 / 2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

P116a Pacheco, Vivian Rainha
A atuação das Agências Reguladoras frente ao novo modelo negocial da internet: serviços de streaming e video-on-demand / Vivian Rainha Pacheco. -- Rio de Janeiro, 2019.
98 f.

Orientador: Luigi Bonizzato.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Direito Administrativo. 2. Agências Reguladoras. 3. Marco Civil da Internet. 4. Streaming. 5. Video-On-Demand. I. Bonizzato, Luigi, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

VIVIAN RAINHA PACHECO

A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE AO NOVO MODELO
NEGOCIAL DA *INTERNET*: SERVIÇOS DE *STREAMING* E *VIDEO-ON-DEMAND*

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Luigi Bonizzato**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2019 / 2º SEMESTRE

DEDICATÓRIA E AGRADECIMENTOS

Primeiramente, dedico este trabalho a Deus, que guiou – e continuará guiando – meus passos, concedendo força e determinação para trilhar momentos difíceis em meio a caminhada acadêmica e laboral.

Aos meus pais, Cléa Maria e Jorge Irineu, que sempre foram irredutíveis ao priorizarem meu acesso a uma boa formação acadêmica, oferecendo suporte em todos os momentos de incerteza, além dos inevitáveis “choramingos” e mudanças de humor quando o final de cada um dos dez semestres se aproximava. Ao meu irmão, Vinícius, quem eu amo mais do que tudo no mundo, *especialmente* por pensarmos de maneiras tão diferentes.

À minha avó Geruza, que sempre esteve disponível para escutar todo tipo de história sobre a faculdade – as boas e as ruins –, oferecendo conselhos e o “colo de vó” quando precisei; à avó Irandy, que, tal como meus pais, buscou auxiliar em minha formação acadêmica da forma que podia; ao avô Irineu (*in memoriam*), que, apesar do contato breve, sempre está presente nos meus pensamentos e ao avô David, também especial na minha caminhada.

Às minhas tias e tios, em especial às tias Jaqueline e Zuleica, que sempre se mostraram dispostas a aconselhar sempre que tinha dúvidas ou algum problema. Aos meus primos Rafael, Daniel, David e Júlia, que também apoiaram a decisão de perseguir a carreira em Direito, acreditando no meu potencial.

Ao meu padrinho e futuro companheiro de profissão, Aristóteles Formiga, que se ofereceu para sanar as *muitas* dúvidas de uma Vivian de dezesseis anos que ainda não sabia qual carreira seguir; ao tio Bistene (*in memoriam*) e à tia Ercília, que também foram uma constante na minha vida.

Ao Bóris e ao Woody, meus dois filhos de quatro patas, presentinhos que ganhei no decorrer desses cinco anos e que me ajudaram a lidar com todos os altos e baixos do cotidiano.

Às amigas que cultivei durante os anos na FND e pretendo manter por muito tempo: Ana Caroline Dutra, Fernanda Guimarães, Giselle de Figueiredo, Karina Cordeiro, Jhenyfer Pimenta, Luiz Mário Gomes e Marcelo Conde.

Ao grupo de amigas que *nunca* vão se separar: Angel Silva, Carla Gardel, Catarina Souza, Luiza Carvalhaes, Nayara Moraes e Ruth Alencar, às minhas quase irmãs que testemunharam todos os altos e baixos da graduação, bem como todas as minhas *muitas* reclamações, anedotas

e preocupações cotidianas, além de terem a paciência para lerem cada uma das versões dessa monografia, dando opiniões sinceras e construtivas.

Ao meu orientador, Luigi Bonizzato, que sempre se mostrou solícito quando alguma dúvida surgia e ofereceu espaço suficiente para que as conclusões fossem tiradas por conta própria, provocando um melhor resultado ao fazer perguntas que eu não faria sozinha.

À Faculdade Nacional de Direito e à UFRJ, por proporcionarem uma experiência inesquecível, oferecendo as ferramentas para que profissionais bem capacitados sejam formados.

No mais, a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação, o meu mais sincero obrigado.

RESUMO

Crescente nas últimas décadas, a opção estatal pela regulação como modelo de atuação, preterindo a atuação mais direta do Estado de Bem-Estar Social, vem pondo em xeque o próprio modelo de Estado intervencionista, dados os fatores que interferiram histórica e economicamente. Com isso, a criação e estabelecimento de garantias de atuação relativamente independente das Agências Reguladoras se interpôs como alternativa regulatória, ainda que controlada pelos outros Poderes da República Federativa do Brasil. Dada a dinamicidade dos novos modelos de negócio, em especial àqueles ligados à *internet*, o Legislativo não tem demonstrado eficácia em determinar regramentos capazes de regulamentar os novos mercados, motivo pelo qual relegou como seu controle às autarquias de regime especial. A questão que se orienta, através disso, está ligada à possibilidade – ou impossibilidade – das Agências Reguladoras fazerem as vezes do Poder Legislativo, regulando a área, ainda que não haja regulação legislativa sobre o tema. Conforme será visto, as autarquias estão terminantemente proibidas de criarem tributos – dada a necessidade de lei, conforme se depreende do texto constitucional –, mas podem estabelecer uma série de outras obrigações a serem atendidas pelos *players* mercadológicos com o objetivo de criar um ambiente competitivo para todas as partes envolvidas na nova relação jurídica.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Agências Reguladoras; *Internet*; *Streaming*; *Video-on-Demand*; Teoria da Captura.

ABSTRACT

Growing in recent decades, the State's option for regulation as a model of action, neglecting the more direct action, common for the Welfare State, has challenged the Interventionist State model itself, given the factors that have historically, and economically, interfered. With this, the creation and establishment of guarantees of relatively independent operation of the Regulatory Agencies were introduced as a regulatory alternative, although controlled by the other Powers of the Federative Republic of Brazil. Given the dynamism of new business models, especially those linked to the internet, the Legislative Power has not been effective in determining rules capable of regulating these new markets, which is why it has relegated its control to those agencies. The question that arises, therefore, is linked to the possibility – or impossibility – of Regulatory Agencies to act as the Legislative Power, regulating the area, even though there is no legislative regulation on the subject so far. As shall be seen, those agencies are strictly prohibited from creating taxes – given the need for law, as it's made clear from the constitutional text –, but may establish a number of other obligations to be met by market players in order to create a competitive environment for all parties involved in the new legal relationship.

Key-words: Administrative Law; Regulatory Agencies; Internet; Streaming; Video-On-Demand; Capture Theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL: UM EXAME ESPECÍFICO DA ANCINE E DA ANATEL NO MERCADO DE <i>VIDEO-ON-DEMAND</i>	14
1.1 Breve histórico sobre a instauração das Agências Reguladoras a partir da década de 1990	14
1.2 Da definição e das particularidades das Agências Reguladoras Independentes na experiência brasileira	28
1.3 Da definição dos serviços de <i>streaming</i> e <i>video-on-demand</i> (VODs) e sua relação com a regulação estatal através da ANCINE e ANATEL.....	38
2 DO MARCO CIVIL DA <i>INTERNET</i> (MCI) NO BRASIL E DA SUA IMPORTÂNCIA PARA A REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE <i>STREAMING</i> E <i>VIDEO-ON-DEMAND</i>.....	43
2.1 Noções introdutórias sobre o Marco Civil da <i>Internet</i> (MCI)	43
2.2 Dos princípios que norteiam o Marco Civil da <i>Internet</i>	45
2.2.1 Dos princípios da liberdade de expressão, da proteção da privacidade e dos dados pessoais do usuário e da responsabilização dos agentes	45
2.2.2 Dos princípios da neutralidade e da preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede.....	46
2.2.3 Dos princípios da preservação da natureza participativa da rede e da liberdade dos modelos de negócio promovidos na <i>internet</i>	47
2.3 Do Princípio da Neutralidade e sua importância para o nicho econômico relativo aos serviços de <i>streaming</i> e <i>video-on-demand</i>	50
2.3.1 Dos riscos da ausência da neutralidade na Rede.....	53
2.3.2 Da controvérsia existente no princípio da neutralidade sob o ponto de vista econômico das provedoras de rede	54
2.4 Do Princípio da Livre-Iniciativa e sua importância para o nicho econômico relativo aos serviços de <i>streaming</i> e <i>video-on-demand</i>	57
2.4.1 Da conceituação do princípio da livre-iniciativa e possíveis controvérsias.....	57

2.4.2 Aspectos de defesa do consumidor ante a livre-iniciativa comercial da <i>internet</i> e Decreto n° 7.962, de 15 de março de 2013.....	59
3 DA REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA JÁ EXISTENTE OU EM FASE DE CRIAÇÃO NO BRASIL SOBRE OS SERVIÇOS DE <i>STREAMING</i> E <i>VIDEO-ON-DEMAND</i>.....	64
3.1 Noções introdutórias sobre a regulamentação já existente ou em fase de criação..	64
3.2 Dos Projetos de Lei em tramitação no Legislativo.....	66
3.2.1 Do Projeto de Lei n° 37/2018.....	67
3.2.2 Do Projeto de Lei n° 8.889/2017	70
3.3 Das regulamentações já existentes sobre o tema, sobretudo as técnicas.....	74
3.3.1 Aspectos da regulação já existente por parte da ANCINE.....	76
3.3.2 Aspectos da regulação já existente por parte da ANATEL e o contingenciamento de dados do consumidor	77
3.4 Questões sobre a ponderação entre a Livre Concorrência, a Intervenção Estatal e a Teoria da Captura Regulatória	80
3.4.1 Da ponderação entre livre concorrência e intervenção estatal no âmbito da <i>internet</i>	81
3.4.2 Da Teoria da Captura regulatória e métodos de controle das Agências Reguladoras	86
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	93

INTRODUÇÃO

De acordo com Patrícia Schmitt, o serviço de *video-on-demand* (VOD) foi lançado pela primeira vez na década de 1990

como fonte de expansão do mercado audiovisual dado ao avanço tecnológico e consolidado em diversos países. Em suma, são aqueles serviços de vídeo disponibilizados em plataforma digital – *streaming*, associados à oferta da banda larga *internet* por meio de catálogos de conteúdos audiovisuais, cujo conteúdo é acessado pelo usuário por meio de um simples toque no conteúdo desejado.¹

Trata-se de setor mercadológico que, até então, não possui verdadeira regulação nacional sobre si, dado seu dinamismo, incapaz de ser acompanhado pelo Legislador no mesmo ritmo. Em contrapartida, surge a questão da atuação das Agências Reguladoras, que têm a atribuição legal de regular setores como o ocupado pelos serviços de *streaming* e *video-on-demand*.

Atualmente, o estudo das Agências Reguladoras e seu impacto sobre os nichos nos quais atua tem sido o foco de diversos autores, demonstrando a vastidão de fenômenos que podem ser estimulados pela sua interferência em diversos setores. A ideia de regulação não é estranha à maior parte dos brasileiros, atualmente, ainda que a atuação das autarquias especiais², não seja compreendida em todo seu poderio.

Cientes de que o papel das Agências Reguladoras tem como finalidade regular o mercado recentemente desestatizado, de modo a torna-lo um ambiente onde há equidade entre os concorrentes em setores sensíveis ao funcionamento da sociedade como um todo, é objetivo deste trabalho de conclusão de curso buscar – ou ao menos tentar – chegar a uma conclusão quanto a atuação das autarquias especiais, modelo este criado efetivamente através do Plano de

¹ SCHMITT, Patrícia. **Considerações sobre os entraves surgidos entre Teles x Provedores do Segmento de Vídeo sob demanda (VOD) frente à contribuição CONDECINE**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://patriciaschmittadv.jusbrasil.com.br/artigos/701436640/consideracoes-sobre-os-entraves-surgidos-entre-teles-x-provedores-do-segmento-de-video-sob-demanda-vod-frente-a-contribuicao-condecine>>. Acesso em: 24 out. 2019.

² Definidas, por Carvalho Filho, como Autarquias de Controle.

Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/1997), do qual uma série de leis surgiram, instituindo novas autarquias especiais: em especial, a ANCINE e a ANATEL.

Portanto, torna-se imprescindível analisar a atuação das Agências Reguladoras sobre a nova prática mercadológica, possibilitada por intermédio da *internet* e seus exponenciais crescimento e velocidade nos últimos anos, que possibilitaram a implementação do novo modelo de negócio. Nesse sentido, discutir-se-á os resultados da regulação, bem como a necessidade de se estabelecerem barreiras à Captura Política das Agências, além dos diversos fatores que podem influir para o fenômeno.

Para a realização do trabalho, buscou-se reportar à doutrina especializada no tema através de revisão bibliográfica em livros físicos e em meio eletrônico, bem como a análise de textos normativos, quais sejam: leis, projetos de leis, e mesmo instruções normativas emitidas pelas Agências Reguladoras, a fim de tornar o estudo sobre o tema mais aprofundado. Reportou-se, a todo momento, às discussões atuais sobre o tópico, bem como os argumentos favoráveis e desfavoráveis a cada posição.

Como capítulo introdutório, buscou-se definir alguns dos institutos a serem tratados no restante do artigo, de modo que sejam compreendidos em consonância com as definições apresentadas. Tratar-se-á, inicialmente, da história do instituto e os elementos históricos, econômicos e sociais que o trouxeram à baila, para então definir as peculiaridades das autarquias de controle frente às autarquias territoriais e autarquias de regime comum, destrinchando cada uma das características das três espécies. Ato contínuo, definir-se-á a conceituação dos serviços de *streaming* e *video-on-demand* e o modelo regulatório especial a ser adotado sobre o novo modelo mercadológico, levando-se em consideração, especialmente, decisões e Instruções Normativas emitidas pela ANATEL e as discussões levantadas pela ANCINE quanto a sua regulação.

No segundo capítulo, apresentar-se-á o Marco Civil da *Internet*, bem como seus princípios norteadores, dada a sua premente importância ao estudo da atuação das Agências Reguladoras sobre o modelo negocial dos serviços de *streaming* e *video-on-demand*. Atenta-

se, neste ponto, para os princípios da neutralidade e da livre-iniciativa, sopesando os argumentos das partes em colisão sobre os pontos controvertidos acerca de sua aplicação na *internet* e na atuação do poder público sobre o ambiente imaterial cibernético.

Por fim, analisar-se-á as diferentes espécies de normas que se propuseram a tentar regular o novo nicho mercadológico, como os Projetos de Lei nº 8.889/2017, de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira (PT/SP) e 37/2018, de autoria do Senador Humberto Costa (PT/PE), além da regulação já existente da ANCINE e da ANATEL acerca do tema. Nesta oportunidade, discutir-se-á aspectos de ponderação entre os princípios apresentados no capítulo dois do presente estudo, bem como aspectos da Teoria da Captura e possíveis métodos de controle erigidos pelo Legislador sobre a atuação das Agências Reguladoras, buscando minorar ao máximo os ônus da prática ilícita.

1 DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL: UM EXAME ESPECÍFICO DA ANCINE E DA ANATEL NO MERCADO DE *VIDEO-ON-DEMAND*

1.1 Breve histórico sobre a instauração das Agências Reguladoras a partir da década de 1990

Pois bem, o estudo das Agências Reguladoras Independentes – também conhecidas pela sigla ARI, que denota, com apenas três letras, vários pressupostos para sua classificação e efeitos importantes para a sua atuação proba e eficaz – demonstra-se de suma importância na sociedade contemporânea, em especial após a remodelação da Administração Pública.

Coaduna-se, neste tópico, com o ponto de vista exposto por Aragão³ em seu célebre trabalho sobre as Agências Reguladoras Independentes, entendendo por bem que a perspectiva histórica de qualquer instituto traz maior entendimento sobre ele e todas as circunstâncias que obrigaram os mecanismos de poder a se organizarem para que saciassem as necessidades e pleitos em voga. Entendimento este também adotado por Binenbojm⁴, ao entender que as distinções entre os cenários político, ideológico e econômico são variáveis-chave para a compreensão do momento de sua aplicação e o motivo por trás da estruturação do Estado Regulador que se tem, atualmente, no Brasil.

Citando Ivo Dantas, Aragão ainda engrossa o entendimento de que a base histórica não é tão somente uma forma de compreender o instituto, mas também de reafirmá-lo como interessante à sociedade que se apresenta, sob pena de tomar as definições gestadas com o passar dos anos em extremamente dogmáticas – ligadas a um preciosismo extremo com os termos jurídicos, de maneira estanque, ou mesmo artificiosas, como citado no trabalho do autor.

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 43.

⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006. p. 148

Em que pese o estudo histórico seja necessário, e mesmo recomendável, quando se pretende analisar um instituto que sofreu diversas mutações conforme o desenvolvimento da sociedade, é necessário recortá-lo ao máximo, buscando certa celeridade e objetivismo para que não se retorne ao início da história documentada, mesmo por conta da adequação ao tipo de estudo acadêmico tratado no momento.

Portanto, ainda que as Agências Reguladoras Independentes tenham surgido, enquanto instituições distintas e estruturadas para a regulação da economia como um todo e de cuja fonte o Direito Administrativo Brasileiro e seu Legislador beberam para a escolha pelo subsistema, no ordenamento jurídico americano da década de 1930⁵, o objetivo deste subcapítulo é tão somente apresentar a realidade brasileira e os motivos que levaram o Estado a adotar esse novo modelo de Administração, com a subsequente opção de instauração das Agências Reguladoras Independentes a partir da década de 1990, para então seguir à análise das autarquias especiais que interessam à regulação de serviços de *video-on-demand* (VODs), quais sejam: ANCINE e ANATEL.

Para tanto, é necessário que haja uma pequena digressão ao momento específico na economia e política enfrentado pelo Estado, ainda na década de 1980, mantendo em mente os

⁵ Binenbojm de forma brilhante, elucida detalhes da história das Agências Reguladoras Independentes em artigo publicado em 2006. De acordo com o autor, o fenômeno do *New Deal* foi elemento imprescindível para que as Agências Reguladoras fossem consideradas como parte da Administração Pública norte-americana. “É neste período que toma corpo, quantitativa e qualitativamente, a idéia de uma Administração policêntrica e insulada de influências políticas, caracterizada por sua *expertise* e pela sua capacidade de responder pronta e eficientemente às demandas crescentes de uma sociedade cada vez mais complexa. Este é o principal legado institucional do *New Deal*” (BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006. p. 148-149). Binenbojm e Carvalho Filho, ademais, atentam para o fato de que, nos Estados Unidos da América, as agências reguladoras foram tidas como ferramentas para o intervencionismo do Estado na economia e “relativização das garantias liberais clássicas”, como o próprio autor definiu, em momento oportuno, o que não se mostra muito diferente da experiência brasileira, haja vista que o Estado, de Interventor, passa a ser um Estado Regulador em setores imprescindíveis ao bom funcionamento da economia, em que pese tenha sido obrigado a se afastar da prestação de serviços elétricos, de telecomunicações etc., por conta de sua saúde econômica. Em contrapartida, na medida em que a concepção da experiência norte-americana com o instituto das agências reguladoras se deu para impulsionar uma mudança na economia, o contrário ocorreu no caso brasileiro, haja vista a necessidade de se preservar o status quo, gerando uma maior segurança jurídica, de modo a atrair investimentos externos ao país. Os momentos de aplicação do instituto, portanto, demonstram-se imperiosos na forma com a qual a agência foi tratada por cada ordenamento jurídico, reiterando o necessário estudo sob o viés histórico do instituto e sua aplicação às diversas realidades institucionais. (BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006. p. 148-149; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 518.)

ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari⁶, que afirma ser função do Estado ser flexível a ponto de se adequar às diferentes demandas, que podem mudar de acordo com as diferentes variáveis postas, sejam elas culturais, temporais, econômicas ou políticas. Nesse sentido, o Estado deve ser capaz de traduzir, por meio de sua Administração, seu Legislativo e seu Judiciário, as demandas sociais, políticas e econômicas, de modo a espelhar a sociedade que representa.

Aragão⁷ é categórico ao estabelecer uma pequena linha do tempo, destacando que, ao final da Segunda Guerra Mundial, a economia aquecida auxiliou na adoção do Estado de Bem-Estar Social como principal mecanismo de atuação do Estado, engrandecendo sua Administração Pública para atender às diferentes e plurais necessidades e demandas de uma sociedade que, a cada ano, tornava-se mais diferenciada. Ao passo em que o sufrágio universal trouxe uma maior participação política às classes que, até então, estavam despidas de representação nos mecanismos de poder estatais, o Estado, em geral, foi obrigado a estabelecer cada vez mais ferramentas para garantir que todos os direitos postulados pelos seus cidadãos encontrassem um mínimo de lastro.

Nesse sentido, o “consenso social-democrático”, tido como resultado do pensamento conservador de John Maynard Keynes, entendeu que o Estado, além de se mostrar preocupado com as demandas cada vez mais específicas de grupos que, até então, não possuíam voz definida, passou a intervir mais fortemente na economia, de modo a assegurar a efetiva oferta de empregos, ainda que os métodos adotados fossem temerários a longo prazo⁸.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. Ed. Saraiva. São Paulo, 1998, 20ª ed. p. 304.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 73.

⁸ Segundo entendimento suscitado por Alexandre Santos de Aragão, medidas como a emissão de moedas sem o devido lastro foram, em algum momento, adotadas, ainda que os Poderes estivessem cientes de seus efeitos na economia, o que, eventualmente, gerou problemas inflacionários na economia nacional. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 73.)

De acordo com os estudos de Aragão, os Estados, sobretudo os periféricos, cuja característica principal era o pouco – ou nulo – desenvolvimento humano, o intervencionismo estatal se desenvolveu até a década de 1980.

Ora, é consenso que o Estado brasileiro se trata de um Estado periférico, de modo que as intervenções na economia foram frequentes até a data, com a especificidade de o Estado se envolver nas demandas, abrindo cada vez mais o seu leque para custear “a equidade social, a criação de infraestruturas vultosas não lucrativas ou de lucratividade diferida, a necessidade de evitar a monopolização de mercados e o fomento de regiões menos desenvolvidas”⁹, como obras faraônicas que pouco deram retorno ao investimento estimado pelos Administradores Públicos. Além disso, investimentos em setores básicos da sociedade podem ser vistos até hoje, haja vista a criação do Sistema Unificado de Saúde como exemplo-chave da proposta de intervenção estatal no estabelecimento de políticas públicas voltadas aos indivíduos que estejam sujeitos ao jugo do Estado – e, no caso do SUS, mesmo àqueles que não o compõem, dada a possibilidade de estrangeiros receberem tratamento emergencial, respeitando-se o ditame do art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ocorre que, mesmo na década de 1980, o modelo de Estado Interventor demonstrava sinais de desgaste, sofrendo com a crise do financiamento da tentativa de abraçar a todos os setores caros à sociedade, obrigando os governos ocidentais a buscarem uma mudança em seu modelo de intervenção, haja vista o fato da máquina pública ser um mecanismo dispendioso e que, muitas vezes, não trazia o retorno desejável, tornando-se cada vez mais ineficaz e cara à medida em que as necessidades se tornavam mais plurais e complexas. Sérgio Guerra ainda aduz que o deslocamento para o modelo de Estado Regulador foi uma tendência de vários países, não só do Brasil¹⁰. A vitória do bloco capitalista, em consonância com o aduzido por Alexandre de Aragão,

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 73.

¹⁰ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016. p. 202

reduziu os gastos militares e a coesão nacional pelo objetivo comum de defesa, não mais existindo as ameaças de mudança para outro sistema político-econômico antagônico. Estes fatores, aliados ao longo período de gastos públicos ineficientes, supérfluos, às vezes demagógicos, e, sobretudo, sem lastro, levaram à insustentabilidade do modelo *keynesiano*.¹¹

Nesse sentido, o Estado precisava diminuir a ambição de manter o ritmo que, até então, não era incômodo aos cofres públicos. Em contrapartida, a modificação da sociedade também trouxe consigo diversos desafios à atuação da Administração Pública no momento em que se tornou cada vez mais complexa, modificando-se mais rapidamente do que o Legislador tinha condições de acompanhar, dada a complexidade dos procedimentos caros à propositura de novas normas de sua autoria, em que pese seja ele o representante democraticamente eleito pela própria sociedade¹². Sérgio Guerra concorda com esta visão, ao afirmar que a legislação, na tentativa de se especializar e atender a todas as particularidades que a situação no mundo do ser (e não do dever-ser, como ocorre nas legislações em geral, conforme Teoria de Kelsen), tornava-se cada vez mais fechada e de difícil compreensão, criando subsistemas no próprio mundo do Direito e dificultando a compreensão como um todo, além de ser necessário acoplar conhecimentos que fugiam ao campo do jurídico¹³. Criou-se, pois, uma visão míope, que perdia a perspectiva do todo necessário para o acoplamento de conhecimentos técnicos do setor específico normatizado.

Fernanda Meirelles e Rafael Oliva inserem o instituto da delegação na análise, aduzindo argumentos que a doutrina costuma utilizar para justificar a delegação de poderes do Legislativo para o Executivo – às entidades da Administração Pública Indireta, em verdade –, cada vez mais palpável na sociedade em que vivemos. Entenderam que

a solução de problemas de impossibilidade de decisão no próprio corpo político em situações em que a definição de uma política, qualquer que seja, tem valor; a transferência dos custos políticos da tomada de decisão para a burocracia

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 73.

¹² Há, ademais, trabalhos que tratam da própria perda da legitimação democrática do modelo de Poder Legislativo, na atualidade. Vide LEVITSKY (2018) e ZIBLATT (2018).

¹³ A título de exemplo, pode-se citar a questão das normas penais em branco, que nada mais são do que normas que se apoiam, geralmente, em portarias e resoluções definidas por entes estatais, como as Portarias do Ministério de Saúde em relação ao conceito de narcóticos e sua concentração no sangue para que o usuário seja considerado embriagado.

(*blameshifting*); e a necessidade de conferir credibilidade a determinadas políticas, isolando-as da descontinuidade gerada pela sucessão de mandatos eleitorais.¹⁴

Além da problemática com relação ao diferente tempo de formação de propostas legislativas e as mudanças dos interesses da sociedade, bem como os avanços tecnológicos, que impendem de ordenamento jurídico apto a controlá-los de modo a se obter a Segurança Jurídica necessária a qualquer Estado, leciona Carvalho Filho que, “ao editar as leis, o Poder Legislativo nem sempre possibilita que sejam elas executadas. Cumpre, então, à Administração criar os mecanismos de complementação das leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade”¹⁵, o que configuraria a ideia de Poder Regulamentar, exercido pela Administração Pública ao fazer as vezes do Poder Executivo. De acordo com Augusto Henrique Werneck Martins, a ideia de Poder Regulamentar está intrinsecamente ligada à aparição histórica do Estado liberal.

É dizer: a medida em que os avanços tecnológicos, incentivados desde o pós-guerra, na década de 1940, as necessidades e os interesses se tornaram cada vez mais complexos e conflitantes, sendo necessário que o Estado buscasse institutos capazes de delegar o poder-dever de regular as diferentes relações, sobretudo aquelas que possuíam importância ímpar para o bom funcionamento da sociedade como um todo. Deve-se atentar, todavia, para o fato de que essa movimentação já vinha sendo realizada entre os Poderes clássicos de Montesquieu mesmo antes da década de 1990, em diferentes países. Portanto, o instituto das Agências Reguladoras Independentes não se trata de uma novidade normativa brasileira, tendo o país meramente o adaptado para sua realidade sociojurídica.

Nos anos 1990, então, após um período de decadência na economia do país, incentivado pelo momento político-econômico global, o Estado foi forçado a se desvincular, ainda que não completamente, de setores-chave da economia – setores nos quais, até então, a Administração

¹⁴ MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. **Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-565. p. 555. *apud* MASHAW, J. L. **Greed, chaos and governance**. New Haven: Yale University Press, 1997. caps. 5 e 6; Melo, M. A. **As agências regulatórias: gênese, desenho institucional e governança**. In: ABRUCIO, F.; LOUREIRO, M. R. (Orgs.). O Estado numa era de reformas: os anos FHC. Brasília: Seges-MP, 2002. p. 247-305; MUELLER, B.; PEREIRA, C. **Credibility and the design of regulatory agencies in Brazil**. Brazilian Journal of Political Economy, v. 22, n. 3, p. 65-88, Sept. 2002.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 59.

Pública detinha monopólio absoluto sobre, tais como serviços de prestação de energia em geral, telecomunicações e águas – que em muito dispndiam recursos orçamentários. Todavia, era necessário assegurar que tais serviços seriam prestados de maneira a atender os interesses da população.

Este foi, aliás, o objetivo da implantação das Agências Reguladoras Independentes, mesmo em economias bem estabelecidas, como a dos Estados Unidos.

Tomando a experiência norte-americana como exemplo, Gustavo Binenbojm¹⁶ torna a narrar o estado dos Estados Unidos da América na década de 1930, entendendo que as Agências seriam fruto de uma capacitação técnica superior – capacitação esta que faltaria no Legislativo para lidar com setores extremamente técnicos e importantes para o bom funcionamento de todo o Estado –, além de angariar melhoras em termos de celeridade na resposta estatal às diferentes mudanças nos setores da economia, auxiliando na regulação do mercado para que os desníveis fossem solucionados com a maior brevidade possível.

Inferese, neste sentido, que a motivação do implemento do instituto no Brasil tampouco se diferenciou, em linhas gerais, daquele apresentado sessenta anos antes do sistema sequer ser sugerido nas pautas do Congresso Nacional, posto que, como veremos a seguir, apesar dos Estados estarem em momentos temporais diferentes, a mesma problemática que assolou o país norte-americano na década de 1930, assolou o Estado brasileiro após a vitória do bloco capitalista sobre o comunista, na década de 1990.

Medidas precisaram ser tomadas com a maior brevidade possível e Aragão¹⁷ e Carvalho Filho¹⁸ entendem que o pontapé inicial na mudança de paradigma de um Estado primordialmente interventor para um Estado Regulador na seara nacional se deu através da

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006. p. 150.

¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 272.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 519.

implementação do Plano Nacional de Desestatização (conhecido, também, pela sigla PND), através da Lei n° 8.031, de 12 de abril de 1990 e leis subsequentes, que modificaram o plano em partes, até sua última alteração com a Lei n° 9.491, de 09 de setembro de 1997. O objetivo último da medida legislativa, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho, era reduzir a disparidade entre o *déficit* público e sua arrecadação, reduzindo gastos e aumentando a receita angariada pelos órgãos estatais¹⁹.

Posicionou-se, então, no sentido de se retirar da economia como atuante principal, privatizando grande parte das grandes corporações estatais para gerar receita aos cofres públicos e se desvincular das despesas formadas por essas mesmas empresas estatais.

O Governo Federal, para tanto, alienava direitos de governança²⁰ precipuamente de sua propriedade para essas entidades, fossem elas pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, de modo que os compradores passaram a deter poderes de decisão dentro de pessoas jurídicas que contavam – e contam até hoje – com um alto teor de importância no desenvolvimento humano da sociedade brasileira. Em contrapartida, o Estado passou a regular esses setores de maneira indireta, não mais como agente, mas como um ente, em tese, imparcial.

Entende José dos Santos Carvalho Filho que,

convertia-se o processo de descentralização por delegação legal, do qual resultavam as entidades da administração indireta, em descentralização por delegação negocial, já que as novas pessoas desempenhariam suas atividades através do sistema de concessão de serviços públicos.²¹

De fato, concordamos com a interpretação do douto doutrinador, vez que muitas empresas paraestatais, que contavam com capital misto entre público e privado, tornaram-se totalmente

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

²⁰ Tratam-se de direitos quanto a votos e a voz ativa em decisões-chave dessas empresas.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 512.

privadas, desvinculando-se do regramento jurídico pertencente às pessoas jurídicas de direito público para se vincular ao regramento jurídico caro às pessoas jurídicas de direito privado, mais brandos em vários sentidos, em especial em questões relativas ao trabalho e à captação de recursos privados²².

Carvalho Filho ainda aduz que o Estado tampouco poderia deixar o mercado se autorregular, tendo em vista o desastre econômico que trouxe à baila o modelo de Agências Reguladoras Independentes nos Estados Unidos, com o implemento conjunto do *New Deal*. Para tanto, a instituição de órgãos reguladores se mostrou imprescindível, especialmente com a sua exigência a partir da modificação dos artigos 21, XI e 177, §2º, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e partir das Emendas Constitucionais de nº 8/1995 e 9/1995 para que o Estado, em que pese estivesse se afastando dos setores como ator, regulasse o mercado, de modo a proteger o cidadão de eventuais abusos praticados pelos novos agentes econômicos²³.

De acordo com o art. 1º, da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, frente às dificuldades enfrentadas pelo Estado, os objetivos principais do Plano Nacional de Desestatização eram, dentre os mais importantes: a reorganização da posição estratégica do Estado na economia²⁴, a reestruturação econômica do setor público²⁵, a retomada de investimentos em empresas e

²² Regramento este mais rígido, que pressupõe a adequação ao Princípio da Legalidade em sua dimensão negativa. Isto é, tudo aquilo que a lei não permite expressamente que a Administração Pública faça, ou mesmo é omissa quanto à atuação do Executivo em dado assunto, é vedado ao Poder em questão, estando ele ligado diretamente ao *mandamus* do caput do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O viés do Princípio da Legalidade que atua sobre o indivíduo particular, seja ele pessoa jurídica ou natural, é o completo oposto àquele ao qual as pessoas jurídicas de direito público são subservientes, na medida em que tudo aquilo não vedado em lei pode ser efetuado por estes particulares. A título exemplificativo, há previsão, conforme se aduz do art. 425 do Código Civil Brasileiro de 2002 (também conhecido como Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), de que as partes podem firmar contratos que não estão previstos no *códex* civil – portanto, atípicos –, desde que observem as normas gerais fixadas pela norma.

É dizer, basicamente, que há uma liberalidade muito maior entre os particulares, na mesma medida em que essa liberdade é restrita quando se tratam de contratos firmados entre entes particulares e entidades que pertençam à Administração Pública Indireta, devendo se adequar a todo momento àquilo que a lei prescreve como possível. Ou seja, tudo que ultrapassar o que a lei permite será considerado ilegal e, portanto, nulo de direito.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 519.

²⁴ Isto é, a modificação do modelo de Estado Interventor para o modelo de Estado Regulador, ciente das necessidades socioeconômicas do país e atuante como árbitro, regulando as relações díspares em setores sensíveis.

²⁵ Através, principalmente, de medidas como a privatização de empresas públicas, como já aduzido, de modo que o Estado não mais fosse obrigado a lidar com os ônus, mas, em contrapartida, recebesse receita, oriunda de tributação – tributação esta vedada até então, na modalidade de impostos, pela imunidade tributária da qual

atividades que passarem à iniciativa privada²⁶, ampliando a competitividade do parque industrial brasileiro, além de concentrar os esforços da Administração Pública em setores de suma importância naquelas atividades em que a presença do Estado seja fundamental²⁷.

Carvalho Filho e Aragão são categóricos, com razão, em atrelar os objetivos do Plano supracitado à criação das Agências Reguladoras. Segundo o primeiro:

no processo de modernização do Estado, uma das medidas preconizadas pelo Governo foi a da criação de um grupo especial de autarquias a que se convencionou denominar de agências, cujo objetivo institucional consiste na função de controle de pessoas privadas incumbidas da prestação de serviços públicos, em regra sob a forma de concessão ou permissão, e também na de intervenção estatal no domínio econômico, quando necessário para evitar abusos nesse campo, perpetrados por pessoas da iniciativa privada.²⁸

Ora, a primeira autarquia especial criada pelo Governo Federal foi a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), instituída pela Lei n° 9.472, de 16 de julho de 1997, com o objetivo ímpar de organizar a exploração dos serviços de telecomunicações – serviços estes cuja atuação, até então, era delegada ao próprio Estado – disciplinando e fiscalizando a execução, a comercialização e o uso dos serviços pelos usuários. Demonstra-se, pois, que o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho é correto na medida em que o Estado passa a organizar as relações, evitando um vácuo institucional em serviços inerentes ao convívio em sociedade, como é o caso das telecomunicações, especialmente no mundo globalizado do final do século XX e início do século XXI.

entidades da Administração Pública Indireta gozam, consoante interpretação do art. 150, IV, “a” da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a expressa adequação da imunidade tributária a pessoas jurídicas de direito público que façam parte da Administração Pública Indireta, como é o caso das Autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

²⁶ Desde que houvesse controle do Estado sobre os setores.

²⁷ Nesse sentido, o Estado foi obrigado a escolher certos setores para manter seu papel como agente – muitas vezes por meio do sistema de monopólio, como é o caso da ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica de direito privado e natureza pública e essencial, em consonância com o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal.

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 518.

Preocupado justamente com abusos, o Estado atribuiu, de acordo com Carvalho Filho, a função de controlar a prestação e o exercício das atividades econômicas, além de poder intervir, através de sua regulação, na própria conduta das entidades que fizeram as vezes do ente estatal na prestação do serviço de interesse público, às Agências Reguladoras. Aduz o autor que, sem a intervenção estatal nesse sentido, há “o inevitável risco de que pessoas privadas pratiquem abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, provocando aumento arbitrário de seus lucros”^{29,30}. As Agências foram criadas, ademais, para não serem obrigadas a se submeter às políticas de Governo, mantendo políticas de Estado³¹. Seriam, portanto, estruturadas para contribuir com a estabilização do mercado e dar segurança jurídica na atração e manutenção de investimentos privados, sobretudo estrangeiros.

Além disso, Sérgio Guerra³² e Alexandre de Aragão³³ entenderam que a instauração das Agências Reguladoras Independentes também foi resultado de pressões externas ao Estado brasileiro, posto que investidores estrangeiros demonstraram interesse em investir no país, desde que implantado sistema inibidor de situações de insegurança jurídica e que acompanhasse, ao menos em tese, a rapidez com a qual a tecnologia se movimentava, o que, além de incentivar esses investimentos em setores-chave da economia brasileira, teria o condão de mantê-los no Estado, garantindo crescimento econômico.

A adoção da sistemática das Agências era interessante à época – e ainda é – como aduzido anteriormente, pela incapacidade do Legislativo em legislar com a quantidade de minúcia e

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 520.

³⁰ Em tempo, conforme será visto posteriormente, o abuso do poder econômico pelas entidades de direito privado não foi totalmente expurgado pela atuação das Agências Reguladoras, como se extrai do conceito da Teoria da Captura.

³¹ Políticas de Governo nada mais são do que a pauta pela qual o governo atual se elegeu em eleições democraticamente realizadas, podendo ser modificadas conforme o governante à frente do Executivo. Políticas de Estado, à sua vez, são semelhantes ao núcleo duro da governabilidade, não sendo aconselhável que sejam modificadas em pouco tempo, sob pena de gerar paralisia e insegurança jurídica nos institutos estatais. De acordo com Emiliano Brunet (2019), devem se dar por meio de mudanças sutis, comparando a modificação das políticas de Estado com a mudança de direção de um transatlântico, que não se dá com rapidez, mas tão somente com paciência, tempo e dedicação.

³² GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: entre governança e governabilidade**. Valor Econômico, v. 1, p. 1-a14, 2013.

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 273.

rapidez pretendida pelos agentes econômicos que intervêm na economia. Nesse sentido, Aragão considera que os:

Estados se transformam de sujeitos soberanos em atores estratégicos; exercem poder considerável, mas raramente o exercem de forma isolada dos processos supranacionais; e, para estimular a competitividade de suas economias, precisam se aliar com os interesses econômicos internacionais e serem bons moços na ordem internacional, enquanto rogam às suas sociedades que aguardem pacientemente pelos longínquos benefícios que advirão desta atitude; quanto mais triunfam no cenário internacional em parceria com os agentes da globalização, menos representam as suas bases políticas nacionais.³⁴

Binenbojm³⁵ aduz, aliás, que, nesse primeiro momento de adoção das Agências Reguladoras, o interesse do Legislador foi categórico em mantê-las independentes da captura política e ingerência do Judiciário – em que pese os atos das Agências estivessem, em sua grande maioria, sob a proteção dada aos atos discricionários –, assegurando benesses como a exoneração *ad nutum*, na qual o diretor da autarquia somente poderia ser desligado dos quadros dela quando seu mandato – por período fixado na lei de cada uma das autarquias – fosse encerrado³⁶, entendendo-se que há um período semelhante à quarentena aplicada a magistrados, no qual o dirigente da pessoa jurídica de direito público não poderia atuar no nicho do mercado que regulou por um certo período de tempo.

Gustavo Binenbojm narra que, passado este primeiro momento, e após a captação de investimentos – motivo pelo qual se buscou assegurar com tanta veemência a independência e autonomia das Agências Reguladoras –, os diferentes agentes políticos e econômicos buscaram relativizar essa independência e autonomia técnica, inserindo meios para que os atos praticados pelas autarquias pudessem passar por um crivo especial, fosse ele político ou jurídico. Entende o autor que, na base, os

³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 81.

³⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006. p. 153-154

³⁶ Infere-se, portanto, que a atuação das Agências Reguladoras Independentes se trata de uma Política de Estado, e não de Governo, posto que não se submete, ao menos *a priori*, aos mandamentos do Chefe do Poder Executivo, vez que seus dirigentes têm a autonomia e a segurança de terminarem seus mandatos, salvo por faltas previstas na própria lei de instituição das Agências.

focos principais de tensão gerados pela estrutura regulatória brasileira, e que reclamam maior aprofundamento em busca de soluções, são os seguintes: (I) a tensão com o princípio da legalidade, decorrente da adoção por diversas agências da tese da deslegalização e da banalização da edição de atos normativos; (II) a tensão com o sistema de separação de poderes e de freios e contrapesos, decorrente da fragilidade dos mecanismos políticos de controle do Presidente e do Congresso, e da timidez do próprio Judiciário no controle jurídico; (III) a tensão com o regime democrático, especialmente em decorrência da não sujeição dos administradores aos procedimentos de *accountability* eleitoral e da circunstância de estarem investidos em mandatos a termo, que ultrapassam os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos.³⁷

É dizer, basicamente, que as Agências Reguladoras devem respeitar a Pirâmide de Kelsen, na qual a norma editada pelo Legislativo a título de legislação não pode ser derogada por norma editada pela própria Agência Reguladora, cuja competência é infralegal. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668, estabeleceu-se, como tese majoritária do Supremo Tribunal Federal, que a ANATEL – e, por analogia, todas as outras Agências Reguladoras – não poderia contrariar *mandamus* da Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), sujeitando-se à lei. Entende-se, portanto, conforme o ponto de vista adotado por José dos Santos Carvalho Filho³⁸, que a competência das agências é semelhante àquela dos Estados e Municípios, capazes de legislar as especificidades daquilo que a União legislou em termos gerais, mas nunca em contrariedade com o texto mais abrangente, conforme se aduz nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 24 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Carvalho Filho considera que não há “transferência do poder legiferante a órgãos ou pessoas da Administração, mas tão somente o poder de estabelecer regulamentação sobre matéria de ordem técnica, que, por ser extremamente particularizada, não poderia mesmo estar disciplinada na lei”³⁹. Não entendendo desta forma, a própria legitimação das Agências Reguladoras seria ameaçada, posto que, no ordenamento jurídico brasileiro, não é permitido que norma infralegal derroque, ou mesmo ab-rogue, norma legal.

³⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006. p. 154.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 508.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 508.

Ademais, Meirelles e Oliva⁴⁰ destacam a preocupação do legislador em manter certo controle sobre as Agências Reguladoras após seu primeiro momento de instituição, estabelecendo em todas as suas leis instituidoras que suas diretorias deveriam ser constituídas tão somente por membros nomeados pelo Presidente da República – um agente democrática e eleitoralmente constituído –, podendo ele exercer certo controle sobre a governança das autarquias, desde que os membros fossem aprovados pelo Congresso Nacional. Todavia, em que pese o governo pudesse ser modificado enquanto os membros do conselho decisório das autarquias estavam atuando, não poderiam ser exonerados *ad nutum*, devendo terminar seu mandato, conforme o estabelecido na lei instituidora das instituições.

Considera-se, ainda, que o Legislativo jamais se mostrou avesso à ideia de delegar seus poderes às Agências Reguladoras, mas sempre existiu, em vários momentos, reticência por parte do Judiciário – conservadorismo compreensível, dadas as circunstâncias nas quais o instituto foi inserido, tanto na experiência norte-americana, quanto na experiência brasileira. Pelo contrário, o Poder Legislativo buscou – como único legitimado constitucionalmente para a questão –, a todo momento, através da edição de normas cada vez mais amplas e gerais, conferir ao Executivo mais liberdade de escolha entre as medidas disponíveis, em que pese hajam mecanismos de controle que possam aparar ilegalidades. Aragão ainda cita Chantebout, entendendo que o Legislativo abdicou do poder em favor do Executivo ao perceber a complexidade das normas que deveria editar com a pluralidade cada vez mais evidente da sociedade e das matérias caras a ela⁴¹.

Sérgio Guerra⁴² entende que a sociedade atual precisa de uma maior transparência, mesmo hoje, por conta da necessidade de uma atuação pública orientada, de modo que a população possa acompanhar os resultados aferidos por cada uma das instituições estatais – é este o motivo precípua de normas como a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que instaurou o Portal da Transparência, por exemplo.

⁴⁰ MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. **Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-565. p. 558.

⁴¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 70. *apud*. CHANTEBOUT, Bernard. **Droit Constitutionnel**. Ed. Armand Colin. Paris, 1996. 13ª ed., p. 306.

⁴² GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: entre governança e governabilidade**. Valor Econômico, v. 1, p. 1-a14, 2013.

1.2 Da definição e das particularidades das Agências Reguladoras Independentes na experiência brasileira

Pois bem, para que a experiência brasileira obtivesse o devido sucesso, foi necessário formular todo um arcabouço de garantias relacionadas à autonomia e independência das Agências Reguladoras Independentes, de modo que criassem ambiente propício para a captação de recursos estrangeiros na economia enfraquecida do país, como asseverado anteriormente.

Para tanto, o Legislador, valendo-se de princípios e institutos já existentes no Ordenamento Jurídico brasileiro, editou legislação que tinha o condão precípua de instituir e estabelecer regras que pudessem vincular a atuação das Agências, conferindo a elas tratamento jurídico semelhante àquele dado para as autarquias, pessoas jurídicas de direito público. Em contrapartida, as Agências foram concebidas, no Ordenamento Jurídico brasileiro, como uma espécie à parte, malgrado alguns doutrinadores não coadunem com a classificação⁴³.

Inicialmente, entretanto, deve-se entender do que se tratam as autarquias e quais são as suas espécies. Nesse sentido, Carvalho Filho⁴⁴ apresenta as definições e diferenciações de maneira clara e sucinta. Definições estas mais do que suficientes para a compreensão da natureza jurídica das Agências Reguladoras, enquanto inseridas no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Autarquias, de acordo com o conceito apresentado por Carvalho Filho⁴⁵, nada mais são do que pessoas jurídicas de direito público que fazem parte da Administração Pública Indireta

⁴³ A definição e classificação das Agências Reguladoras Independentes ainda encontra diversas críticas por doutrinadores, como Carvalho Filho, que entende ser desnecessária a desvinculação do instituto das autarquias *lato sensu*, uma vez que o que a torna diferente não passa de uma mera liberalidade por parte do Legislador, já que a *Carta Magna* não faria diferenciação dentre os tipos de autarquias. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 512.)

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 497.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 498.

(isto é, auxiliam a Administração Pública no cumprimento de suas atribuições típicas), instituídas por lei para o desempenho de funções típicas do ente estatal⁴⁶. O doutrinador entende, além disso, que não apresentam caráter econômico e tampouco são regradas pelo Código Civil, havendo regulamentação própria para a sua atuação em um regime mais rígido e regulamentado.

Carvalho Filho divide, a contragosto, as autarquias em três espécies: territoriais, institucionais e de controle (nesta última, dissentindo da opinião da doutrina majoritária sobre o assunto)⁴⁷.

De acordo com o autor, as autarquias territoriais seriam meros “desmembramentos geográficos em certos países, normalmente com regime unitário (ou de centralização política), aos quais o poder central outorga algumas prerrogativas de ordem política e administrativa, permitindo-lhes uma relativa liberdade de ação”⁴⁸. Em que pese atualmente inexistam autarquias territoriais no Estado brasileiro, os Territórios, tal como se prevê no art. 33 da Constituição Federal, são considerados autarquias territoriais, entendendo-se que não gozam da devida autonomia e tão somente executam algumas funções caras ao Estado, vez que o Poder central delegou a competência para elas.

Autarquias institucionais, à sua vez, são pessoas jurídicas com a incumbência de descentralizar a atuação estatal, instituindo certos objetivos e funções através de sua criação,

⁴⁶ De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, a própria vigência da lei já garante que as pessoas jurídicas de direito público sejam consideradas registradas, inexistindo necessidade de se registrar o ato de constituição em Junta Comercial ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (RCPJ) competente, vez que as autarquias públicas guardam relação com o Princípio da Legalidade.

Pelo mesmo motivo, a extinção das autarquias tão somente pode se dar por meio da edição de lei que tenha o condão de extinguir a pessoa jurídica de direito público. O doutrinador vai além, entendendo que se trata de “de irradiação do princípio da simetria das formas jurídicas, pelo qual a forma de nascimento dos institutos jurídicos deve ser a mesma para sua extinção”. Isto é, caso uma pessoa jurídica seja criada por meio de registro no órgão competente, sua extinção também deve ser averbada no registro, de modo que haja a devida publicidade dos atos, aferindo efeitos *erga omnes*. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 499-500.)

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 497.

⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 497.

conjunta à lei. O doutrinador entende que “trata-se de meras pessoas administrativas sem delegação política estatal, limitando-se, por isso, a perseguir os objetivos que lhes foram impostos”⁴⁹. O INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) é um bom exemplo de autarquia institucional.

Em contrapartida, autarquias de controle são, de acordo com o pensamento de Carvalho Filho, as Agências Reguladoras, que exercem “controle sobre entidades que prestam serviços públicos prestam serviços públicos ou atuam na área econômica por força de concessões e permissões de serviços públicos (descentralização por delegação negocial)”⁵⁰, contando com algumas benesses, se comparadas às outras espécies de autarquias, que se traduzem em um maior poder normativo técnico, uma autonomia decisória e econômico-financeira ampla, além de contar com uma maior independência administrativa.

Todavia, o doutrinador não concorda com a nomenclatura popularmente adotada pela doutrina majoritária, graças às disposições expressas em sede legal, de que se tratam de autarquias de regime especial. Entende o doutrinador que “o que resulta do quadro normativo constitucional é a total submissão de todas as autarquias aos lineamentos nele traçados, não havendo ensejo para admitir-se qualquer prerrogativa em favor de umas não extensivas a outras do mesmo gênero”⁵¹, prosseguindo ao destacar que inexistente novidade na definição do regime jurídico das autarquias especiais por intermédio de sua lei instituidora.

Desse modo, parece-nos (...) que a só circunstância de a autarquia ser agência controladora e ainda o fato de ter certa (e não total) independência normativa, decisória, administrativa e financeira não bastam para dar ensejo à criação de uma nova categoria de autarquias, ainda mais quando tais especificidades nada mais são do que a particularização legal do regime jurídico dessas entidades, o que não constitui qualquer novidade de realce no que concerne ao tema.⁵²

⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 497.

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 503.

⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 516.

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 516.

Com a devida vênia, não concordamos com a posição adotada pelo douto doutrinador, entendendo que as Agências Reguladoras, autarquias de direito público que contam com um regime especial, *possuem* diferentes aspectos e peculiaridades, que lhe dão acervo suficiente para uma desvinculação de meras autarquias institucionais.

Guerra⁵³ destaca a função reguladora do Estado como agente catalisador da importância das Agências Reguladoras, no sentido de se buscar o “equilíbrio e regularidade no funcionamento de um subsistema, mediante regras, em sua maioria, elaboradas com alto grau de tecnicidade e complexidade”^{54,55}. Entende-se, ademais, que os subsistemas aos quais as autarquias de regime especial estão ligadas estão interconectados intimamente, de modo que as decisões devem se dar com a maior cautela possível, sendo proporcionalmente céleres, de acordo com as necessidades mercadológicas e sociais. O doutrinador vai além, considerando que se deve ter como objetivo alcançar a “maior satisfação do interesse público substantivo com o menor sacrifício possível de outros interesses constitucionalmente protegidos e, secundariamente, com o menor dispêndio de recursos públicos”⁵⁶.

Para tanto, é necessário que haja uma maior autonomia delegada ao Administrador Público. No caso das Agências Reguladoras em específico, essa autonomia se revela nas garantias inerentes aos cargos de direção, protegendo-os da ingerência política até um certo ponto, de modo que possa tomar decisões racionais, evitando o risco de ser capturado politicamente por interesses conflitantes à decisão que deveria tomar após a análise sob o ponto de vista técnico-racional.

⁵³ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016. p. 205.

⁵⁴ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016. p. 205.

⁵⁵ Tratam-se de Políticas Públicas, em último caso, de modo que sejam incutidas com o menor grau possível de subjetivismo, em termos ideais, na busca por decisões técnicas e racionais.

⁵⁶ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016. p. 205.

E é justamente nesse ponto que se deve diferenciar atos vinculados de atos discricionários, posto que os atos discricionários são comuns e mesmo recomendáveis na atuação de autarquias de controle.

Atos vinculados, segundo a doutrina ventilada por Carvalho Filho⁵⁷ são considerados como aqueles em que o Administrador Público não tem opção, senão aplicar a decisão disposta em lei, estando a sua aplicação definida por completo na norma, que destrincha todos os procedimentos a serem desempenhados pelo Executivo, sob pena de serem considerados ilegais e impugnados por meio de Mandado de Segurança. Ao Administrador, inexistente liberdade de escolha, devendo cumprir, por completo, o *mandamus* instituído em lei. Sobre estes atos, ademais, o Poder Judiciário pode intervir, garantindo que a ordem seja estabelecida em caso de alguma falta do Poder Executivo.

Em contrapartida, há situações em que não é razoável esperar que o Legislador preveja todas as peculiaridades inerentes ao mundo do ser, em razão dos desdobramentos cada vez mais complexos da sociedade. Quando a lei não consegue estabelecer, passo-a-passo, cada um dos procedimentos a serem adotados pelo Administrador em uma dada situação, insere-se a possibilidade de valoração da conduta do agente, que deve avaliar parâmetros – estabelecidos pelo próprio Legislador para mitigar quaisquer ilegalidades – de conveniência e oportunidade, fundamentando-os para praticá-los. O doutrinador ainda dispõe que a liberdade conferida ao agente não pode se traduzir em desvio de finalidade, mantendo-se na direção que a lei busca como objetivo último⁵⁸.

O Judiciário, à sua vez, não pode julgar a decisão ministrada pelo Administrador Público nessa espécie de ato, desde que estejam de acordo com os parâmetros expostos na própria legislação, sob pena de haver invasão de funções e violação à própria Carta Magna na medida em que se desrespeitaria o Princípio da Independência dos Poderes, disposto no art. 2º da CRFB.

⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 55.

⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 53.

É necessário, portanto, que haja a conjunção de três elementos-chave para a configuração da discricionariedade que caracteriza os atos discricionários, de acordo com Germana de Oliveira Moraes, citada por Carvalho Filho: a) a existência de norma de previsão aberta que não tenha eficácia, senão com uma complementação para que a segurança jurídica seja assegurada; b) possibilidade de escolha, em consonância com os parâmetros da conveniência e oportunidade, conforme exigido em lei e c) a valoração e devida fundamentação quanto à decisão tomada, buscando sempre a que for mais benéfica ao objetivo de estabelecimento da norma⁵⁹.

Pois bem, Carvalho Filho também entende que as Agências Reguladoras contariam com discricionariedade técnica, empregando lógica específica da área regulada. Ainda que haja uma espécie de controle, de acordo com o doutrinador,

sempre poderá haver alguma margem eminentemente discricionária, particularmente quando presente o intuito de auxiliar a Administração quanto aos critérios de conveniência e oportunidade, não parecendo razoável o entendimento de que “nunca” haverá espaço para a discricionariedade.⁶⁰

Com efeito, Aragão entende que essas entidades passaram a exercer atividades de natureza normativa na medida em que particularizam o *mandamus* geral imposto pelo Legislativo⁶¹. Se não obtivessem este poder, as Agências Reguladoras perderiam sua função precípua de regular a economia de maneira ágil e técnica.

A autonomia delegada ao titular do corpo decisivo destas autarquias necessita de garantias que permitam que haja uma maior liberdade na tomada de decisões, ligadas não tão somente à natureza dos atos discricionários, mas também às prerrogativas de cargos de direção e

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 58. *apud*. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública** São Paulo: Dialética, 1999. p. 39.

⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 54-55.

⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 219-220.

mecanismos para assegurar a autonomia econômica e política das agências, evitando que se submeta à vontade fluida da sociedade.

Gustavo Binembojm trata do assunto ao analisar a tensão entre a tentativa do Governo novo em pressionar as Agências Reguladoras a adotarem medidas populares, mas que não seriam tecnicamente corretas ou mesmo recomendáveis, segundo a racionalidade própria do nicho mercadológico – o que afetaria a economia como um todo, posto que todos os setores estariam intrinsecamente ligados uns aos outros – e a decisão técnica, racionalmente adotada pelas Agências, cujos diretores tiveram seus mandatos estabelecidos por intermédio do Governo anterior⁶².

O autor destrincha, então, as quatro espécies de independência imprescindíveis para a devida configuração das autarquias de controle – ou Agências Reguladoras – e a sua importância para o estabelecimento de uma autarquia de controle que efetivamente controle o mercado, independentemente de vontade política por parte dos três poderes.

1) independência política dos dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Tal importa a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo Presidente. 2) independência técnica decisional, predominando as motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a recurso hierárquico impróprio. Tal importa a impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios e mesmo pelo Presidente. 3) independência normativa, necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle, e caracterizada, segundo parte da doutrina, pelo fenômeno da deslegalização. Para parte da literatura brasileira sobre regulação, por meio da deslegalização as agências passam a gozar de um amplo poder normativo, apto, inclusive, a revogar leis anteriores. 4) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada, por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela lei às agências.⁶³

⁶² BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006. p. 155.

⁶³ BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006. p. 153-154.

Irene Nohara considera que *ad nutum* é uma expressão latina que significa, em termos gerais, a dispensa de funcionário público não estável, que pertença a cargo comissionado⁶⁴. Cargos exoneráveis *ad nutum* não possuem, portanto, estabilidade, como a presente no caso de servidores públicos nomeados após concurso de provas e títulos, consoante *mandamus* legal. Gustavo Binenbojm entende que os dirigentes de Agências Reguladoras – autarquias especiais – não podem ser exonerados desta forma, já que, ainda que sejam nomeados pelo Presidente da República em um cargo de confiança, há um mandato definido para sua atuação, não podendo ser exonerados antes que o termo chegue ao seu fim, salvo casos em que a lei instituidora da própria Agência Reguladora estabeleça como motivo para a devida exoneração dos cargos decisórios⁶⁵.

Quanto à independência decisional, retoma-se a discussão acerca dos atos discricionários perpetrados pelo Administrador Público, com o adendo de que se veda ao próprio Executivo a intervenção de órgãos políticos (ou mesmo pelo Presidente da República) nas decisões tomadas por parte do Conselho Diretor das Agências Reguladoras. Mesmo o Judiciário não pode intervir no *decisum*, somente podendo analisar questões relativas à legalidade do ato. A exposição da fundamentação, respeitados os parâmetros de conveniência e oportunidade, não sofre, portanto, ingerência, seja ela política ou jurídica, salvo a procedimental.

Carvalho Filho vai além, entendendo que a autonomia decisória – que nada mais é do que a independência decisional tratada por Binenbojm – abarca os conflitos “surgidos no âmbito de concessionários, permissionários ou outras sociedades empresariais entre si (todas evidentemente sob seu controle), como também aqueles decorrentes da relação entre tais pessoas e os usuários dos serviços e atividades por elas executados”⁶⁶, encontrando uma solução em si mesma e se exaurindo dentro da própria Agência Reguladora sem a necessária intervenção de órgãos externos, sob pena de se configurar Recurso Impróprio ao Ministério vinculado ou mesmo ao próprio Presidente da República, cuja prática é vedada em casos como este.

⁶⁴ NOHARA, Irene. *Ad nutum*. 12 Abr. 2011. Disponível em: < <https://direitoadm.com.br/35-ad-nutum/>>. Acesso em 30 Mai. 2019.

⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006. p. 153-154.

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 508-509.

A independência normativa, à sua vez, relaciona-se intimamente com o nicho específico da área regulada e todas as particularidades que o Legislador não tem capacidade de antever, como tratado anteriormente. Nesse sentido, o Legislativo edita normas gerais, que conferem ao Executivo uma gama mais ampla de posições e decisões a serem tomadas, estabelecendo, ele próprio, regras a serem seguidas de acordo com os critérios supracitados da conveniência e oportunidade, baseando-se em uma análise racional e técnica da questão. Esta é, ademais, questão que vem sendo discutida com algum afinco na atualidade frente aos diferentes nichos, cada qual contando com as próprias regras em uma sociedade cada vez mais complexa. Em que pese o Legislador emita, cada vez mais, normas para regulamentar o convívio social, não consegue regular todos os setores, sendo necessário que o Executivo também edite normas – infralegais, porém legalmente exigíveis da mesma forma –, vez que o próprio Legislativo o concedeu as prerrogativas necessárias, ainda que o Judiciário não compreenda o fenômeno com tanto otimismo.

Carvalho Filho concorda com o entendimento de Binbenojm neste ponto, entendendo que não basta tão somente complementar a lei, mas editar normas técnicas que a legislação não tenha regulamentado, inovando o ordenamento jurídico com normas técnicas e particulares, o que confere às Agências Reguladoras o poder regulador⁶⁷. Não entendemos, todavia, que a edição de normas pelas Agências Reguladoras tenha o condão de derogar, ou mesmo revogar, normas legais editadas pelo Legislativo, único Poder constituído capaz de fazê-lo.

As independências gerencial, orçamentária e financeira, à sua vez, são formas de se assegurar que as Agências Reguladoras terão liberdade e um orçamento próprio para regularem a si próprias, independentemente da vontade do Governo democraticamente eleito, evitando-se a Captura Política e as negociações paralelas. Deste modo, elas não se submeteriam à vontade do Governo em questão, preterindo a decisão racional, ainda que impopular, àquela que a alta cúpula do Executivo (isto é, em termos gerais, do Chefe do Executivo e seus Ministérios) entende ser a melhor no momento.

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 62.

Fernanda Meirelles e Rafael Oliva, à sua vez, destoam do entendimento de Gustavo Binenbojm, vez que, no Brasil, os recursos direcionados às Agências Reguladoras vêm diretamente da receita do orçamento geral da União e também se tornam um objeto de controle político das Agências, podendo ser cortados mediante interesse do Ministério do Planejamento⁶⁸.

Pois bem, a regulação aferida pelas Agências Reguladoras também varia em nível de intensidade de acordo com o setor da economia e convívio social em que atua. Guerra considera que sua abrangência e intensidade devem levar em consideração a atividade exercida⁶⁹.

Nos casos em que a regulação incidir sobre a prestação de serviços públicos, a que se refere o art. 175 da Constituição Federal, sob um regime jurídico diferenciado (tarifa, bens, intervenção, caducidade, etc.), a regulação deverá ser forte, intensa. Tem-se como exemplo os serviços públicos de telecomunicações, energia elétrica, distribuição de gás canalizado, transporte, radiodifusão sonora e imagem etc. (...) Por fim, caso a regulação incida sobre atividade que não seja de titularidade estatal, mas possa impactar serviços de utilidade pública prestados à sociedade, de modo que tenham que ser permanentemente adaptados, o nível de regulação deve ser médio (art. 174 da Constituição Federal). A regulação nesse nível e intensidade sobre certas atividades econômicas pode ser representada na telefonia celular, saúde suplementar, TV a cabo, determinadas atividades portuárias, etc.⁷⁰

Carlos Ari Sunfeld, citado por Binenbojm⁷¹ também entende que é difícil chegar a um ponto comum para estabelecer qual o limite para a regulação estatal, mas considera que o Legislativo deve fixar alguns parâmetros – tal como fixou ao estabelecer os critérios de conveniência e oportunidade para a decisão entre os atos discricionários – que devem servir como orientação para as Agências Reguladoras e que serão considerados mecanismos de avaliação do cumprimento dos objetivos exarados pelas autarquias ao analisa-los em Comissões

⁶⁸ MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. **Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-565. p. 559.

⁶⁹ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016. p. 207-208.

⁷⁰ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016. p. 207-208.

⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006. p. 160. *apud*. SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. /n SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 29.

estabelecidas no próprio Legislativo. Neste ponto, Aragão⁷² ressalta a legitimação do Legislativo no momento de interferência nas Agências Reguladoras, posto que foi o Legislador quem as criou. Entende-se que ele tem poderes para criá-las, alterá-las ou mesmo extingui-las, então é cediço afirmar que também teria atribuição, pelo argumento do “quem pode mais, pode menos” em verificar questões quanto à intensidade de sua regulação nos diferentes nichos da economia e vida em sociedade.

1.3 Da definição dos serviços de *streaming* e *video-on-demand* (VODs) e sua relação com a regulação estatal através da ANCINE e ANATEL

Conforme já estabelecido, há, atualmente, um ritmo muito mais acelerado de mudanças em meios de tecnologia, economia e necessidades dos indivíduos. O Legislador, à sua vez, não consegue caminhar com paridade ante estas mudanças, delegando a sua regulação ao Executivo através das Agências Reguladoras, que passam a gozar da atribuição de regular mercados que, há dez anos, sequer existiam.

Sérgio Guerra destaca que

a demanda digital renova modelos tradicionais de prestação de serviços públicos e exercício de atividades econômicas, trazendo certa dificuldade para a atuação do Estado frente aos novos desafios (tecnologias, tecnicidade e inovação). Isso leva à necessidade de uma regulação assimétrica frente novos serviços “concorrentes” com a perda de espaço para os serviços públicos clássicos (Uber etc.), fato esse, caso não equacionado, gerará desestímulo para as parcerias público-privadas. Por isso a importância da evolução do direito administrativo e da regulação, de modo que acople novas funções, categorias e instrumentos de ação estatal.⁷³

⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 566.

⁷³ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016. p. 211.

Aragão⁷⁴ concorda com Guerra, destacando a problemática da relativização dos limites da geografia física dos Estados frente à Globalização e à transnacionalidade das empresas que prestam serviços como os aferidos no presente artigo, pondo a própria regulação em xeque.

Nesse sentido, impende destacar a definição do serviço de *video-on-demand* (VOD) e sua devida diferenciação do termo serviço de *streaming*, posto que se tende a confundi-los, olvidando-se da técnica.

Inicialmente, a Análise de Impacto Regulatório da ANCINE asseverou que os

negócios de VoD são objeto de licenciamento especial dos conteúdos, que não se confunde e não esgota o comércio realizado em outros segmentos, destacadamente nos mais próximos e mais afetados por sua concorrência, a TV por assinatura e o vídeo doméstico. Em ambas as situações, não se pode falar de substituíbilidade perfeita, nem mesmo como projeção em prazos mais longos. Ou seja: a perspectiva mais razoável para a estrutura do mercado audiovisual é a convivência de todos esses segmentos, a despeito de eventuais reflexos no seu desenvolvimento e da redução de sua importância.⁷⁵

Video-on-Demand (também conhecido pela sigla VOD, que significa, em português, vídeo sob demanda) se trata de um serviço no qual o consumidor – ou espectador, usuário – tem a condição de escolher o quê e quando assistir a partir de um catálogo de vídeos, geralmente amplo, sem que haja interrupção incômoda de comerciais ou quaisquer outras informações indesejadas por parte da plataforma utilizada, podendo, inclusive, revisitar o conteúdo ao seu

⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 83.

⁷⁵ ANCINE – Agência Nacional do Cinema. **Vídeo sob demanda: análise de impacto regulatório**. Disponível em: <https://ancine.gov.br/sites/default/files/AIR_VoD_versao_final_PUBLICA_12.08.2019-editado-páginas-excluídas-mesclado-páginas-excluídas.pdf>. Acesso em 24 out. 2019. p. 8.

bel prazer⁷⁶. Oliveira ainda destaca a possibilidade de o usuário baixar o conteúdo, o que o diferencia dos serviços de *streaming*⁷⁷.

Streaming, à sua vez, é um termo oriundo da língua inglesa, que significa corrente de água, termo que pressupõe um fluxo contínuo de dados através da rede de *internet*. Gomes⁷⁸ entende que, no momento em que o usuário seleciona dado conteúdo, ele é transmitido por *streaming*, em um fluxo contínuo de dados, de modo que a transmissão seja contínua, sem interrupções – isto é, a depender da velocidade contratada com o serviço de banda larga do consumidor, que também pode variar.

De modo geral, concordam Oliveira⁷⁹ e Gomes⁸⁰ que todos os serviços *on-demand* (sejam eles no formato de vídeo ou áudio) são transmitidos por meio do *streaming*, mas nem todos os conteúdos disponibilizados por *streaming* estão disponíveis *on-demand* (isto é, não dão a possibilidade de o usuário baixa-lo para assisti-lo em outro momento).

De acordo com Gomes⁸¹, a preferência por serviços do tipo está intimamente ligada ao *modus operandi* no qual a sociedade se insere na atualidade, vez que não há tempo a perder. Permitir que o consumidor final possa escolher o quê, quando e por quanto tempo assistir a

⁷⁶ De acordo com Análise de Impacto Regulatório, publicado pela ANCINE, pode-se ainda definir o serviço de acordo com as seguintes características: “(a) um serviço de comunicação audiovisual, (b) prestado por provedores, diretamente ou com a mediação de plataformas de internet ou empacotadoras de televisão, (c) baseado na oferta e transmissão não linear (d) de conteúdos audiovisuais avulsos ou agregados em catálogo, (e) para fruição do público em geral, (f) por meio de redes de comunicação eletrônica, dedicadas ou não; serviço que (g) possui finalidade comercial, remunerado pelo usuário, por meio de compras avulsas ou assinaturas, e/ou por anúncios publicitários; e que (h) implica algum nível de responsabilidade editorial do provedor pela seleção, licenciamento, organização e exposição dos conteúdos.

(ANCINE – Agência Nacional do Cinema. **Vídeo sob demanda: análise de impacto regulatório**. Disponível em: <https://ancine.gov.br/sites/default/files/AIR_VoD_versao_final_PUBLICA_12.08.2019-editado-páginas-excluídas-mesclado-páginas-excluídas.pdf>. Acesso em 24 out. 2019.)

⁷⁷ OLIVEIRA, Silas. **Afinal, o que é streaming on-demand?** 16 Jan. 2018. Disponível em: <<https://www.olivetreefilmes.com.br/blog/afinal-o-que-e-streaming-on-demand/>>. Acesso em 29 Mai. 2019.

⁷⁸ GOMES, Débora. **Veja o que é vídeo on demand e como esse mercado está nos impactando!** 30 Out. 2018. Disponível em: <<https://sambatech.com/blog/insights/video-on-demand/>>. Acesso em 29 Mai. 2019.

⁷⁹ OLIVEIRA, Silas. **Afinal, o que é streaming on-demand?** 16 Jan. 2018. Disponível em: <<https://www.olivetreefilmes.com.br/blog/afinal-o-que-e-streaming-on-demand/>>. Acesso em 29 Mai. 2019.

⁸⁰ GOMES, Débora. **Veja o que é vídeo on demand e como esse mercado está nos impactando!** 30 Out. 2018. Disponível em: <<https://sambatech.com/blog/insights/video-on-demand/>>. Acesso em 29 Mai. 2019.

⁸¹ GOMES, Débora. **Veja o que é vídeo on demand e como esse mercado está nos impactando!** 30 Out. 2018. Disponível em: <<https://sambatech.com/blog/insights/video-on-demand/>>. Acesso em 29 Mai. 2019.

dado programa, não se submetendo à grade fixa de canais de televisão, sejam eles pagos ou abertos, é um dos principais atrativos do nicho mercadológico. Essa movimentação, ademais, não só abarca o mercado do entretenimento, com plataformas como a *Netflix*, *Spotify*, *Amazon Prime* e *HBO Go*, perpassando o modo de distribuição de conteúdo para o mercado da educação, também, na medida em que já existem, na atualidade, empresas que oferecem cursos *online* para os mais diversos objetivos, como a plataforma do Descomplica, personalizando a experiência ao gosto do consumidor.

Abreu assevera que existem três relações contratuais no serviço: o contrato entre usuário e a empresa prestadora dos serviços de *streaming* e *video-on-demand*, o contrato de *internet* do indivíduo com a prestadora de serviços de banda larga e a relação entre a empresa e o contrato de *internet*⁸².

Débora Gomes prossegue em sua análise, citando a pesquisa feita pela *Video Viewers*, da Google, na qual se atestou que, de 2014 a 2018, o consumo de vídeos pela *internet* cresceu 135%, na medida em que o consumo de vídeos pela televisão exibiu um crescimento apático de 13%⁸³. A mudança de comportamento da sociedade, bem como o maior acesso à *internet*, obrigou operadoras de televisão a investirem em um mercado ainda não regulado pelo Direito brasileiro – mesmo que haja propostas, a serem tratadas em momento oportuno –, de modo a captar e evitar a perda de consumidores.

Conforme se aduz das lições prestadas por Aragão⁸⁴, o nicho mercadológico não deve continuar sem uma regulação, devendo o Estado estabelecer normas que tenham o condão de gerar critérios para a atuação dos diferentes agentes, criando e optando por regras mais brandas ou rígidas, de acordo com o impacto do setor no mercado e nas relações sociais dos indivíduos.

⁸² ABREU, Miguel Tadeu Bertanha de. **Análise da Natureza Jurídica do Serviço On-demand Sob a Perspectiva da Incidência Tributária**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: < <https://miguelbertanha.jusbrasil.com.br/artigos/584968040/analise-da-natureza-juridica-do-servico-on-demand-sob-a-perspectiva-da-incidencia-tributaria> >. Acesso em: 24, out. 2019.

⁸³ GOMES, Débora. **Veja o que é vídeo on demand e como esse mercado está nos impactando!** 30 Out. 2018. Disponível em: < <https://sambatech.com/blog/insights/video-on-demand/> >. Acesso em 29 Mai. 2019.

⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 66.

É nessa seara que o estudo das Agências Reguladoras – mais especificamente da ANCINE e ANATEL – se mostra imprescindível, bem como a sua atuação e impacto em um mercado que, apesar de novo, já demonstra poderio frente às formas tradicionais de distribuição de conteúdo.

Ao regular a quantidade de dados que cada consumidor pode utilizar, por exemplo, a ANATEL afeta diretamente empresas cujo modelo de negócio depende, precipuamente, da transmissão e coleta de dados. A ANCINE, à sua vez, atua diretamente sobre o fomento, a regulação e a fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica. Então, a partir do momento em que uma plataforma de *video-on-demand* adentra no mercado brasileiro, por exemplo, a ANCINE passaria, em tese, a regular a quantidade mínima de conteúdos oriundos do Brasil, fomentando investimentos na indústria cinematográfica brasileira, vez que essas plataformas serão obrigadas a atender os requisitos exigidos pela Agência Reguladora, sob pena das devidas sanções, conforme a falta cometida.

2 DO MARCO CIVIL DA *INTERNET* (MCI) NO BRASIL E DA SUA IMPORTÂNCIA PARA A REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE *STREAMING* E *VIDEO-ON-DEMAND*

2.1 Noções introdutórias sobre o Marco Civil da *Internet* (MCI)

A *internet* é definida, por Ricardo Lorenzetti, como uma “rede aberta, interativa, internacional, dotada de múltiplos operadores, descentralizada, regulada a partir do costume, acelerada perante o tempo histórico e favorável a uma economia baseada na informação, que reduz drasticamente os custos de transação”⁸⁵. Para tanto, existem peculiaridades sobre seu funcionamento que exigem o uso de técnicas e conceitos que se adequem à sua realidade.

Juliano Madalena entende que o sistema ideal de regulação deste – nem tão – novo espaço deve proteger o sujeito de direitos e a estrutura digital de comunicação (o que o autor afirma denominarmos como *internet*)⁸⁶. Antônia Espíndola Longoni Klee vai além, entendendo haver

necessidade de transposição e adaptação de conceitos e, no que couber, de adequação da legislação já existente, a ser complementada pela regulamentação específica dos aspectos inovadores da rede mundial de computadores, numa perspectiva civil-constitucional, segundo o princípio da proibição do retrocesso (ou da não regressão), recepcionado implicitamente pela Constituição da República de 1988.⁸⁷

Neste momento, torna-se imprescindível estudar os institutos interessantes à questão abordada até então. Dada a expansão exponencial da *internet* e a necessidade de se regular as relações travadas neste novo espaço imaterial, o Marco Civil da *Internet* (Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014), popularmente conhecido como MCI, entrou em vigor decorridos sessenta dias de sua publicação original, conforme se depreende de seu artigo 32⁸⁸.

⁸⁵ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. Tradução por Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26.

⁸⁶ MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da internet**: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. **Direito digital: direito privado e internet**. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205. p. 188.

⁸⁷ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos**: algumas reflexões. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. **Direito digital: direito privado e internet**. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 15, p. 311-348. p. 313-314.

⁸⁸ Art. 32. Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial.

De acordo com Alan Moreira Lopes, a lei ora analisada teve ampla participação popular, seu projeto disponível para consulta e participação pública em diferentes estágios do processo legislativo⁸⁹. Nesta toada, é considerada uma “lei ímpar no que se refere à construção colaborativa popular”⁹⁰.

Ainda, o Marco Civil da *Internet* pode ser entendido como o núcleo

do chamado microssistema da proteção ao consumidor usuário de serviços de *Internet* no Brasil, devendo ser lida em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e a Constituição da República, além da recente lei geral de proteção de dados pessoais (Lei nº 13.709/18), que o complementou e trouxe alterações em seu texto.⁹¹

Para receber este *status*, a Lei nº 12.965/14 angaria, em seus trinta e dois artigos, uma coleção vasta de princípios e definições, além de direitos e deveres, que merecem ser lidos à luz do ordenamento jurídico pátrio, em especial o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ora, os serviços de *streaming* e *video-on-demand* e sua respectiva regulação, objetos específicos deste trabalho, careciam de uma compreensão e regulação baseada na legislação, e não tão somente pelo Poder Executivo, compreensão esta que foi facilitada pela vigência dos diplomas supracitados, em que pese ainda haja margem para melhoras.

⁸⁹ LOPES, Alan Moreira. **Lei 12.965, de 23.04.2014** – Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (Marco Civil da Internet). In: _____. Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, *mobile law* e segurança digital. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.1, p.13-112. p. 14.

⁹⁰ LOPES, Alan Moreira. **Lei 12.965, de 23.04.2014** – Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (Marco Civil da Internet). In: _____. Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, *mobile law* e segurança digital. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.1, p.13-112. p. 14.

⁹¹ LONGHI, João Victor Rozatti. **Marco Civil da Internet no Brasil: breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Direito digital: direito privado e internet. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 6, p. 123-154. p. 123

2.2 Dos princípios que norteiam o Marco Civil da *Internet*

No bojo do artigo 3º da Lei nº 12.965/14⁹², estão presentes os princípios norteadores da *internet*, bem como a sua regulação e objetivos. São eles: garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento⁹³, proteção da privacidade⁹⁴, proteção dos dados pessoais, preservação e garantia da neutralidade de rede, preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, preservação da natureza participativa da rede e liberdade dos modelos de negócios promovidos na *internet*. Ressalte-se, nesta oportunidade, que estes princípios devem ser interpretados consoante os direitos já adquiridos pelo usuário na ocasião do artigo 7º da mesma lei.

2.2.1 Dos princípios da liberdade de expressão, da proteção da privacidade e dos dados pessoais do usuário e da responsabilização dos agentes

O primeiro dos princípios trata, por suposto, da garantia da liberdade de expressão do cidadão, direito este também defendido na própria Carta Magna, no bojo dos incisos IV e IX de seu artigo 5º⁹⁵. Reitera-se que este direito não é absoluto, sendo vedado o anonimato, de modo que o exercício do direito de um indivíduo não fira a liberdade de outro indivíduo.

⁹² Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na *internet*, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

⁹³ A manifestação do pensamento é livre, de acordo com o inciso IV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, desde que haja a vedação do anonimato e se sopesem os direitos fundamentais prescritos aos cidadãos, de modo que o uso de um direito não prejudique a fruição do direito de outrem.

⁹⁴ Esta, regulada em matéria cibernética pela Lei nº 13.709/18.

⁹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Dito isso, protege-se, também, a privacidade do indivíduo que utiliza a *internet*, bem como seus dados pessoais, de modo que informações sensíveis sobre sua vida não sejam compartilhadas em detrimento de sua vontade. Os incisos II e III do artigo 3º foram, eventualmente, regulados pela Lei nº 13.709/2018, que buscou regulamentar o regramento para a proteção dos dados do indivíduo que trafega na rede.

2.2.2 Dos princípios da neutralidade e da preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede

O princípio da neutralidade da rede será analisado com mais dedicação em tópico posterior, mas, no momento em que protege a neutralidade da rede, garantida pelo inciso IV do artigo 3º da lei sob análise, o Marco Civil da *Internet* estabelece, como princípio norteador, a impossibilidade das provedoras de rede⁹⁶ em preterirem uma espécie de uso da rede em desfavor de outra.

Acerca da garantia da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, entende-se que o indivíduo terá acesso aos serviços contratados, salvo por ocasião de falha do consumidor em adimplir com o valor contratado em troca dos serviços prestados, conforme se depreende do inciso IV do artigo 7º da lei sob análise⁹⁷.

Por ocasião de eventuais danos, materiais ou morais, contra o usuário, é assegurada, também, a reparação do mal perpetrado em desfavor deste, sendo necessária a leitura deste

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

⁹⁶ Tais podem ser exemplificadas como a Claro, Vivo, Tim, etc.

⁹⁷ Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

dispositivo em paridade com os artigos 186⁹⁸, 187⁹⁹ e 927¹⁰⁰ do Código Civil brasileiro, bem como aos dispositivos presentes no Código de Defesa do Consumidor, caso haja relação entre consumidor e fornecedor no contrato firmado entre as partes. Neste sentido, chama-se atenção ao dispositivo presente no inciso VI do artigo 7º da lei sob análise, onde se estabelece a necessidade de haver informações claras e precisas sobre a relação entre as partes, haja vista a hipossuficiência do consumidor frente ao fornecedor. O inciso vai além, entendendo ser imprescindível a discriminação de todo o “regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de *internet*, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade”¹⁰¹.

2.2.3 Dos princípios da preservação da natureza participativa da rede e da liberdade dos modelos de negócio promovidos na *internet*

Como princípio, prioriza-se, também, a preservação da natureza participativa da rede, estabelecendo esta como um ambiente democrático onde todas as vozes poderão ser ouvidas. Juliano Madalena entende que uma das características da *internet* permitem a

não rivalidade dos objetos virtuais, que possibilita a circulação e transferência pelo controle da sociedade virtual. Uma vez na *internet*, a informação transforma-se em combustível para a constituição social de seus usuários. Desse modo, uma informação (música, vídeo, texto e etc.) publicada poderá, ou não, ser replicada pelos usuários incontáveis vezes. Ao ser replicada, a informação estará em diversos lugares, sendo todas suas versões autênticas. Não haverá a escassez da informação, pois a não

⁹⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁹⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁰⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁰¹ Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

rivalidade não excluirá do usuário o texto lido, a imagem visualizada ou a música escutada.¹⁰²

Por último, estabelece-se como princípio a liberdade dos modelos de negócios promovidos no espaço imaterial da *internet*, desde que estejam em consonância com os princípios anteriormente postos e com o disposto pela Carta Magna. Este princípio, por sua importância para o estudo em questão, será analisado mais detidamente em tópico posterior.

Neste momento, destaca-se que os negócios virtuais muitas vezes são fruto de novíssimas espécies de contratos, que não seriam possíveis senão no espaço em questão e, hodiernamente, não dialogam de maneira correta com os institutos já presentes na seara do direito pátrio. Antônia Klee advoga pela tese de que os conceitos tradicionais devem ser adaptados à nova realidade, entendendo que

Ao jurista cabe, por um lado, empreender a releitura do sistema vigente, aprofundando a análise dos valores e dos princípios inscritos no cerne dos conceitos tradicionais, lançando mão de uma interpretação à luz da Constituição, estando sempre atento aos novos desafios; por outro, ser o mediador entre os interesses múltiplos, às vezes contraditórios, que a utilização da tecnologia gera diante das distintas categorias de atores, sejam eles fornecedores ou consumidores.¹⁰³

Juliano Madalena é categórico ao destacar que

Em nossa busca de entender o processo de mutação dos gatos e adaptação do direito, é imperioso conhecer as particularidades que a *internet* ostenta. O equívoco em aplicar

¹⁰² MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da internet**: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205. p. 186.

¹⁰³ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos**: algumas reflexões. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 15, p. 311-348. p. 342.

o sistema jurídico na realidade da *internet* tem como início a desconsideração de suas características.¹⁰⁴

Segundo o doutrinador, é necessário que se estabeleça uma doutrina – ou, no momento, ao menos uma base de doutrina – do direito digital, através das particularidades que se exprimem da experiência virtual, e não meramente uma importação de conceitos e institutos já existentes no direito, que não se encaixam na realidade fora da seara imaterial da *internet*¹⁰⁵, como a criação da nova modalidade contratual de *web hosting*¹⁰⁶.

Antônia Espíndola Longoni Klee afirma que “o direito não pode ficar atrelado a dogmas inertes que se adequavam a um determinado período histórico e a uma ordem econômica, política e social específica”¹⁰⁷ e é cediço destacar que a autora está correta em entender desta forma, vez que o direito reflete, através de sua formatação e dispositivos, a vontade da sociedade em dado período. A autora vai além, afirmando que o fenômeno que estamos vivendo pode ser exemplificado pela

multiplicação dos contratos, observada na celebração de contratos de adesão, por telefone, por meio da informática – o contrato celebrado pela *internet*, inclusive –, os contratos internacionais e os contratos de consumo mostram que a maneira de se pensar o direito no século XXI deve-se transformar para, mais forte e completa, tornar-se ferramenta eficaz no trato das relações jurídicas que estão sendo estabelecidas na *internet*.¹⁰⁸

¹⁰⁴ MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da internet**: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205. p. 184.

¹⁰⁵ MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da internet**: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205. p. 184.

¹⁰⁶ “Nesse modelo contratual, tipicamente da internet, uma empresa fornece espaço para a hospedagem de arquivos, principalmente web sites, no mercado”. (MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da internet**: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205. p. 191.)

¹⁰⁷ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos**: algumas reflexões. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 15, p. 311-348. p. 341.

¹⁰⁸ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos**: algumas reflexões. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 15, p. 311-348. p. 341.

2.3 Do Princípio da Neutralidade e sua importância para o nicho econômico relativo aos serviços de *streaming* e *video-on-demand*.

Pois bem, situado no inciso IV do artigo 3º do Marco Civil da *Internet*, o princípio da neutralidade traz, em seu bojo, discussões interessantes acerca do uso dos serviços da *internet*, vez que se estabelece, por ocasião de seu dispositivo, o impedimento das provedoras em oferecerem serviços diferenciados com base no uso do usuário. O artigo, por sua vez, é complementado pela incidência do artigo 9º da Lei nº 12.965/2014¹⁰⁹, que regulamenta o uso do princípio basilar.

Tim Wu, citado por João Victor Rozatti Longhi, entende que

O ideal de neutralidade anuncia uma rede que trata da mesma forma tudo que transporta, indiferente a natureza do conteúdo ou a identidade do usuário. No mesmo espírito do princípio fim o princípio da neutralidade garante que é melhor deixar aos “fins” da rede as decisões quanto ao uso do meio, e não aos veículos de informação.¹¹⁰

¹⁰⁹ Art. 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.

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e

II - priorização de serviços de emergência.

§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no caput deve:

I - abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e

IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

§ 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo.

¹¹⁰ LONGHI, João Victor Rozatti. **Marco Civil da Internet no Brasil**: breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 6, p. 123-154. p. 124 *apud* WU, Tim. **Impérios da comunicação. Do telefone à internet, da AT&T ao Google**. Tradução da obra: *The masterswitch: the rise and fall of information empires* por Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 244.

Isto é, trata-se de uma rede que privilegia a não discriminação de seu uso, independente de qual seja ele. Impede-se, desta maneira, que as provedoras de rede influenciem na utilização da ferramenta, prejudicando os usuários contratantes do serviço.

De acordo com João Victor Lozatti Longhi, a legislação sob análise também busca diminuir ao máximo as práticas de vigilância, “disciplinando a questão do registro e disponibilização de dados referentes à conexão e acesso a aplicações da *Internet*, constituindo ponto de partida à atual legislação específica sobre o tema, a lei geral de proteção de dados pessoais (lei nº 13.709/18)”¹¹¹.

Segundo Tarcísio Teixeira, o acesso à *internet* é assegurado, independentemente da finalidade que o usuário emprega no uso da rede. O autor exemplifica algumas atividades, dentre as quais se destacam compras *online* (geralmente estabelecendo-se através de contratos de adesão), disponibilização de conteúdo *online*, a ser visto pelo usuário (como é o caso das operadoras de serviço de *streaming* e *video-on-demand*), leitura de *e-mails*, dentre tantas outras atividades afins¹¹².

Segundo Juliano Madalena, a neutralidade está intimamente ligada ao Direito do Consumidor com relação a contratação de serviços de conexão à *internet*, entendendo que “presente a relação de consumo, haverá a incidência do CDC acerca do tratamento não discriminatório dos dados que trafegam na conexão objeto do contrato”¹¹³. Extrai-se de sua compreensão que o artigo 9º da lei sob análise expande este direito, presente na relação entre provedora e consumidor, para todos os usuários da rede.

¹¹¹ LONGHI, João Victor Rozatti. **Marco Civil da Internet no Brasil**: breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 6, p. 123-154. p. 127.

¹¹² TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 2 ed. atual. e apl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 174.

¹¹³ MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da internet**: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205. p. 199-200.

Com isso, a proteção da neutralidade da rede impacta diretamente nas regras do mercado. Isso porque impede o fatiamento da *internet* de acordo com o comportamento de consumo. Assim sendo, a neutralidade da rede impede que os provedores de conexão e detentores do roteamento, notadamente as empresas de telecomunicação, criem planos de contratação que discriminem o tipo de uso que o consumidor poderá fazer.¹¹⁴

Em tempo, é possível que o tráfego da *internet* seja discriminado, conforme se extrai do §1º do artigo 9º, desde que sob Decreto presidencial, e após analisados os pareceres por parte do Comitê Gestor da *Internet* e da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), sendo necessário o estabelecimento de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações, além da priorização dos serviços de emergência, sensíveis ao bom funcionamento da rede. Isto é, consoante interpretação do princípio em questão, o usuário não pode ter seu uso discriminado, independentemente de qual seja ele, em detrimento de outro, ressalvada a necessidade de se garantir a priorização dos serviços de emergência, conforme se extrai do inciso II do §1º do artigo 9º do Marco Civil da *Internet*.

O autor esclarece, ademais, que é possível, tão somente, a oferta de pacotes diferenciados de acordo com a velocidade da conexão¹¹⁵. Em que pese um usuário possa “gastar” mais dados do que outro, o princípio assegura o direito do consumidor em não ter seu uso prejudicado, e tampouco permite que as operadoras de telefonia, responsáveis pela disponibilização do serviço de *internet* em banda larga, ofereçam pacotes diferenciados pelo uso do usuário.

Com a devida vênia, deve-se destacar que a velocidade da conexão também acaba influenciando no uso da rede pelo usuário. Por exemplo, um usuário que contrate um plano de poucos Mbps¹¹⁶ gastaria muito mais tempo esperando que vídeos e páginas mais complexas da *internet* carregassem, o que eventualmente prejudicaria o uso da ferramenta. Em contrapartida,

¹¹⁴ MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da internet**: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205. p. 199-200.

¹¹⁵ TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 2 ed. atual. e apl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 174.

¹¹⁶ O termo Mbps é a abreviação de *megabit* por segundo (o que equivale a 1000 Kbps ou 1.000.000 bits por segundo), comumente utilizado para medir a velocidade da internet contratada – geralmente de banda larga – e a taxa de transferência de arquivos e pacotes.

o usuário que contrata um plano de muitos Mbps teria uma gama maior de aplicações a serem exploradas por ocasião do uso do serviço contratado com os provedores.

2.3.1 Dos riscos da ausência da neutralidade na Rede

João Longhi entende que a ausência da neutralidade da Rede seria prejudicial aos consumidores, que possivelmente sofreriam com a

1. Filtragem pelos provedores de qual conteúdo é ou não acessado aos usuários; 2. Formação de monopólios verticais entre provedores de conteúdo, acesso e hospedagem com sensível diminuição do poder de escolha dos consumidores acerca do que acessam; 3. Controle de preços e formação de carteis; 4. Diminuição do tempo médio de velocidade para o consumidor final; 5. Restrição à inovação tecnológica; 6. Diminuição das possibilidades de expressão política na *Internet*.¹¹⁷

Quanto à filtragem pelos provedores de qual conteúdo é ou não acessado aos usuários, o doutrinador incorre em correta suposição, vez que, na ausência do princípio e dos ditames de regulação que ele pressupõe, certas funcionalidades podem ou não estar disponíveis para dado consumidor, a depender do que contratou¹¹⁸. Atualmente, em que pese haja a possibilidade do consumidor contratar uma velocidade diferenciada, a funcionalidade de assistir vídeos em *streaming* não é proibida, em que pese o tempo de carregamento do arquivo possa demorar mais ou menos, consoante a velocidade da conexão contratada. Desta forma, a falta de neutralidade impactaria o ramo mercadológico.

Independentemente do oligopólio existente na seara da telecomunicação brasileira, com poucas empresas efetivamente oferecendo o serviço de acesso à *internet*, o consumidor possui, de fato, um certo poder de escolha ao optar por um provedor em detrimento de outro. Na ocasião da inexistência da neutralidade da rede, tal opção seria impossível. Com a diminuição

¹¹⁷ LONGHI, João Victor Rozatti. **Marco Civil da Internet no Brasil**: breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 6, p. 123-154. p. 124-125.

¹¹⁸ Nesse ponto, destaca-se a experiência de *internet* em outros países, como a China, onde certos *sites* e funcionalidades da rede não são acessíveis em razão da censura governamental.

progressiva da concorrência, é cediço supor que os serviços se tornariam precários de um ponto de vista consumerista, o que afetaria os avanços tecnológicos empregados para a melhoria dos serviços ora prestados.

Por último, a falta de neutralidade na rede afetaria o próprio direito de expressão na *internet*, caso a forma ou o conteúdo compartilhado não sejam favoráveis a dada posição, ulteriormente defendida pelo responsável por analisar e censurar as manifestações de expressão.

Todavia, Juliano Madalena reitera que a *internet*, em que pese seja orientada pelo princípio da neutralidade, de fato é receptiva às pressões das

empresas de telecomunicações que objetivam moldar o sistema de acordo com os seus negócios. Por tudo, o cenário que se estabeleceu é o de uma *internet* plural, mas que ainda depende das leis do homem. As leis brasileiras não permitem o racismo, a injúria, a difamação, a violência à intimidade ou à vida privada. Acreditamos que não há exceção para a *internet*.¹¹⁹

Tal posição é, de fato, compartilhada pelas Agências Reguladoras que se prestam a regular os serviços de *streaming* e *video-on-demand*, em que pese sejam consideradas independentes.

2.3.2 Da controvérsia existente no princípio da neutralidade sob o ponto de vista econômico das provedoras de rede

De acordo com Alan Moreira Lopes¹²⁰ e Isso Chaltz Scherkerkewitz¹²¹, o artigo 9º da Lei nº 12.965/2014 é polêmico por atuar na contramão do livre mercado e da liberdade dos modelos de negócio promovidos pela *internet*. O dispositivo, dessa forma, e de acordo com os autores,

¹¹⁹ MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da internet**: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205. p. 188.

¹²⁰ LOPES, Alan Moreira. **Lei 12.965, de 23.04.2014** – Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (Marco Civil da Internet). In: _____. *Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.1, p.13-112. p. 62-63.

¹²¹ SCHERKERKEWITZ, Isso Chaltz. **Direito e Internet**. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 51-52.

acaba por aumentar o valor de manutenção do serviço prestado. Scherkerkewitz, neste ponto, afirma, consoante entendimento doutrinário prevalente sobre a interpretação das leis, que

Quando existe uma antinomia, esta deve ser superada por um trabalho de interpretação (hermenêutica jurídica) que preservará a coerência do sistema jurídico. No caso em tela, a norma que prega a neutralidade da rede é uma norma que carrega em seu bojo um princípio jurídico formatador do sistema, contudo, com o devido respeito, a interpretação dada pelas empresas de telefonia está parcialmente correta. Elas podem continuar a ofertar pacotes de acesso com velocidade contratada em função do conteúdo acessado ou do sítio conectado, independentemente do plano de velocidade contratada. As empresas de telefonia, assim, poderão continuar a vender pacotes de velocidade de acesso diferenciados, porém, não poderão vender – promover por qualquer razão – facilidades ou dificuldades de acesso em virtude do conteúdo acessado pelo internauta.¹²²

Em que pese ambos os dispositivos (tanto a liberdade dos modelos de negócios promovidos na *internet* quanto a neutralidade) sejam princípios, deve haver a correta interpretação ante a antinomia aparente dos mandamentos, vez que o próprio inciso VIII ressalva sua aplicação em detrimento dos outros princípios e direitos presentes na Lei nº 12.965/14, bem como todos os encontrados na Constituição da República Federativa do Brasil e no Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com a argumentação aferida pelas provedoras e operadoras, Lopes afirma que a discriminação dos dados de acordo com os pacotes permitiria um maior desenvolvimento das provedoras, que se especializariam em um só nicho de funcionalidades da *internet*, de modo que a oferta se tornasse personalizada de acordo com as necessidades e interesses do consumidor, ao invés de oferecer todos os serviços no mesmo plano¹²³. Com a exigência da oferta de todos os serviços, por consequência do princípio da neutralidade, a provedora será obrigada a aumentar o preço, transferindo ao consumidor os gastos que teve para oferta-lo, em primeiro lugar. O doutrinador vai além, afirmando que

¹²² SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. **Direito e Internet**. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 51-52.

¹²³ LOPES, Alan Moreira. **Lei 12.965, de 23.04.2014** – Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (Marco Civil da Internet). In: _____. *Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.1, p.13-112. p. 62-63.

Ao dizer que é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, a lei se posiciona contra a própria forma de ação na *internet*. Os dados serão monitorados e filtrados por ser um costume da *internet*. Se a *internet* se mantém como principal forma de comércio – hoje – é graças a essas monitorações e filtros de dados. Tirá-los é atrapalhar o desenvolvimento da *internet* e de inovações tecnológicas. É limitar o empreendedorismo e também o próprio ser humano.¹²⁴

Juliano Madalena, sobre a questão, expõe que

Com o desenvolvimento da sociedade e a expansão da *internet* a demanda de conexão aumentou drasticamente, mas o que se destacou foi o uso da *internet*. Atualmente, a sociedade utiliza a *internet* não só para a troca de mensagens de textos ou leitura de jornais na *internet*. O uso da rede evoluiu para a comunicação através do sistema VoIP (voz sob IP), com a expansão de aplicativos como *Skype*, e o já referido streaming de vídeos, que podemos exemplificar pelo contemporâneo *NetFlix*. Além disso, aplicações que permitem a conexão *peer-to-peer*, como é o caso dos aplicativos dos clientes de *Torrents*, utilizam grande parte da capacidade da rede para a transferência de seus arquivos.

Portanto, considerando a *internet* como uma estrutura escassa, o uso intenso por uma parcela dos seus usuários poderá prejudicar a conexão dos demais. Em razão disso, poderá ocorrer práticas como o *traffic shaping* que visa a discriminar os pacotes e priorizar um tipo de uso da banda de *internet* em detrimento de outra ou priorizar uma determinada aplicação em face de outra. Superficialmente, pois não é o tema do presente estudo, podemos aduzir que essa prática, no modelo descrito, será ilícita em virtude do princípio da neutralidade da rede. Ainda, discriminar negativamente o consumidor em razão do uso que faz na *internet* também encontrará barreiras na estrutura do CDC. Por outro lado, o argumento da escassez da banda disponível é extremamente vívido e deve ser levado em consideração, mas em um estudo próprio sobre o tema.¹²⁵

De nossa parte, compreendem-se os argumentos de ambas as partes – tanto os das provedoras de *internet* quanto aqueles defendidos pelos consumidores –, tratando-se a questão de um tópico complexo e que interfere na própria economia, não seja a decisão analisada friamente.

¹²⁴ LOPES, Alan Moreira. **Lei 12.965, de 23.04.2014** – Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil (Marco Civil da *Internet*). In: _____. Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.1, p.13-112. p. 62-63.

¹²⁵ MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da *internet***: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Direito digital: direito privado e *internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205. p. 200.

Conforme exposto por Juliano Madalena, a *internet* é uma “estrutura escassa”, o que se alinha ao Princípio da Escassez na Economia¹²⁶. Isto é, a *internet* não é um bem infinito, de modo que os usuários devem se submeter a certas regras para que não haja falha na prestação do serviço para alguns usuários. Em termos lúdicos, caso vários usuários usem muito a *internet*, servindo-se de arquivos “pesados” e por uma grande quantidade de tempo, poderão comprometer o uso de outros usuários, que terão sua velocidade reduzida – assim como os próprios que utilizaram a ferramenta de maneira equivocada.

Portanto, as provedoras entendem que deveria haver uma diferenciação nas ofertas de pacotes, de acordo com os hábitos do usuário, mas tal abordagem seria claramente ilegal, dado o regramento exposto pelo princípio da neutralidade da rede, bem como pelos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, que proíbe discriminação desta espécie.

2.4 Do Princípio da Livre-Iniciativa e sua importância para o nicho econômico relativo aos serviços de *streaming* e *video-on-demand*.

2.4.1 Da conceituação do princípio da livre-iniciativa e possíveis controvérsias

O princípio da livre-iniciativa, positivado pelo inciso VIII do artigo 3º do Marco Civil da *Internet*, prevê a liberdade na adoção de novos modelos de negócio na seara imaterial cibernética, desde que inexista contradição com o disposto em outros princípios da mesma lei. De acordo com Alan Moreira Lopes, entende-se que as modificações trazidas pela revolução digital transmutaram a área negocial, para além da relacional. Inúmeros são os novos modelos de negócios que surgem, todos os dias, tamanha a possibilidade que a ferramenta concede aos usuários e empreendedores¹²⁷.

¹²⁶ O princípio se caracteriza pela quantidade infinita de desejos humanos em contrapartida à finitude dos recursos disponíveis para saciá-los.

¹²⁷ LOPES, Alan Moreira. **Lei 12.965, de 23.04.2014** – Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (Marco Civil da Internet). In: _____. Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.1, p.13-112. p. 32.

Allan Rocha de Souza reflete o pensamento, incentivando o diálogo ao entender que

Os produtos e serviços cujo valor principal reside nas informações e expressões culturais representam, atualmente e de forma crescente, parte substancial do comércio doméstico e internacional. Em curso, esse processo de mudança social, econômica e também política coloca a informação baseada em conhecimento em um papel central e apresenta duas tendências conflitantes, representando liberdade e controle. De um lado, a promessa de um espaço descentralizado e público de interação, não submetido às hegemonias estatais e empresariais, com potencial para libertar o discurso público e as expressões das amarras estruturais anteriores à difusão da tecnologia digital. Por outro lado, uma tendência em direção a uma maior comercialização, comodificação e apropriação dos sistemas de informação, conhecimento e expressão cultural, conduz à subordinação da discricionariedade artística e editorial às estratégias corporativas e demandas dos investidores.¹²⁸

É dizer, em outras palavras, que a *internet*, mesmo sendo um ambiente descentralizado, teoricamente liberto das limitações estabelecidas pelo Capital e Estado em termos de expressão cultural, não escapa ao seu controle, em última análise. Ora, o próprio Marco Civil da *Internet* erige uma série de princípios que tem como objetivo racionalizar o uso da ferramenta, de modo que o exercício de um direito do indivíduo não prejudique outrem.

Klee¹²⁹, em consonância com o exposto por Allan Rocha de Souza¹³⁰ afirma que a *internet* tem como característica a descentralidade, o que permite que a livre-iniciativa floresça ante um espaço livre da maior parte das exigências burocráticas inerentes ao mundo natural, fora da rede. Portanto, novos modelos negociais surgem dessa nova lógica.

Souza coaduna com o pensamento exposto por Alan Moreira Lopes, afirmando que o barateamento, difusão e rapidez da conexão, em razão das inovações tecnológicas angariadas

¹²⁸ SOUZA, Allan Rocha de. **Cultura, revolução tecnológica e os direitos autorais**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 13, p. 283-302. p. 287.

¹²⁹ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos: algumas reflexões**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 15, p. 311-348. p. 315.

¹³⁰ SOUZA, Allan Rocha de. **Cultura, revolução tecnológica e os direitos autorais**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 13, p. 283-302. p. 287.

conforme o passar dos anos, permitiram uma adesão maior no acesso à *internet*¹³¹. Em que pese ainda haja uma margem considerável a ser transposta nos anos vindouros, de modo que uma maior parte da população mundial tenha efetivo acesso aos serviços disponibilizados pela rede mundial de computadores, é consenso geral que há, de fato, uma maior adesão aos serviços e uma maior disponibilização da rede para os usuários.

O doutrinador, contudo, atenta para o fato de que há uma latente concentração dos entes controladores da *internet*¹³² (concentração que ao menos não era tão evidente há vinte anos atrás, por exemplo). Nesse sentido, o princípio da neutralidade novamente entra em voga na discussão, vez que, na ocasião de sua inexistência, os usuários se encontrariam à mercê do que Allan Rocha de Souza define como uma possível dominação cultural ao passo em que impediria bolsões de resistência a essa catástrofe. Em tempo, a inexistência do princípio da neutralidade afetaria mesmo a livre-iniciativa, vez que em um cenário de monopólio cultural e tecnológico, inexistiria motivação ulterior para que os avanços tecnológicos e ideias inovadoras fossem veiculadas na rede.

2.4.2 Aspectos de defesa do consumidor ante a livre-iniciativa negocial da *internet* e Decreto n° 7.962, de 15 de março de 2013

Conforme exposto por Antônia Espíndola Klee¹³³, a *internet* tem como uma de suas características principais ser um ambiente cuja impossibilidade de haver controle centralizado por um órgão regulador – dado o desinteresse por fronteiras nacionais em favor de um ambiente

¹³¹ SOUZA, Allan Rocha de. **Cultura, revolução tecnológica e os direitos autorais**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 13, p. 283-302. p. 297.

¹³² SOUZA, Allan Rocha de. **Cultura, revolução tecnológica e os direitos autorais**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 13, p. 283-302. p. 297.

¹³³ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos: algumas reflexões**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 15, p. 311-348. p. 315.

globalmente conectado¹³⁴. Nesse sentido, tópicos relativos ao seu controle devem ser retratados com cuidado. De acordo com a doutrina,

Questões como a facilidade de acesso a informações, com baixo custo, a facilidade de comunicação e troca de dados por meio do correio eletrônico, a realização de negócios diversos através da *internet* e a divulgação de toda e qualquer informação têm influenciado a vida do consumidor, que se vê desprotegido nas relações que estabelece no mercado de consumo com fornecedores de produtos e serviços acessíveis pela *internet*. Isso decorre da utilização da rede de computadores por um grande número de pessoas, para realizar atividades que anteriormente se faziam com a presença física de ambas as partes.¹³⁵

Para proteger o consumidor, buscou-se implementar uma série de mecanismos em consonância com os dispositivos vigentes por ocasião do Código de Defesa do Consumidor. Como exemplo a ser analisado em seguida, o Decreto nº 7.962/2013 estabelece parâmetros que regulam a contratação no comércio eletrônico, tema conexo à regulação dos serviços de *streaming* e *video-on-demand* por parte das Agências Reguladoras.

Antônia Espíndola Klee explica que a maior parte dos contratos firmados pela *internet* tem, como característica comum, a modalidade de contrato de adesão, de modo que suas cláusulas são, em tese, petrificadas e não há uma verdadeira possibilidade de as partes chegarem a um ponto em comum¹³⁶. Este é, ademais, um sintoma da pós-modernidade, de acordo com a autora, vez que os contratos são realizados em série, de maneira massificada. Aduz-se que

há uma predeterminação do conteúdo negocial por uma das partes, a unilateralidade na estipulação e bilateralidade somente no momento da constituição do vínculo,

¹³⁴ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos**: algumas reflexões. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 15, p. 311-348. p. 315.

¹³⁵ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos**: algumas reflexões. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 15, p. 311-348. p. 315.

¹³⁶ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos**: algumas reflexões. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 15, p. 311-348. p. 320.

substituindo-se o consentimento, o acordo, a participação bilateral pela adesão indiscutida do aderente ao estipulado pelo proponente.¹³⁷

Os contratos firmados pela *internet* são, essencialmente, eletrônicos, em que pese possam ou não serem considerados de adesão, de acordo com a unilateralidade ou a bilateralidade da constituição do vínculo¹³⁸. Apesar da alta interatividade entre os sites da *internet* e os consumidores, ademais, a doutrinadora assevera que “a contratação de bens e serviços através da *internet* se processa a distância, sem que o consumidor tenha contato real com os produtos ou com seus fornecedores”¹³⁹. Claudia Lima Marques assevera, à sua vez, que o contrato eletrônico é diferenciado pelo meio utilizado para a sua firmação, qual seja: o meio eletrônico. De acordo com a doutrinadora, este meio permite uma dada interatividade, além da conduta curiosa por parte dos consumidores consistente nos *clicks do mouse*¹⁴⁰.

Gabrielle Kaczalovski Marini, em momento posterior, ao analisar o Decreto nº 7.962/2013, destaca a necessidade de haver um canal que conecte o fornecedor ao consumidor com eficácia e rapidez, na ocasião de haver algum sinistro, de modo a clarificar quaisquer pontos omissos ou enevoados do contrato estabelecido entre as partes¹⁴¹, além de uma especial atenção com o anúncio veiculado, vez que o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor¹⁴²,

¹³⁷ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos**: algumas reflexões. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Direito digital: direito privado e internet. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 15, p. 311-348. p. 320.

¹³⁸ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos**: algumas reflexões. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Direito digital: direito privado e internet. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 15, p. 311-348. p. 320.

¹³⁹ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos**: algumas reflexões. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Direito digital: direito privado e internet. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 15, p. 311-348. p. 317.

¹⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 111-113.

¹⁴¹ MARINI, Gabrielle Kaczalovski. **Decreto 7.962, de 15.03.2013** – Regulamenta a Lei 8.078, de 11.09.1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LOPES, Alan Moreira. Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.5, p.147-164. p. 148.

¹⁴² Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

em consonância com o artigo 6º do Decreto nº 7.962/2013¹⁴³ estabelece a vinculação do fornecedor à oferta presente no anúncio.

Sobre o direito de arrependimento, Marini comenta o artigo 5º do Decreto nº 7.962/2013, dispositivo que tem como objetivo exigir dada conduta do fornecedor¹⁴⁴. Qual seja, a de informar a maneira com a qual o consumidor poderá exercer o direito em questão, positivado no parágrafo único do artigo 49¹⁴⁵ do Código de Defesa do Consumidor¹⁴⁶.

Lopes e Teixeira, à sua vez, expõem a controvérsia do direito de arrependimento, vez que o §2º do artigo 5º do Decreto nº 7.962/2013 “implica a rescisão dos contratos acessórios, sem a qualquer ônus para o consumidor”¹⁴⁷, os autores aduzem que o direito de arrependimento deve ser prestado àquele consumidor “que, se tivesse acesso efetivo ou real ao produto e/ou serviço não teria adquirido”¹⁴⁸. Entendem os autores que posição contrária seria temerária à própria economia. É dizer: o direito de arrependimento vale apenas para aqueles produtos que podem ser devolvidos sem que se incorra em enriquecimento ilícito por parte do consumidor¹⁴⁹.

¹⁴³ Art. 6º As contratações no comércio eletrônico deverão observar o cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços contratados, observados prazos, quantidade, qualidade e adequação.

¹⁴⁴ MARINI, Gabrielle Kaczalovski. **Decreto 7.962, de 15.03.2013** – Regulamenta a Lei 8.078, de 11.09.1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LOPES, Alan Moreira. *Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap. 5, p. 147-164. p. 157.

¹⁴⁵ Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

¹⁴⁶ Na ocasião dos contratos firmados com empresas que prestam o serviço de *streaming* e *video-on-demand*, elas geralmente fornecem, ademais, uma espécie de período de teste. A exemplo da Netflix e Spotify, as empresas oferecem período para que o consumidor teste o produto oferecido. Todavia, ao passo em que o Spotify permite que os consumidores apreciem os serviços, mesmo não os assinando – de maneira que o custeio do desfrute é permitido pela veiculação de propaganda de terceiros –, a Netflix não permite que o consumidor desfrute do catálogo disponível, senão enquanto sob o período de teste ou durante o período de assinatura do serviço.

¹⁴⁷ Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

¹⁴⁸ Os autores exemplificam a impossibilidade de gozar do direito de arrependimento no caso de *apps* e softwares já instalados, músicas já ouvidas e filmes digitais já assistidos (LOPES, Alan Moreira; TEIXEIRA, Tarcísio. **O direito das tecnologias móveis**. In: _____. *Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.2, p.267-292. p. 273.)

¹⁴⁹ LOPES, Alan Moreira; TEIXEIRA, Tarcísio. **O direito das tecnologias móveis**. In: _____. *Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.2, p.267-292. p. 273.

Com efeito, seria impossível cogitar a aplicação do direito conferido pelo art. 40 do Código de Defesa do Consumidor, vez que inexistente possibilidade de se devolver um produto do qual o usuário já desfrutou.

3 DA REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA JÁ EXISTENTE OU EM FASE DE CRIAÇÃO NO BRASIL SOBRE OS SERVIÇOS DE *STREAMING* E *VIDEO-ON-DEMAND*

3.1 Noções introdutórias sobre a regulamentação já existente ou em fase de criação

Conforme exposto anteriormente, os serviços de *streaming* e *video-on-demand* prescindem de regulação própria, assim como a *internet*, de modo que a adaptação de conceitos até então existentes é problemática, dada a complexidade das novas relações travadas entre os indivíduos. Por suposto, as Agências Reguladoras, frente à lentidão legislativa acerca da matéria, apresentam-se como alternativas importantes para a regulação deste nicho mercadológico.

Consoante parecer de Análise de Impacto Regulatório, publicado pela ANCINE, entendeu-se que

o problema pode ser resumido à inexistência de um marco regulatório, em toda a sua amplitude e complexidade, que discipline a oferta de VoD no Brasil e empreste segurança jurídica às iniciativas atuais e futuras. Mas, nessa tarefa, as condições mencionadas recomendam visualizar e debater um modelo de assimetria regulatória adequado às diferentes modalidades negociais e aos pontos de intersecção visíveis com outros serviços audiovisuais.¹⁵⁰

É dizer, basicamente, que ainda não existe uma unidade regulatória capaz de unificar os diversos dispositivos que tratam da questão, submetendo os serviços de *streaming* e *video-on-demand* a um tratamento paritário e equitativo às empresas de telecomunicações, tais como as empresas televisivas, das quais se exigem uma série de requisitos a serem atingidos e tributos a serem pagos¹⁵¹. De acordo com a Análise, a regulação deve ser moderada de acordo com as espécies de serviços prestados, atentando às particularidades inerentes de cada um.

¹⁵⁰ ANCINE – Agência Nacional do Cinema. **Vídeo sob demanda:** análise de impacto regulatório. Disponível em: <https://ancine.gov.br/sites/default/files/AIR_VoD_versao_final_PUBLICA_12.08.2019-editado-páginas-excluídas-mesclado-páginas-excluídas.pdf>. Acesso em 24 out. 2019. p. 1.

¹⁵¹ Segundo Schmitt, “em uma breve pincelada sobre as obrigações que às operadoras de TV a cabo estão sujeitas a cumprir, podemos citar: (i) necessidade de outorga para exploração do serviço, cumprimento de obrigações regulatórias estatuídas pela Lei Geral Telecomunicações[6], Lei do SEACe instruções normativas expedidas pela

Cedido destacar, todavia, a devida atenção para os limites que devem ser impostos às Agências Reguladoras – especialmente a ANATEL e ANCINE, que dialogam com este nicho em especial –, de modo que a regulação seja feita para expandir e incentivar a inovação tecnológica e aquecimento na economia. Do contrário, haverá perigo de a regulação inspirar um recuo na economia e na arrecadação de tributos, afetando a própria receita estatal. Acerca do tema, Sérgio Guerra expôs, que serviços semelhantes àqueles prestados pela *Netflix* não

se submete(m) a qualquer regulação estatal. Não recolhe impostos nem taxas regulatórias da Condecine, devida sobre cada título de seu catálogo. Ademais, está isenta de exibir um tempo mínimo de sua “programação” com conteúdo nacional, conforme determina a lei. Diante disso, há estudos visando regular o serviço de *streaming* haja vista os possíveis impactos dessas novas tecnologias nos demais serviços regulados.¹⁵²

Neste sentido, atualmente dois projetos de lei¹⁵³ já passaram pelas Casas do Legislativo em diferentes fases de apreciação, que pretendem estabelecer parâmetros para a regulação deste novo nicho mercadológico, que serão tratados a seguir. Há, ademais, regulações editadas pela ANATEL e pela ANCINE, que estabelecem diretrizes básicas a serem seguidas pelas empresas interessadas e que devem ser respeitadas, sob pena de sanção cabível, estabelecida pelas Agências Reguladoras em questão. Todavia, o cenário até então estabelecido pode ser modificado no momento em que os projetos de lei supra e infracitados forem aprovados pelo Congresso Nacional e promulgados pelo Presidente da República, em consonância com o devido processo legislativo.

Anatel; (ii) encargos incidentes sobre as Estações e Terminais de Telecomunicações: (Taxa de Instalação (TFI) e Taxa e Funcionamento (TFF), paga anualmente, e (iii) encargos tributários com recolhimento dos seguintes tributos: (PIS, COFINS, ICMS- comunicação, FUST, FUNTTEL, CONDECINE) e outros. Ao passo que os Provedores do Segmento de Vídeo Sob Demanda (VOD), por sua vez, estão apenas sujeitos à tributação do quarteto federal: IR, PIS, COFINS e CSLL, e no âmbito municipal - ISS, dado à disposição esculpida nos item 1.09 da LC[8] nº 116/2003, alterado pela Lei Complementar 157/2017, já que não há em nosso ordenamento jurídico pátrio regulamentos inerentes a este tipo de atividade”. (SCHMITT, Patrícia. **Considerações sobre os entraves surgidos entre Teles x Provedores do Segmento de Vídeo sob demanda (VOD) frente à contribuição CONDECINE**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://patriciaschmittadv.jusbrasil.com.br/artigos/701436640/consideracoes-sobre-os-entraves-surgidos-entre-teles-x-provedores-do-segmento-de-video-sob-demanda-vod-frente-a-contribuicao-condecine>>. Acesso em: 24 out. 2019.)

¹⁵² GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016. p. 210-211.

¹⁵³ Projeto de Lei nº 8.889/2017, de autoria do Deputado Paulo Teixeira (PT/SP) e Projeto de Lei nº 37/2018, de autoria do Senador Humberto Costa (PT/PE)

Afinal, Guilherme Binenbojm leciona que

A circunstância de as agências reguladoras gozarem de um acentuado grau de autonomia não tem o condão de subverter a clássica hierarquia existente entre atos legislativos e atos administrativos. Em última análise, todo e qualquer ato emanado de órgãos ou entidades da Administração Pública está sujeito ao princípio da legalidade, inscrito no art. 37, capIII, da Constituição da República.¹⁵⁴

Sem mais delongas, prosseguir-se-á à análise da legislação vigente até então, passando-se pela análise da legislação que poderá vir a ser aprovada nos meses vindouros e, por fim, à apreciação do impacto que a regulação pode surtir no nicho mercadológico sob análise.

3.2 Dos Projetos de Lei em tramitação no Legislativo

Até então, foram propostos dois projetos de lei: um na Câmara dos Deputados e outro no Senado Federal, dois projetos que se propõem a estabelecer linhas gerais acerca da regulação dos serviços de *streaming* e *video-on-demand*, de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira (PT/SP)¹⁵⁵ e do Senador Humberto Costa (PT/PE)¹⁵⁶.

Segundo Magno de Aguiar Maranhão Júnior¹⁵⁷, os projetos são semelhantes em alguns pontos, estabelecendo a conceituação do que seria o conteúdo audiovisual por demanda (CAvD), e definições suplementares, como, por exemplo, definições de: modalidade avulsa de demanda, provimento de conteúdo audiovisual por demanda, produtora e provedora de conteúdo de audiovisual por demanda. O autor vai além, ademais, entendendo por bem aduzir que houve uma certa adaptação de uma proposta para a outra.

¹⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006. p. 156.

¹⁵⁵ Projeto de Lei nº 8.889/2017.

¹⁵⁶ Projeto de Lei nº 37/2018. De acordo com dados oficiais, o Projeto de Lei nº 37/2018, todavia, foi arquivado no dia 1º de março de 2018.

¹⁵⁷ MARANHÃO JÚNIOR, Magno de Aguiar. **Projeto de lei para a regulamentação de vídeo sob demanda tenta ameaçar o protagonismo da Ancine para a regulação**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://magnomaranhao.jusbrasil.com.br/artigos/561411313/projeto-de-lei-para-a-regulamentacao-de-video-sob-demanda-tenta-ameacar-o-protagonismo-da-ancine-para-a-regulacao>>. Acesso em: 24, out. 2019.

3.2.1 Do Projeto de Lei n° 37/2018

Em que pese tenha sido proposto posteriormente ao Projeto de Lei n° 8.889/2017, o Projeto de Lei n° 37/2018 merece análise anterior, vez que arquivado de acordo com o procedimento legislativo cabível. Proposto pelo Senador Humberto Costa em 07 de fevereiro de 2018, o Projeto tinha por objetivo dispor sobre a provisão de conteúdo audiovisual por demanda (CAvD) e dar outras providências.

Na justificção do Projeto de Lei, o Senador Humberto Costa buscou se adequar aos resultados estabelecidos pela consulta popular invocada pela ANCINE, em dezembro de 2016, chegando a quatro tópicos a serem abordados prioritariamente na ocasião do texto legal, quais sejam: a aplicação da Condecine e sua alíquota, o estímulo ao consumo de títulos brasileiros, vinculando o número de títulos brasileiros a uma série de variáveis, a maior abertura do mercado à iniciativa privada estrangeira e o estímulo à regionalização da produção brasileira¹⁵⁸.

Conforme aduzido anteriormente por Maranhão Júnior¹⁵⁹, há uma certa semelhança entre os dois projetos de lei, no que tange à formatação básica acerca da conceituação e da matéria a ser tratada em ambos os documentos. Todavia, conforme exposto pelo autor, no Projeto de Lei n° 37/2018, em seu art. 3°¹⁶⁰, a responsabilidade em regulamentar a atividade em questão passa a ser do Poder Executivo, em dissonância com o prescrito pela Medida Provisória n° 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, que afere a regulamentação à ANCINE.

¹⁵⁸ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n° 37/2018**. Dispõe sobre a provisão de conteúdo audiovisual por demanda (CAvD) e dá outras providências. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7631335&ts=1567522789938&disposition=inline>>. Acesso em: 04 nov. 2019. Texto Original. p. 9-11.

¹⁵⁹ MARANHÃO JÚNIOR, Magno de Aguiar. **Projeto de lei para a regulamentação de vídeo sob demanda tenta ameaçar o protagonismo da Ancine para a regulação**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://magnomaranhao.jusbrasil.com.br/artigos/561411313/projeto-de-lei-para-a-regulamentacao-de-video-sob-demanda-tenta-ameacar-o-protagonismo-da-ancine-para-a-regulacao>>. Acesso em: 24, out. 2019.

¹⁶⁰ Art. 3° O Poder Executivo regulamentará a atividade de comunicação audiovisual por demanda, que incidirá sobre os serviços com fins econômicos que sejam ofertados ao consumidor mediante remuneração, em qualquer suporte tecnológico e em qualquer modelo de distribuição de conteúdo audiovisual, inclusive mídia social e redes sociais, nas seguintes modalidades: (...)

À sua vez, o art. 4º do Projeto de Lei sob análise estabelece os princípios a nortear a provisão do conteúdo, quais sejam: liberdade de expressão e acesso à informação¹⁶¹, promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação, promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira¹⁶², estímulo à produção independente e regional, liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública e defesa da concorrência¹⁶³.

De acordo com Maranhão Júnior, todavia, as competências da ANCINE foram usurpadas em favor do Poder Executivo – o que causa certa estranheza, vez que a Agência Reguladora faz parte do poder citado, mesmo que como instituição da Administração Indireta. Aduz o autor que a Agência Nacional do Cinema tem

suas competências e objetivos claramente definidos em lei, [e não pode ser] (...) usurpada de seu espectro de atuação. Resta evidente que o local que possui aptidão técnica para tratar da matéria é a agência reguladora que foi criada justamente com esse intuito. Sendo uma verdadeira *contradictio in terminis* retirar a sua competência legal, inviabilizando o processo contínuo de aperfeiçoamento da política pública setorial.¹⁶⁴

Chama-se atenção para o art. 5º do Projeto de Lei¹⁶⁵ ora analisado, estabelecendo-se que as provedoras de conteúdo audiovisual deverão oferecer os serviços em condições isonômicas para empresas provedoras de conexão de *internet*, vedados acordos ou práticas de

¹⁶¹ Em parcimônia com o princípio estabelecido pelo Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014).

¹⁶² Vide tópico 3.3.1 Aspectos da regulação já existente por parte da ANCINE.

¹⁶³ Neste ponto, chama-se atenção para a semelhança com o inciso VIII do art. 3º do Marco Civil da Internet, vez que inexistente ressalva acerca da aplicação deste princípio. Não há um “salvo se contrário ao restante dos princípios”, como disposto no MCI. Demonstra-se, desta forma, o alto teor econômico do Projeto de Lei sob análise.

¹⁶⁴ MARANHÃO JÚNIOR, Magno de Aguiar. **Projeto de lei para a regulamentação de vídeo sob demanda tenta ameaçar o protagonismo da Ancine para a regulação**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://magnomaranhao.jusbrasil.com.br/artigos/561411313/projeto-de-lei-para-a-regulamentacao-de-video-sob-demanda-tenta-ameacar-o-protagonismo-da-ancine-para-a-regulacao>>. Acesso em: 24, out. 2019.

¹⁶⁵ Art. 5º As empresas provedoras de conteúdo audiovisual por demanda deverão oferecer tais serviços em condições isonômicas para qualquer empresa provedora de conexão de Internet ou responsável pela distribuição de tais serviços, sendo vedados acordos ou práticas de exclusividade.

Parágrafo único. A fim de garantir o cumprimento do previsto no caput, empresas que sejam ao mesmo tempo provedoras de conteúdo audiovisual por demanda e provedoras de conexão à Internet deverão providenciar a separação funcional dessas atividades.

exclusividade, o que caracterizaria prática atentatória ao consumidor, conforme se depreende do inciso VI do art. 4º¹⁶⁶ e inciso I do art. 39¹⁶⁷ do CDC.

Quanto a oferta e seleção de conteúdo brasileiro, o Projeto de Lei estabelece alguns requisitos e variáveis, presentes nos parágrafos do art. 8º¹⁶⁸. Considerar-se-ão, nesse sentido: a capacidade econômica da provedora, sua expressão no mercado brasileiro e a produção total de títulos brasileiros nos cinco anos precedentes. Estabelecer-se-ia, desta maneira, um sistema de “cotas” para que os títulos brasileiros fossem abrangidos nos catálogos das provedoras dos serviços de *streaming* e *video-on-demand*.

Neste diapasão, o art. 9º estabelecia uma certa ordem de preferência ao apresentar o catálogo da provedora aos consumidores, exigindo, segundo o inciso I, a obrigatoriedade de se destacar os títulos brasileiros, de modo que os consumidores possam vê-los primeiro em suas sugestões de títulos. O inciso IV e o parágrafo único do art. 9º¹⁶⁹, à sua vez, são curiosos ao

¹⁶⁶ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

¹⁶⁷ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

¹⁶⁸ Art. 8º O catálogo de títulos ofertados por provedora de conteúdo audiovisual por demanda deverá incluir um número de títulos produzidos por produtora brasileira, determinado pelo Poder Executivo, considerando a capacidade econômica de cada provedora, sua atuação no mercado brasileiro e a produção total de títulos brasileiros nos cinco anos precedentes.

§ 1º Da cota estabelecida para cada provedora na forma deste artigo, 50% será composta de obras produzidas por produtora brasileira independente.

§ 2º A cota estabelecida no caput deverá ter caráter progressivo, não sendo inferior a 2% do total de horas do catálogo ofertado para empresas com receita bruta anual até R\$ 3,6 milhões e tendo como patamar mínimo 20% para empresas com receita bruta anual acima de R\$ 70 milhões.

§3º Estão excluídas das obrigações dispostas no item anterior as microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, nos termos da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006.

¹⁶⁹ IV - é vedada a utilização pelas provedoras de conteúdo audiovisual por demanda de quaisquer mecanismos para a aferição da utilização de conteúdos audiovisuais que causem prejuízo à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas e às liberdades e direitos individuais, observada a legislação relativa ao tratamento de dados e informações pessoais. Parágrafo único. Para a fiscalização do cumprimento do disposto neste artigo, os algoritmos de busca, de seleção e de catalogação utilizados pelas provedoras de conteúdo audiovisual por demanda devem ser fornecidos ao Poder Executivo, quando solicitados, nos prazos e condições estabelecidos em regulamento.

destacar a vedação de algoritmos que possam causar prejuízos à intimidade, vida privada, honra, imagem, liberdades e direitos individuais dos consumidores, obrigando as provedoras a fornecerem os algoritmos ao Poder Executivo. Maranhão Júnior aduz o comportamento como uma “ingerência nos algoritmos, que são ferramentas utilizadas pela plataforma para oferecer ao consumidor os conteúdos que melhor se encaixam no seu perfil”¹⁷⁰.

Ora, é difícil imaginar hipótese em que o algoritmo utilizado pela plataforma seja capaz de ferir a gama de direitos exemplificados pelo inciso IV do art. 9º, vez que a ferramenta utilizada faz parte da programação do programa desenvolvido pela plataforma – e mesmo do apelo ao consumidor, que tem seus interesses atendidos pela plataforma.

Reitera-se, todavia, que o Projeto de Lei ora discutido foi arquivado, mas nada impede o fato de seus dispositivos inspirarem novo texto normativo, de modo que sua análise torna-se necessária, neste momento.

3.2.2 Do Projeto de Lei nº 8.889/2017¹⁷¹

Proposto pelo Deputado Federal Paulo Teixeira (PT/SP), o Projeto de Lei nº 8.889/2017 tem como objetivo, tal como o Projeto de Lei nº 37/2018, estabelecer padrões mínimos de regulamentação dos conteúdos audiovisuais por demanda (conhecidos, também, como serviços de *streaming* e *video-on-demand*).

¹⁷⁰ MARANHÃO JÚNIOR, Magno de Aguiar. **Projeto de lei para a regulamentação de vídeo sob demanda tenta ameaçar o protagonismo da Ancine para a regulação**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://magnomaranhao.jusbrasil.com.br/artigos/561411313/projeto-de-lei-para-a-regulamentacao-de-video-sob-demanda-tenta-ameacar-o-protagonismo-da-ancine-para-a-regulacao>>. Acesso em: 24, out. 2019.

¹⁷¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.889/2017. **Dispõe sobre a provisão de conteúdo audiovisual por demanda (CAvD) e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A0DC58079DEBA24F1F96DE228480A220.proposicoesWebExterno2?codteor=1612085&filename=PL+8889/2017>. Acesso em: 04 nov. 2019. Texto Original.

Consoante justificação do Projeto de Lei¹⁷², o autor argumenta a novidade dos serviços ora analisados, bem como a necessidade de uma regulação paritária, de modo que os diversos tipos de negócio disputem em condições relativamente equitativas.

O deputado aduz, a certo tempo, sua aflição com o não atendimento a

condições de distribuição de conteúdo brasileiro e de contribuição ao seu fomento. Nesse sentido, oferecemos este texto, que determina seu enquadramento em condições que acreditamos estar equilibradas com as de outros segmentos, em especial os serviços de acesso condicionado, regulamentados pela Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011 (Lei do SeAC).¹⁷³

De maneira semelhante ao projeto anteriormente analisado, o Deputado expõe quatro tópicos a serem tratados na ocasião do Projeto de Lei nº 8.889/2017, quais sejam: os valores devidos a título da Condecine, o estímulo ao consumo de títulos brasileiros e produzidos por produtoras brasileiras, a maior abertura do mercado ao capital estrangeiro e mecanismos de estímulo à regionalização da produção audiovisual brasileira¹⁷⁴. Como se pode perceber, não existe verdadeira discrepância entre as linhas de atuação perseguidas por ambos os projetos de lei. Reitera-se, todavia, que o Projeto de Lei nº 37/2018 inspirou-se profundamente nos dispositivos e previsões expressas no Projeto de Lei nº 8.889/2017.

Como aduzido anteriormente, há uma semelhança clara entre os projetos de lei no que concernem as disposições gerais da lei, havendo identidade entre os primeiros dois artigos,

¹⁷² BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.889/2017**. Dispõe sobre a provisão de conteúdo audiovisual por demanda (CAvD) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A0DC58079DEBA24F1F96DE228480A220.proposicoesWebExterno2?codteor=1612085&filename=PL+8889/2017>. Acesso em: 04 nov. 2019. Texto Original. p. 8-10.

¹⁷³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.889/2017**. Dispõe sobre a provisão de conteúdo audiovisual por demanda (CAvD) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A0DC58079DEBA24F1F96DE228480A220.proposicoesWebExterno2?codteor=1612085&filename=PL+8889/2017>. Acesso em: 04 nov. 2019. Texto Original. p. 8.

¹⁷⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.889/2017**. Dispõe sobre a provisão de conteúdo audiovisual por demanda (CAvD) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A0DC58079DEBA24F1F96DE228480A220.proposicoesWebExterno2?codteor=1612085&filename=PL+8889/2017>. Acesso em: 04 nov. 2019. Texto Original. p. 8-10.

posto que meramente buscam ressaltar a conceituação de termos para o devido efeito da legislação sob análise.

Maranhão Júnior, nesta oportunidade, discorre sobre a diferenciação entre os projetos no que tange à competência para regular e fiscalizar as atividades em questão¹⁷⁵. Enquanto no Projeto de Lei nº 37/2018, a competência é do Poder Executivo, o Projeto de Lei nº 8.889/2017, em seu art. 3º¹⁷⁶, respeita os dispositivos historicamente aceitos da Medida Provisória nº 2.228-1/2001, assegurando a competência da ANCINE para tratar de quaisquer controvérsias que eventualmente ocorram. Destaca-se, nesta oportunidade, que, em que pese o Projeto de Lei nº 38/2018 tenha modificado a competência da ANCINE, não haveria ilegalidade caso fosse sancionado, vez que a lei mais moderna revoga a mais antiga no que for dissonante.

À sua vez, o art. 4º do Projeto de Lei nº 8.889/2017 estabelece os princípios a nortear a provisão do conteúdo, quais sejam: liberdade de expressão e acesso à informação¹⁷⁷, promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação, promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira¹⁷⁸, estímulo à produção independente e regional, liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública e defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição entre modalidades de oferta de conteúdo audiovisual¹⁷⁹. O parágrafo único do artigo aludido acrescenta, também, todas as

¹⁷⁵ MARANHÃO JÚNIOR, Magno de Aguiar. **Projeto de lei para a regulamentação de vídeo sob demanda tenta ameaçar o protagonismo da Ancine para a regulação**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://magnomaranhao.jusbrasil.com.br/artigos/561411313/projeto-de-lei-para-a-regulamentacao-de-video-sob-demanda-tenta-ameacar-o-protagonismo-da-ancine-para-a-regulacao>>. Acesso em: 24, out. 2019.

¹⁷⁶ Art. 3º A regulação e fiscalização da atividade de comunicação audiovisual por demanda será de competência da Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

§ 1º Compete à Agência Nacional de Cinema (Ancine) credenciar as empresas enquadradas no art. 2º, inciso VII, desta lei.

§ 2º O credenciamento de que trata este artigo constitui condição prévia para o exercício de atividades de provimento de conteúdo audiovisual por demanda.

§ 3º Todos os agentes deverão prestar informações à agência quando solicitadas, incluindo dados sobre a oferta e o consumo de conteúdos audiovisuais, assim como sobre as receitas auferidas no desempenho de suas atividades.

¹⁷⁷ Em parcimônia com o princípio estabelecido pelo Marco Civil da *Internet* (Lei nº 12.965/2014).

¹⁷⁸ Vide tópico 3.3.1 Aspectos da regulação já existente por parte da ANCINE.

¹⁷⁹ Aqui, chama-se atenção para o fato de haver uma ampla gama de princípios a serem respeitados, sendo a redação muito mais clara do que a anteriormente analisada. Por meio do princípio exposto, o legislador buscou deixar claro o interesse em proteger as formas de distribuição do conteúdo audiovisual já existentes, de modo que as novas formas de compartilhamento e distribuição tenham, também, obrigações e requisitos a serem cumpridos.

disposições sobre a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 485, de 20 de dezembro de 2006.

Em consonância com o movimento atual da desjudicialização, o art. 5º¹⁸⁰ do Projeto de Lei estabelece soluções alternativas à seara judicial, trazendo a arbitragem (ou outras formas de solução de conflitos que não a de via judicial) da ANCINE como opção para que se dirimam os conflitos entre empresas provedoras de conteúdo e empresas que atuem em segmentos de produção e distribuição deste mercado. Há, portanto, de acordo com Maranhão Júnior, uma postura mediadora por parte da Agência Reguladora envolvida. O autor assevera que

Nesse diapasão, a Agência Nacional do Cinema se articula ao Ministério da Cultura com o fito exercer conjuntamente a mediação do diálogo entre os interessados na busca pelo consenso, oferecendo todo o respaldo técnico necessário e exercendo assim a sua função de regular e fiscalizar com fulcro no art. 7º, incisos II e V da MP 2.228-1/01.¹⁸¹

Por ocasião do art. 7º¹⁸², o dispositivo exige que a provedora de conteúdo de *streaming* e *video-on-demand* disponibilize um conteúdo mínimo de títulos de procedência brasileira – isto é, produzidos por produtoras brasileiras –, considerando as mesmas variáveis dispostas pelo artigo correspondente do Projeto de Lei nº 37/2018.

¹⁸⁰ Art. 5º A Ancine poderá estabelecer soluções de conflito e arbitragem sobre disputas comerciais entre empresas provedoras de conteúdo audiovisual por demanda ou entre elas e empresas que atuem em segmentos de produção e distribuição deste mercado, a partir da provocação de uma das partes.

Parágrafo único. Se forem constatadas, a qualquer tempo, práticas anti-concorrenciais que afetem o serviço, a Ancine deverá encaminhar denúncia aos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

¹⁸¹ MARANHÃO JÚNIOR, Magno de Aguiar. **Projeto de lei para a regulamentação de vídeo sob demanda tenta ameaçar o protagonismo da Ancine para a regulação**. Jusbrasil, 2017. Disponível em:

<<https://magnomaranhao.jusbrasil.com.br/artigos/561411313/projeto-de-lei-para-a-regulamentacao-de-video-sob-demanda-tenta-ameacar-o-protagonismo-da-ancine-para-a-regulacao>>. Acesso em: 24, out. 2019.

¹⁸² Art. 7º O catálogo de títulos ofertados por provedora de conteúdo audiovisual por demanda deverá incluir um número de títulos produzidos por produtora brasileira, determinado pela Ancine, considerando a capacidade econômica de cada provedora, sua atuação no mercado brasileiro e a produção total de títulos brasileiros nos cinco anos precedentes.

§ 1º Da cota estabelecida para cada provedora na forma deste artigo, 50% será composta de obras produzidas por produtora brasileira independente.

§ 2º A cota estabelecida no caput deverá ter caráter progressivo, não sendo inferior a 2% do total de horas do catálogo ofertado para empresas com receita bruta anual até R\$ 3,6 milhões e tendo como patamar mínimo 20% para empresas com receita bruta anual acima de R\$ 70 milhões.

§3º Estão excluídas das obrigações dispostas no item anterior as microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, nos termos da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006.

Em que pese estabeleça a indicação de uma obrigação pela preferência dos conteúdos brasileiros no catálogo das empresas, destacando-os de modo que os usuários do serviço tenham um acesso facilitado a eles, o art. 8º do Projeto de Lei¹⁸³ não estipula a obrigatoriedade das empresas disponibilizarem o algoritmo utilizado, como o projeto anteriormente analisado.

3.3 Das regulamentações já existentes sobre o tema, sobretudo as técnicas

De acordo com Alexandre Santos de Aragão, existem

três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações, mesmo que essas infrações sejam dirigidas, inclusive, a empresas públicas ou ao próprio Estado agindo economicamente de forma direta em atividades típicas do setor privado.¹⁸⁴

Pois bem, em se tratando desse nicho novo, e inexistente lei vigente sobre a matéria, as Agências Reguladoras buscaram regular, dentro de suas competências, a atuação no mercado e uma série de requisitos básicos a serem seguidos, bem como obrigações inerentes à função. Segundo Aragão, a Teoria da Regulação, atualmente, enfrenta uma

atenuação dos limites da geografia física e política, causada pela globalização econômica e pelo avanço da informática, das telecomunicações e dos transportes, que chegaram até a criar espaços virtuais, no quais a regulação e notadamente a tributação são colocadas em cheque.¹⁸⁵

¹⁸³ Art. 8º Os mecanismos de catalogação e seleção postos pela provedora de conteúdo audiovisual por demanda à disposição dos consumidores deverão assegurar destaque a conteúdo de produtoras brasileiras nas seguintes condições:

I – será oferecida disposição destacada a obras de produtoras brasileiras, de modo a assegurar proeminência às mesmas em relação ao restante do catálogo, na forma do regulamento;

II – a disposição de que trata o inciso I será aplicada aos vários gêneros ou categorias adotados nos mecanismos de busca e de oferta da provedora.

¹⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 27.

¹⁸⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 83.

Patrícia Schmitt exemplifica, então, a disparidade de obrigações e requisitos a serem atendidos pelas empresas responsáveis pelos serviços de streaming e VOD. De acordo com a autora, os

Provedores do Segmento de Vídeo Sob Demanda (VOD), por sua vez, estão apenas sujeitos à tributação do quarteto federal: IR, PIS, COFINS e CSLL, e no âmbito municipal - ISS, dado à disposição esculpida nos item 1.09 da LC[8] nº 116/2003, alterado pela Lei Complementar 157/2017, já que não há em nosso ordenamento jurídico pátrio regulamentos inerentes a este tipo de atividade.¹⁸⁶

À sua vez, as operadoras de TV a cabo possuem uma gama muito mais diversificada e, ousa-se dizer, tributariamente excessiva, caso comparada às obrigações assumidas pelos provedores do seguimento de *video-on-demand*¹⁸⁷.

De acordo com Sérgio Guerra, no que tange à função reguladora, deve-se buscar o

equilíbrio e regularidade no funcionamento de um subsistema, mediante regras, em sua maioria, elaboradas com alto grau de tecnicidade e complexidade, regras que devem ser observadas em determinadas situações (atividade econômica ou serviço público), ainda que de forma assimétrica, visando afetar minimamente direitos e garantias fundamentais do cidadão (...) [para] alcançar a maior satisfação do interesse público substantivo com o menor sacrifício possível de outros interesses constitucionalmente protegidos e, secundariamente, com o menor dispêndio de recursos públicos.¹⁸⁸

¹⁸⁶ SCHMITT, Patrícia. **Considerações sobre os entraves surgidos entre Teles x Provedores do Segmento de Vídeo sob demanda (VOD) frente à contribuição CONDECINE**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://patriciaschmittadv.jusbrasil.com.br/artigos/701436640/consideracoes-sobre-os-entraves-surgidos-entre-teles-x-provedores-do-segmento-de-video-sob-demanda-vod-frente-a-contribuicao-condecine>>. Acesso em: 24 out. 2019.

¹⁸⁷ O autor, nesta oportunidade, exemplifica as obrigações, não as esgotando, todavia. Seriam elas: “(i) necessidade de outorga para exploração do serviço, cumprimento de obrigações regulatórias estatuídas pela Lei Geral Telecomunicações[6], Lei do SEAC[7] e instruções normativas expedidas pela Anatel; (ii) encargos incidentes sobre as Estações e Terminais de Telecomunicações: (Taxa de Instalação (TFI) e Taxa e Funcionamento (TFF), paga anualmente, e (iii) encargos tributários com recolhimento dos seguintes tributos: (PIS, COFINS, ICMS-comunicação, FUST, FUNTTEL, CONDECINE) e outros.”

(SCHMITT, Patrícia. **Considerações sobre os entraves surgidos entre Teles x Provedores do Segmento de Vídeo sob demanda (VOD) frente à contribuição CONDECINE**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://patriciaschmittadv.jusbrasil.com.br/artigos/701436640/consideracoes-sobre-os-entraves-surgidos-entre-teles-x-provedores-do-segmento-de-video-sob-demanda-vod-frente-a-contribuicao-condecine>>. Acesso em: 24 out. 2019.)

¹⁸⁸ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016. p. 205.

3.3.1 Aspectos da regulação já existente por parte da ANCINE

A Instrução Normativa nº 104, de 10 de julho de 2012, trouxe consigo algumas definições que serão abordadas neste subitem. O art. 1º, inciso L, da Instrução ora aduzida define o serviço de *video-on-demand* como

L – Segmento de Mercado Audiovisual – Vídeo por Demanda: conjunto de atividades encadeadas, realizadas por um ou vários agentes econômicos, necessárias à prestação dos serviços de oferta de um conjunto de obras audiovisuais na forma de catálogo, com linha editorial própria, para fruição por difusão não-linear, em horário determinado pelo consumidor final, de forma onerosa.¹⁸⁹

De fato, inexistente uma verdadeira regulação por parte da ANCINE quanto às obrigações cabíveis ao novo modelo de negócio da *internet*. Há, todavia, discussões em pauta, na seara legislativa e regulatória, para inserir o nicho nas obrigações e tributos já vinculados às outras atividades semelhantes. Conforme exposto anteriormente, entretanto, os Projetos de Lei nº 8.889/2017 e 37/2018 ainda não foram aprovados pelas Casas Legislativas, tampouco sancionados pelo Presidente da República. A maior parte das discussões, todavia, concentra-se sobre a incidência do Condecine¹⁹⁰ e a possibilidade do estabelecimento de uma “cota mínima”, semelhante àquela determinada para cinemas e TV (neste caso, apenas para a aberta), de exibição de produções brasileiras.

Em que pese a ANCINE tenha grande importância na regulação do mercado, sua atuação se mostra tímida ao passo em que a legislação que circunscreveria suas atribuições quanto ao

¹⁸⁹ BRASIL. ANCINE. Instrução Normativa nº 104, de 10 de julho de 2012. **Dispõe sobre o Registro de Obra Audiovisual Não Publicitária Brasileira, a emissão de Certificado de Produto Brasileiro e dá outras providências.** Disponível em: <<https://www.ancine.gov.br/pt-br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas/instru-o-normativa-n-104-de-10-de-julho-de-2012>>. Acesso em: 05 nov. 2019. Texto Original.

¹⁹⁰ De acordo com Patrícia Schmitt, trata-se de “uma das espécies da Contribuição Especial denominada Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – (CIDE), utilizada como instrumento de política econômica para enfrentar determinadas situações que exijam a intervenção da União na economia do país (Art. 149 CF)”. (SCHMITT, Patrícia. **Considerações sobre os entraves surgidos entre Teles x Provedores do Segmento de Vídeo sob demanda (VOD) frente à contribuição CONDECINE.** Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://patriciaschmittadv.jusbrasil.com.br/artigos/701436640/consideracoes-sobre-os-entraves-surgidos-entre-teles-x-provedores-do-segmento-de-video-sob-demanda-vod-frente-a-contribuicao-condecine>>. Acesso em: 24 out. 2019.)

serviço, bem como estabeleceria limites, tributação e outras providências, ainda não foi aprovada – e, portanto, não possui força normativa para justificar a atuação da Agência com base nela. A posição da autarquia em questão se mostra frágil, vez que deficiente de um dos pressupostos mais prementes para justificar a sua atuação.

3.3.2 Aspectos da regulação já existente por parte da ANATEL e o contingenciamento de dados do consumidor

Em Análise de Impacto Regulatório, a ANCINE liberou documento disponível à consulta popular, no qual admite que

Embora o serviço de VoD não dependa de contrato administrativo (permissão, concessão ou autorização pública), seu provimento só pode ser feito por meio das redes de comunicação outorgadas e exige observância da legislação audiovisual quanto ao registro e prestação de informações à autoridade regulatória. No ordenamento jurídico brasileiro, a comunicação audiovisual é distinguida por *status* especial em relação à maioria das atividades privadas, por envolver relação direta com direitos sociais e difusos muito caros à nacionalidade e à sociedade. Não é por outro motivo que, aqui como na maioria dos países de tradição democrática, o mercado de conteúdos audiovisuais, em todos os seus segmentos, é objeto de regulação por autoridade específica.¹⁹¹

É dizer, basicamente, que a regulação por parte da ANATEL adquire uma importância intensa no trato das relações entre o consumidor, as plataformas de *streaming* e as operadoras de *internet*.

A ANATEL já apresenta, nesse sentido, algumas regulações que têm por objetivo controlar e racionalizar o consumo da *internet*, o que, indiscutivelmente, afeta o nicho da economia que trata das empresas de serviço de *streaming*, posto que necessitam da troca de dados através da *internet* para que o serviço seja prestado.

¹⁹¹ ANCINE – Agência Nacional do Cinema. **Vídeo sob demanda: análise de impacto regulatório**. Disponível em: <https://ancine.gov.br/sites/default/files/AIR_VoD_versao_final_PUBLICA_12.08.2019-editado-páginas-excluídas-mesclado-páginas-excluídas.pdf>. Acesso em 24 out. 2019. p. 12.

A Agência Reguladora supracitada, para tanto, regulamenta a velocidade da conexão contratada, de modo a não prejudicar o consumidor¹⁹², estabelecendo penalidades no caso de alguma das provedoras de conexão não atenderem os requisitos básicos. De acordo com Lopes, a Entidade Aferidora da Qualidade foi criada por ocasião das Resoluções 574 e 575 da ANATEL, de 28 de outubro de 2011, para que houvesse “aferição dos indicadores de qualidade das redes de telecomunicações que suportam o acesso à internet em Banda Larga fixa e móvel no Brasil”¹⁹³.

Em outro sentido, acerca da possibilidade ou não de se onerar aquele consumidor que consome mais *internet* do que outros, Juliano Madalena relaciona a regulação por parte da ANATEL com o princípio da neutralidade da rede, aduzindo que

a proteção da neutralidade da rede impacta diretamente nas regras do mercado. Isso porque impede o fatiamento da *internet* de acordo com o comportamento de consumo. Assim sendo, a neutralidade da rede impede que os provedores de conexão e detentores do roteamento, notadamente as empresas de telecomunicação, criem planos de contratação que discriminem o tipo de uso que o consumidor poderá fazer. Um dos exemplos é a impossibilidade de criação de planos que aumentem a tarifa cobrada para consumidores que acessem streaming de vídeo ou áudio com maior frequência. O argumento contrário é de que o consumidor que utiliza a conexão com maior intensidade deve pagar valores diferenciados a maior, em comparação ao consumidor

¹⁹² “São parâmetros de qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia, sem prejuízo de outros que venham a ser definidos pela Anatel:

- Fornecimento de sinais respeitando as características estabelecidas na regulamentação;
- Disponibilidade do serviço nos índices contratados;
- Emissão de sinais eletromagnéticos nos níveis estabelecidos em regulamentação;
- Divulgação de informações aos seus assinantes, de forma inequívoca, ampla e com antecedência razoável, quanto a alterações de preços e condições de fruição do serviço;
- Rapidez no atendimento às solicitações e reclamações dos assinantes;
- Número de reclamações contra a prestadora;
- Fornecimento das informações necessárias à obtenção dos indicadores de qualidade do serviço, de planta, bem como os econômico-financeiros, de forma a possibilitar a avaliação da qualidade na prestação do serviço.” (LOPES, Alan Moreira. Lei 12.965, de 23.04.2014 – Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (Marco Civil da Internet). In: _____. **Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.1, p.13-112 *apud* Disponível em: <<https://sistemas.anatel.gov.br/sacs/modulos/hotsite/cartaServico.zul>>)

¹⁹³ LOPES, Alan Moreira. Lei 12.965, de 23.04.2014 – Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (Marco Civil da Internet). In: _____. **Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.1, p.13-112. p. 53

que não onera com tanta frequência a conexão que, no caso, é compartilhada por toda cama de usuários consumidores do serviço.¹⁹⁴

Isto é, a oferta de serviços diferenciados, de acordo com o uso do consumidor, é vedada por princípio presente no próprio MCI¹⁹⁵. De acordo com Madalena, o uso da rede aumentou exponencialmente nos últimos anos, através do sistema VoIP (voz sob IP), consumindo um maior volume de dados. Atenta o autor para a estrutura escassa da rede. Segundo ele,

o uso intenso por uma parcela dos seus usuários poderá prejudicar a conexão dos demais. Em razão disso, poderá ocorrer práticas como o *traffic shaping*¹⁹⁶ que visa a discriminar os pacotes e priorizar um tipo de uso da banda de *internet* em detrimento de outra ou priorizar uma determinada aplicação em face de outra¹⁹⁷.

Evidentemente, a prática é vedada pelo princípio da neutralidade, mas o argumento por parte das empresas de telecomunicação possui uma *ratio* expressiva e racional: em que pese o princípio da neutralidade impeça a prática do *traffic shaping*, é cediço destacar que a infraestrutura para se atender às vontades de todos os milhões de usuários que se conectam todos os dias, é particularmente escassa¹⁹⁸.

A consequência imediata estaria ligada ao aumento no preço dos pacotes de *internet*, contratados pelos consumidores, o que reflete problemáticas quanto ao crescimento dos serviços de *streaming* e *video-on-demand*, posto que dependem de uma alocação

¹⁹⁴ MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da internet**: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205. p. 199-200.

¹⁹⁵ Desta maneira, intende-se destacar que *não* cabe à ANATEL agir em contrapartida ao disposto no Marco Civil da *Internet*, sob pena de se furtar a Separação dos Poderes. Como anteriormente discutido no trabalho em questão, atenta-se para o fato de que regulação administrativa jamais pode agir em contrário ao estabelecido pelo legislador – claro, a Agência Reguladora pode regular a matéria, desde que haja uma complementariedade entre as normas, e não uma contradição.

¹⁹⁶ *Traffic shaping* consiste na prática de restringir ou limitar a velocidade de rede do usuário, de modo a reduzir a possibilidade de um acúmulo excessivo na rede, de modo que ela se veja sobrecarregada. Conforme exposto, a prática é terminantemente proibida em razão do artigo 9º do Marco Civil da *Internet*, sendo de atribuição da ANATEL fiscalizar e sancionar as operadoras de rede que procedam à prática abusiva.

¹⁹⁷ MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da internet**: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205. p. 200.

¹⁹⁸ MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da internet**: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205. p. 200.

particularmente grande dos dados de rede, bem como outras questões, relacionadas a uma quase venda casada¹⁹⁹ por parte das empresas, que combinam os serviços de banda larga com os de TV paga.

A atuação da ANATEL é emblemática, vez que a Agência em questão, além de ter sido a primeira a ser instituída, conforme visto anteriormente, conta com base legal importante – a atuação conjunta do Código de Defesa do Consumidor e do Marco Civil da *Internet* permite que haja maior circunscrição dos deveres e atos a serem tratados pela Agência.

3.4 Questões sobre a ponderação entre a Livre Concorrência, a Intervenção Estatal e a Teoria da Captura Regulatória

Ora, após todas as questões levantadas no presente trabalho, impende destacar que a atuação das Agências Reguladoras (em especial, da ANATEL e da ANCINE) adquire verdadeira importância na conjuntura econômico-política do país, vez que molda, na ocasião de delegação legislativa, a burocracia necessária para que esse novo modelo de negócio obtenha crescimento nos anos vindouros, conforme exposto no Capítulo 1.

Sérgio Guerra aduz que a administração do Poder Público deve ser feita de maneira sistêmica e racional:

tanto no sistema social como no campo científico e tecnológico, ambos umbilicalmente atados ao sistema econômico. Nesse cenário o Estado vê-se compelido a adotar, ponderadamente, práticas de gestão modernas e eficazes, sem priorizar o aspecto econômico nem, tampouco, perder de vista sua função eminentemente voltada ao interesse público, direcionada ao bem de cada um dos cidadãos.²⁰⁰

¹⁹⁹ Neste ponto, reitera-se que não se trata, efetivamente, de uma venda casada (vedada pelo inciso I do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor), posto que não condiciona a venda de um serviço à aquisição de outro, mas tão somente torna a aquisição conjunta economicamente mais interessante aos olhos do consumidor.

²⁰⁰ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016. p. 201-202.

Para tanto, todavia, é necessário que haja uma base legal capaz de subscrever os limites que devem ser respeitados pela Agência Reguladora, conforme será exposto em momento posterior. A não incidência desta norma resulta na fragilidade da autarquia frente aos meios de Captura Política – estatal ou privada.

3.4.1 Da ponderação entre livre concorrência e intervenção estatal no âmbito da *internet*

Schmitt atesta a latente desigualdade entre os *players* no mercado da mídia audiovisual. De acordo com o autor, a

batalha surgida entre as prestadoras de TV a cabo, versus empresas que exploram o segmento de Vídeo Sob Demanda (VOD), a exemplo do NETFLIX, AMAZON e outros, refere-se ao fato de as TELES estarem sujeitas a carga tributária e às obrigações regulatórias que estão compelidas a cumprirem, enquanto os Provedores do Segmento de Vídeo Sob Demanda (VOD), estarem dispensados de tal obrigatoriedade, o que vem a tona a caracterização de concorrência desleal, competição desigual e desequilíbrio financeiro desarmônico.²⁰¹

Juliano Madalena erige argumentos interessantes no que tange à aplicação da regulação na *internet* e seus novos modelos de negócio. Afirma ele que o alcance da regulação não pode diminuir os direitos de liberdade e de informação, ao mesmo passo em que mantém a pessoa como sujeito de direitos sempre em mente, tornando-a o núcleo do sistema regulatório. Argumenta, desta maneira, que

a determinação do sistema ideal protege a coisa e o sujeito. A coisa é a estrutura digital de comunicação que nomeamos internet, contrapõe-se à pessoa natural, da lição de Clóvis Beviláqua, em que o indivíduo se destaca como elemento ativo da vida social, possuindo direitos e obrigações.²⁰²

²⁰¹ SCHMITT, Patrícia. **Considerações sobre os entraves surgidos entre Teles x Provedores do Segmento de Vídeo sob demanda (VOD) frente à contribuição CONDECINE**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://patriciaschmittadv.jusbrasil.com.br/artigos/701436640/consideracoes-sobre-os-entraves-surgidos-entre-teles-x-provedores-do-segmento-de-video-sob-demanda-vod-frente-a-contribuicao-condecine>>. Acesso em: 24 out. 2019.

²⁰² MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205. p. 188.

Citando Lawrence Lessig, o autor vai além, descrevendo as fases da regulação da *internet*. De acordo com Juliano Madalena, Lessig entende a primeira fase como

aquela originária pelo setor não comercial, como a acadêmica, hackers e pesquisadores. Quanto à segunda fase da regulação, surgem as empresas e companhias comerciais que objetivam adequar a internet de acordo com o melhor proveito para seu negócio. Atualmente nos encontramos na terceira fase de regulação da internet, na qual o movimento regulatório surge como resposta e dever do Estado. Desse modo, cabe ao Estado tutelar as relações sociais na internet, identificando qual o modelo e sistema que consegue regular comportamentos sociais na rede. Para Lessig, a dificuldade em regular a internet advém da necessidade de saber a quem regular, onde esta pessoa está e o que está fazendo.²⁰³

Aragão ensina, à sua vez, que a

regulação da economia é um fenômeno multifacetário e complexo (é um complexo de funções), dotado de grande heterogeneidade, não apenas ao longo da história, mas também dentro dos Estados singularmente considerados, que empregam distintas estratégias regulatórias em função das necessidades concretamente verificadas na sociedade e na economia.²⁰⁴

Isto é, deve-se proceder à regulação com cautela, vez que a opção por uma medida pode afetar outro setor da economia de maneira drástica, vez que todos os setores estão intrinsecamente ligados em uma relação de codependência. Para tanto, o autor afirma que a estratégia adotada por cada Estado depende das condições dispostas à cultura e historicidade da sociedade. Este é, ainda, o entendimento adotado pelo doutrinador, que argumenta a favor do fato de:

a sociedade atual (...) [ser] um agregado altamente diferenciado, com numerosas interdependências, sendo muito comum que uma intervenção reguladora em um âmbito parcial do conjunto social repercuta em outros, fazendo com que a vantagem parcial seja menor que as desvantagens globais. Além disso, apenas uma pequena parte das instituições sociais foi ou é suscetível de ser conscientemente planejada,

²⁰³ MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da internet**: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205. p. 199-192. *apud* LESSIG, Lawrence. **Code 2.0**. New York: Basic Books, 2006. p. 32.

²⁰⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 25

tendo grande parte delas nascido e se desenvolvido preponderantemente como resultado da ação humana espontânea.²⁰⁵

Conforme ensinamentos de Sérgio Guerra, deve-se buscar aferir a devida intensidade e nível da regulação, de modo que a regulação não “sufoque” a atividade econômica exercida²⁰⁶. De acordo com o doutrinador, ainda,

A regulação estatal deve variar de acordo com a atividade a sofrer intervenção estatal indireta. Nos casos em que a regulação incidir sobre a prestação de serviços públicos, a que se refere o art. 175 da Constituição Federal, sob um regime jurídico diferenciado (tarifa, bens, intervenção, caducidade, etc.), a regulação deverá ser forte, intensa. Tem-se como exemplo os serviços públicos de telecomunicações, energia elétrica, distribuição de gás canalizado, transporte, radiodifusão sonora e imagem etc. Caso a regulação incida sobre atividade econômica, isto é, de titularidade exclusiva do particular nos termos do art. 170 da Constituição Federal, a regulação deve ser aplicada de forma mínima (fraca). É o caso, por exemplo, da regulação do exercício de atividades da indústria do tabaco – Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, Lei nº 9.294 de 15 de julho de 1996 e Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, basicamente incidindo sobre os locais de venda do produto, rótulos e embalagens. Por fim, caso a regulação incida sobre atividade que não seja de titularidade estatal, mas possa impactar serviços de utilidade pública prestados à sociedade, de modo que tenham que ser permanentemente adaptados, o nível de regulação deve ser médio (art. 174 da Constituição Federal). A regulação nesse nível e intensidade sobre certas atividades econômicas pode ser representada na telefonia celular, saúde suplementar, TV a cabo, determinadas atividades portuárias, etc.²⁰⁷

É dizer, então, que a regulação varia de acordo com a indispensabilidade do serviço prestado para a sociedade: caso haja uma importância premente no serviço, o Estado, através das Agências Reguladoras, deve estabelecer parâmetros mais rígidos, de modo que seja prestado da forma correta; em contrapartida, serviços que não influenciem a sociedade de maneira tão dramática recebem regulação mais branda. Conforme apreciado pelo autor, serviços de telecomunicação e mídia, por impactarem serviços de utilidade pública prestados à sociedade, em que pese não sejam, *a priori*, de titularidade estatal, recebem sobre si uma regulação média: nem fraca, nem forte. No caso dos serviços de *video-on-demand* e *streaming*, por falta de regulação unificada, ainda, a regulação se mostra um tanto quanto deficiente, afetando o próprio princípio da livre-concorrência, conforme exposto a seguir.

²⁰⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 28

²⁰⁶ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016. p. 207.

²⁰⁷ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016. p. 207-208.

Sérgio Guerra afirma que, à medida em que a TV sofre uma dada regulação através da ANATEL e da ANCINE, serviços de *video-on-demand* não “recolhe[m] impostos nem taxas regulatórias da Condecine, devida sobre cada título de seu catálogo²⁰⁸. Ademais, está[ão] isenta[os] de exibir um tempo mínimo de sua ‘programação’ com conteúdo nacional, conforme determina a lei”²⁰⁹.

Por conta dessa multiplicidade de interesses e interconectividade envolvida nas ações perpetradas pelas Agências Reguladoras, Aragão propõe um avanço cauteloso na regulação, através do princípio da correção de erros, que consiste em um constante controle obre as ações e suas respectivas reações, vinculadas entre si de maneira concatenada. Desta maneira, erige o autor que se “avançará apenas passo a passo e sempre comparará cuidadosamente os resultados perspectivados com os realmente alcançados, estando continuamente atento aos efeitos secundários desejados”²¹⁰.

Nesse sentido, deve-se atentar para o fato de que a plena liberdade empresarial e a autorregulação são amplamente aceitas, mas deve haver cautela no tratamento, a depender do setor analisado. O caso das operadoras de serviço de *streaming* e *video-on-demand* acessa essa importância com veemência, idealmente adotando-se uma regulação mediana, de modo que não se pretenda sufocar o mercado, mas tão somente regulá-lo para que ele cresça com os incentivos corretamente dados. Cabe ressaltar, todavia, que a regulação não pode ser branda, ou mesmo inexistente, frente a competição entre o novo modelo de serviço e os já existentes, que suportam grande parte das obrigações já estabelecidas e aceitas pelo Estado, sobretudo por intermédio da ANATEL e da ANCINE, conforme anteriormente citado.

²⁰⁸ Sobre a matéria, tanto o Projeto de Lei nº 8.889/2017, quanto o Projeto de Lei nº 37/2018 reconhecem a impossibilidade de se estabelecer uma Condecine sobre cada um dos títulos ofertados no catálogo das plataformas de *streaming* e *video-on-demand*. Ambos os projetos de lei oferecem, contudo, uma alternativa economicamente viável e interessante, tanto para o poder público, quanto para as empresas que exploram a atividade econômica.

²⁰⁹ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016. p. 210-211.

²¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 28-29.

Aragão aduz que a escolha da regulação e sua intensidade deve se dar através do processo democrático, inquirindo-se a sociedade sobre sua opinião²¹¹. Há, todavia, problemática quanto a questão, vez que, segundo dados apontados pelo doutrinador, a consulta popular, em que pese necessária e perseguida pelas Agências Reguladoras sob análise, não obtém, em si, verdadeira participação por parte da sociedade. Exemplifica-se o fato com dados levantados pelo autor, onde as decisões da ANATEL são apreciadas por um restrito número de *players*, geralmente interessados nos resultados produzidos pelas consultas.

O autor, nesta oportunidade, afirma que

setores da doutrina nacional e estrangeira, inspirados inclusive nas normas da Comunidade Europeia, que tenta conciliar os seus traços neoliberalizadores e desestatizadores com a tradição europeia dos serviços públicos, propugnam por uma “neorregulação” ou “regulação para a competência”, distinta da tradicional “regulação econômica”. A regulação estatal visaria principalmente ao estabelecimento dos quadros para que o mercado se desenvolvesse livremente e regulasse naturalmente a atividade.

A “regulação para a competência”, apesar de não poder ser entendida como a única espécie de regulação, de fato vem ganhando cada vez mais espaços. Veja-se, por exemplo, o nosso setor de telecomunicações, com serviços prestados sob o regime do direito privado, com grande abertura à entrada na atividade mediante a emissão de autorizações vinculadas e com o diminuto controle sobre as tarifas, etc. (Lei Geral de Telecomunicações, arts. 126 a 144).²¹²

Allan Rocha de Souza, em contrapartida, argumenta que

Em decorrência da excessiva desregulamentação da economia e a redução do papel do Estado, desde 2008 o mundo já globalizado enfrenta uma profunda crise em razão dos abusos e equívocos cometidos por organizações financeiras privadas, possíveis pela falta de regramento e supervisão estatal, que leva a uma reestruturação do papel do próprio Fundo Monetário Internacional, com maior participação decisória dos países em desenvolvimento, e a uma profunda reflexão sobre o futuro do sistema capitalista global.²¹³

²¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 60.

²¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 28-29.

²¹³ SOUZA, Allan Rocha de. **Cultura, revolução tecnológica e os direitos autorais**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. **Direito digital: direito privado e internet**. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 13, p. 283-302. p. 290.

Por todo o exposto, então, é claro destacar que as Agências Reguladoras devem adaptar as obrigações já devidas aos modelos de negócio já consolidados²¹⁴, de maneira a não sufocar o novo modelo. Atualmente, o Projeto de Lei nº 8.889/2017 estabelece parâmetros, ao nosso ver, razoáveis, adaptando as obrigações às particularidades que se apresentam com a *internet* e suas novidades, à medida em que continuam a regular os serviços prestados pelas emissoras de televisão – tanto a TV aberta, quanto a TV a cabo.

Em tempo, deve-se reiterar que, enquanto se manter com o status de Projeto de Lei, não tem força normativa para estabelecer parâmetros basilares para a regulação do serviço, gerando insegurança jurídica e, em termos brandos, caos regulatório.

3.4.2 Da Teoria da Captura regulatória e métodos de controle das Agências Reguladoras

A Teoria da Captura, também conhecida como *Capture Theory*, na doutrina americana, tem como objetivo principal evitar e mesmo atrofiar quaisquer tentativas de terceiros a intervir nas ações perpetradas pelas Agências Reguladoras em favor de um ou mais *players* – as decisões, em si, devem ser técnicas e buscarem a parcimônia na economia –, advogando pela bandeira da independência da pessoa controladora²¹⁵, tanto dos atores do mercado, quanto da pressão político-estatal. Intenta-se, portanto, afastar influências indevidas sobre as Agências Reguladoras, de modo que não se prejudiquem os usuários do serviço prestado.

Binbenbojm destaca, nesta oportunidade, a diferença entre os momentos históricos nos quais as Agências Reguladoras foram implementadas – comparando a experiência americana com a brasileira. Segundo o doutrinador,

²¹⁴ Não que o modelo de negócio das plataformas de *streaming* e *video-on-demand* já não tenha se consolidado mundo afora – e Brasil adentro, também. Ferramenta de democratização do acesso à cultura e à mídia audiovisual, a *internet* e as plataformas de *streaming*, através de um preço combinado, oferecem uma oferta abrangente de títulos a serem escolhidos pelo usuário.

²¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 520.

enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do *status quo*: enquanto lá buscavam elas a relativização das liberdades econômicas básicas. Como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.²¹⁶

Sérgio Guerra entende que a escolha da Agência Reguladora deve ser baseada em dados técnicos, e não políticos, aplicando-se a discricionariedade aos atos administrativos perpetrados pelas autarquias especiais²¹⁷, de modo que as Agências Reguladoras e seus atos sejam tidos como função do Estado, e não de Governo. Portanto, não se submeter, *a priori*, ao jugo popular ou às pressões mercadológicas e clamores dos grandes atores.

Para evitar a Captura, o Legislativo estabeleceu uma série de regras nas legislações de instituição das Agências Reguladoras – curiosamente, as mesmas regras têm como condão torna-las modestamente independentes frente às outras autarquias integrantes da Administração Pública Indireta –, em que pese Meirelles e Oliva atentem para o fato de que inexiste, de fato, um isolamento total por parte das Agências Reguladoras, dados os dispositivos constitucionais e legais que preveem certo controle político sobre as decisões que, *a priori*, deveriam ser técnicas²¹⁸. Na mesma linha, Binenbojm atentou, à época de sua obra, para o fato de ainda haver uma grande ingerência política sobre as decisões administrativas, de modo que a Agência Reguladora não optasse por decisões tidas como impopulares pelo conceito público, malgrado fossem, a longo prazo, mais benéficas para a massa populacional²¹⁹. De acordo com o doutrinador, esta hipótese geraria uma “disputa de poder entre um governo novo – e pleno de legitimidade – e as agências independentes, cujos dirigentes deviam seus mandatos ao governo anterior”²²⁰.

²¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006. p. 153.

²¹⁷ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016. p. 205.

²¹⁸ MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. **Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-565, Aug. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 Nov. 2018. p. 561.

²¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006. p. 155.

²²⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006. p. 155.

Meirelles e Oliva, à sua vez, atentam para o fato do modelo brasileiro criar regras procedimentais para legalizar o controle político, tais como:

mecanismos orientados para a publicização das decisões regulatórias, para a realização de consultas públicas, assim como exigências de que as escolhas finais feitas pelo regulador devem ser sustentadas por justificção escrita, pública e racionalmente fundamentada algo que, notadamente, facilita o acompanhamento e o controle da atividade regulatória pelos atores políticos. Ademais, é obrigatória a comunicação prévia à Casa Civil da Presidência da República em caso de audiência pública acerca de anteprojeto de lei proposto pela agência.²²¹

Os autores, nesta oportunidade, referem-se a três grupos de mecanismos de controle, que se dividem, basicamente, entre: “desenho contratual da relação entre políticos e agências”²²², “triagem e seleção”²²³ e “mecanismos de controle institucional”²²⁴.

O primeiro grupo trata, de acordo com a classificação proposta, de uma

fixação de regras e compromissos específicos, por meio dos quais busca-se estabelecer interesses compartilhados entre agentes e principais de forma a que, ao procurar a consecução de seus próprios objetivos, o agente venha a atuar também de acordo com o interesse do principal. O sucesso desse tipo de controle depende da habilidade dessa contratualização na criação de incentivos à atuação dos agentes em consonância com as preferências dos principais. Assim, as regras que dão suporte à atuação dos burocratas devem ser cuidadosamente formuladas para que premiem a

²²¹ MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. **Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-565, Aug. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 Nov. 2018. p. 560.

²²² MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. **Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-565, Aug. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 Nov. 2018. p. 553-554.

²²³ MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. **Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-565, Aug. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 Nov. 2018. p. 553-554.

²²⁴ MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. **Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-565, Aug. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 Nov. 2018. p. 553-554.

atuação de acordo com as preferências consignadas pelos políticos e punam os casos de discrepância.²²⁵

É dizer, basicamente, que se busca uma harmonização no nicho abarcado pela Agência Reguladora, estabelecendo pontos em comum que podem ser alcançados por ambas as partes da dinâmica, de modo que se chegue a um acordo onde ambas as partes ganhem algo a seu favor.

Acerca da triagem e da seleção, o grupo de controle que adquire destaque no momento em que o Chefe do Poder Executivo – no caso, o Presidente da República – passa a ter direito a escolher os agentes que comporão a mesa da diretoria das Agências Reguladoras. Em que pese o mandato tenha, como característica, ser a tempo determinado (o que confere uma maior estabilidade aos membros indicados e evita hipótese de Captura Política), há uma certa ingerência e controle exercido pelo Poder Executivo sobre as Agências, de modo que os projetos de governo e Estado se alinhem uns com os outros²²⁶.

Quanto aos mecanismos de controle institucional, exemplifica-se com o poder de veto do Chefe do Executivo ou o controle orçamentário, trunfos importantes caso a decisão técnica, seguida pela Agência Reguladora, seja desfavorável à agenda política adotada pelo Poder Executivo (isto é, pela Administração Direta)²²⁷.

Pois bem, existe uma série de mecanismos de controle das Agências Reguladoras por parte do governo, mas, ao que tudo indica, estes gozam de teor predominantemente procedimental, que se identificam com aqueles caros ao processo civil e à própria publicização

²²⁵ MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. **Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-565, Aug. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 Nov. 2018. p. 553-554.

²²⁶ MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. **Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-565, Aug. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 Nov. 2018. p. 553-554.

²²⁷ MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. **Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-565, Aug. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 Nov. 2018. p. 553-554.

das decisões e atos em geral, de modo que os efeitos passem a ser *erga omnes*, e não apenas *inter partes*.

Sobre o tema, Sérgio Guerra expõe que deve haver, ademais, a conjugação entre governança e governabilidade na atuação das Agências, resultando na transparência dos resultados. A governança se relacionaria com as ferramentas para a eficiência da operação estatal, enquanto a governabilidade, segundo o doutrinador, estaria vinculada

às condições adequadas ao ambiente político em que se efetivam as ações da administração e pelo padrão de intervenção econômica e social. Passa pela ideia de credibilidade e imagem pública dos governantes, decorrendo na própria legitimidade do governo.²²⁸

Por fim, além do controle social por parte dos órgãos da Administração Pública Direta e pelo Poder Legislativo, existe, também, o controle popular, em que pese tímido. É neste ponto, inclusive, no qual a Captura pode se dar de forma mais proeminente. Admite-se a participação popular, havendo previsão nas próprias leis instituidoras das autarquias federais, para tanto, de modo a consultar a população acerca de suas opiniões sobre as questões tratadas. Todavia, como asseverado por Carvalho Filho e citado anteriormente, a pouca veiculação das tratativas e a falta de interesse resultam em uma participação viciada, pertencente tão somente aos players que se interessam sobre as decisões, e não a população em geral, que será imediatamente afetada pelo ato normativo dali resultante. Sérgio Guerra afirma que

as agências devem ter um "plano de gestão" e um "plano de execução das metas". Só assim a sociedade em geral poderá exercer um controle efetivo (não meramente formal), sobre seus atos. Na linha da atual lei de transparência, todos os dados devem ser disponibilizados, via internet, para legitimar o processo de acompanhamento e controle dos planos. Em conclusão, os setores regulados não devem sofrer solução de continuidade na governança pública. Mesmo diante da alternância decorrente do sufrágio e das ações que afetam a governabilidade.²²⁹

²²⁸ GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: entre governança e governabilidade**. Valor Econômico, v. 1, p. 1-a14, 2013.

²²⁹ GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: entre governança e governabilidade**. Valor Econômico, v. 1, p. 1-a14, 2013.

CONCLUSÃO

O projeto de desestatização da economia, positivado pelo Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/1997) trouxe uma série de questões quanto à atuação do Poder Público na Economia, dessa vez como ente moderador, e não tão abertamente como agente ativo, tal como nas décadas anteriores. A doutrina especializada não parece ter encontrado, todavia, resposta definitiva quanto aos limites de atuação das Agências Reguladoras, debatendo sobre sua atuação em meio às diferentes variáveis apresentadas.

Inicialmente, entendeu-se que a atuação das Agências Reguladoras implicadas na regulação de serviços de *streaming* e *video-on-demand* era mais forte do que efetivamente se descobriu ser, após estudo adequado. Em que pese hajam projetos de lei em tramitação que buscam regular o nicho e a interferência das autarquias de regime especial nele, estes ainda estão em fase de apreciação pelas respectivas Casas do Legislativo, o que fragiliza a posição das autarquias de controle, que necessitam de ao menos uma base legislativa para justificar a normatização específica por elas utilizada.

Por ser uma das primeiras Agências Reguladoras e contar com embasamento legal, a atuação da ANATEL se mostrou mais assertiva, regulando as relações entre as empresas que prestam o serviço de banda larga e os consumidores ao estabelecer requisitos mínimos para a manutenção da relação. Os dispositivos por ela editados têm como objetivo o controle e a racionalização do consumo da *internet* – bem finito, apesar de crença contrária, já que a estrutura das empresas que prestam o serviço de banda larga possui limites –, vinculando sua regulação ao próprio consumo do usuário assinante de serviços de *streaming* e *video-on-demand*, atentando-se para o fato de que a velocidade contratada afeta o próprio perfil de uso adotado pelo usuário de acordo com suas possibilidades e necessidades.

Em contrapartida, em que pese existam estudos feitos pela ANCINE objetivando regular o novo mercado, de modo a estabelecer um ambiente de equidade entre os diversos *players* da área de mídia no Brasil, a Agência não pode estabelecer tributos sem que haja sua respectiva previsão em lei – lei esta que ainda não foi aprovada –, o que fragiliza sua posição regulatória.

Quanto ao controle sobre as decisões tomadas pelas Agências Reguladoras, entendeu-se que há meios de controlar as posições tomadas pelo Conselho Diretor, em que pese a exoneração se caracterize por ser *ad nutum*, o que conferiria, em tese, um nível maior de estabilidade aos Diretores, de modo que não atuassem sob o receio de uma possível exoneração frente a tomada de uma decisão impopular. Os autores, nesta oportunidade, referem-se a três grupos de mecanismos de controle, que se dividem, basicamente, entre: desenho contratual da relação entre políticos e agências, triagem e seleção e mecanismos de controle institucional, bem como controles de teor procedimental – neste ponto, o controle pode ser exercido mesmo pelo Poder Judiciário, caso haja desrespeito ao procedimento estabelecido em lei – e o próprio controle popular.

Desta forma, conclui-se que a atuação das Agências Reguladoras, em que pese necessária para o estabelecimento de um ambiente competitivo neste novo nicho mercadológico, encontra entraves legislativos e burocráticos – entraves estes que o próprio Legislador ergueu ao estabelecer uma série de exigências para a atuação das autarquias especiais – para o seu sucesso, eficácia e economicamente.

A demora na regulação que sopesa as particularidades de cada modelo de negócio, nesse sentido, acusa certa ineficácia no modelo, vez que dependente da vontade do Legislativo em dados momentos, como quando se busca a criação de novo tributo, conforme se depreende do caso da ANCINE e a CONDECINE. Nas raras ocasiões em que não necessita de aval imediato do Legislativo para agir, a Agência Reguladora costuma apresentar resultados regulatórios mais satisfatórios, como no caso da ANATEL e sua atenção à relação entre consumidor e provedoras de rede. Todavia, atenta-se para a premente importância do estabelecimento de normas capazes de guiar as normativas editadas pelas Agências Reguladoras, evitando-se, ao máximo, a Captura Política Regulatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Miguel Tadeu Bertanha de. **Análise da Natureza Jurídica do Serviço On-demand Sob a Perspectiva da Incidência Tributária**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://miguelbertanha.jusbrasil.com.br/artigos/584968040/analise-da-natureza-juridica-do-servico-on-demand-sob-a-perspectiva-da-incidencia-tributaria>>. Acesso em: 24 out. 2019.

ANCINE – Agência Nacional do Cinema. **Vídeo sob demanda: análise de impacto regulatório**. Disponível em: <https://ancine.gov.br/sites/default/files/AIR_VoD_versao_final_PUBLICA_12.08.2019-editado-paginas-excluidas-mesclado-paginas-excluidas.pdf>. Acesso em 24 out. 2019.

ANDRADE, Wiliam Machado de; TOLEDO, Glauco Madeira de; Corrêa, Dalila Alves. **Problemas na definição legal brasileira de TV sob demanda via internet**. Revista Geminis – Grupo de estudos sobre mídias interativas em imagem e som – Universidade de São Carlos, nº 1, ano 4, p. 108-126, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. v. 1. 356p.

_____. **Novas tecnologias e mutações regulatórias nos transportes públicos municipais de passageiros: um estudo a partir do caso UBER**. Direito da Cidade, v. 8, p. 1690-1706, 2016.

_____. **Obsolescência regulatória por efeito de inovações tecnológicas: vai de Uber ou de táxi?** In: Fernando Leal; José Vicente Santos de Mendonça. (Org.). Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias. 1ed. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, v. 1, p. 35-52.

_____. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, p. 415-437, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. **Lei n° 9.491, de 09 de setembro de 1997.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n° 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm>. Acesso em: 30 mai. 2019.

_____. **Medida Provisória n° 2.228, de 06 de setembro de 2001.** Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. ANCINE. **Instrução Normativa n° 104, de 10 de julho de 2012.** Dispõe sobre o Registro de Obra Audiovisual Não Publicitária Brasileira, a emissão de Certificado de Produto Brasileiro e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.ancine.gov.br/pt-br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas/instru-o-normativa-n-104-de-10-de-julho-de-2012>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

_____. **Decreto n° 7.962, de 15 de março de 2013.** Regulamenta a Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. **Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 8.889/2017.** Dispõe sobre a provisão de conteúdo audiovisual por demanda (CAvD) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A0DC58079DEBA24F1F96DE228480A220.proposicoesWebExterno2?codteor=1612085&filename=PL+8889/2017>. Acesso em: 04 nov. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Relator não aceita negociar neutralidade de rede no marco civil da internet: operadoras de telecomunicações são contrárias ao dispositivo do projeto, que as impede de oferecer ao consumidor pacotes com serviços diferenciados.**

Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/410900-relator-nao-aceita-negociar-neutralidade-de-rede-no-marco-civil-da-internet/>>. 07/08/2013 – 18h07. Acesso em 29 set. 2019.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 37/2018**. Dispõe sobre a provisão de conteúdo audiovisual por demanda (CAvD) e dá outras providências. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7631335&ts=1567522789938&disposition=inline>>. Acesso em: 04 nov. 2019. Texto Original.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. Ed. Saraiva. São Paulo, 1998, 20ª ed. p. 304.

FORNAZARI, Fabio Kobol. **Instituições do Estado e políticas de regulação e incentivo ao cinema no Brasil: o caso Ancine e Ancinav**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 647-677, Ago 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 Nov. 2018.

GOMES, Débora. **Veja o que é video on demand e com esse mercado está nos impactando!** 30 Out. 2018. Disponível em: <<https://sambatech.com/blog/insights/video-on-demand/>>. Acesso em 29 Mai. 2019.

GOULARTO, Guilherme Damasio. **O impacto das novas tecnologias nos direitos humanos e fundamentais: o acesso à internet e a liberdade de expressão**. Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global – www.ufsm.br/redesg v. 1, n. 1, jan.jun/2012

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: entre governança e governabilidade**. Valor Econômico, v. 1, p. 1-a14, 2013.

_____. **Discrecionabilidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, v. 1. 480p, 2018.

_____. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público (Impresso), v. 100, p. 201-214, 2016.

_____. **Riscos, Assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas.** In: Rafael Vêras de Freitas; Leonardo Coelho Ribeiro; Bruno Feigelson. (Org.). *Regulação e novas tecnologias*. 2ed. Belo Horizonte: Fórum, v. 1, p. 83-98, 2018.

GUERRA, Sérgio (Org.). **Teoria do Estado Regulador**. v. II Curitiba: Juruá, 318p, 2016.

GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia (Org.). **Processo Administrativo nas Agências Reguladoras**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, v. 1. 175p, 2016.

HAIKAL, Victor Auilo. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos: algumas reflexões.** In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 15, p. 311-348.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1. ed. São Paulo: Editora Zahar, 2018.

LOPES, Alan Moreira. **Lei 12.965, de 23.04.2014** – estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (Marco Civil da Internet). In: _____. *Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.1, p.13-112.

LOPES, Alan Moreira; TEIXEIRA, Tarcísio. **O direito das tecnologias móveis.** In: _____. *Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.2, p.267-292.

MADALENA, Juliano. **Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital.** In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 8, p. 183-205.

MARANHÃO JÚNIOR, Magno de Aguiar. **Projeto de lei para a regulamentação de vídeo sob demanda tenta ameaçar o protagonismo da Ancine para a regulação.** Jusbrasil, 2017. Disponível em: < <https://magnomaranhao.jusbrasil.com.br/artigos/561411313/projeto-de-lei-para-a-regulamentacao-de-video-sob-demanda-tenta-ameacar-o-protagonismo-da-ancine-para-a-regulacao>>. Acesso em: 24, out. 2019.

MARINI, Gabrielle Kaczalovski. **Decreto 7.962, de 15.03.2013** – Regulamenta a Lei 8.078, de 11.09.1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LOPES, Alan Moreira. Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.5, p.147-164.

MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. **Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-565, Aug. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 Nov. 2018.

NOHARA, Irene. *Ad nutum*. 12 Abr. 2011. Disponível em: <<https://direitoadm.com.br/35-ad-nutum/>>. Acesso em 30 Mai. 2019.

OLIVEIRA, Silas. **Afinal, o que é streaming on demand?** 16 Jan. 2018. Disponível em: <<https://www.olivetreefilmes.com.br/blog/afinal-o-que-e-streaming-on-demand/>>. Acesso em 29 Mai. 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. Ed. Malheiros, São Paulo, 2001.

SANTOS, Keila dos. **Lei 9.9609, de 19.02.1998** – dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no país, e dá outras providências. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LOPES, Alan Moreira. Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. cap.4, p.117-145.

SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. **Direito e Internet**. São Paulo: Ed. RT, 2014.

SCHMITT, Patrícia. **Considerações sobre os entraves surgidos entre Teles x Provedores do Segmento de Vídeo sob demanda (VOD) frente à contribuição CONDECINE**.

Jusbrasil, 2019. Disponível em:

<<https://patriciaschmittadv.jusbrasil.com.br/artigos/701436640/consideracoes-sobre-os-entraves-surgidos-entre-teles-x-provedores-do-segmento-de-video-sob-demanda-vod-frente-a-contribuicao-condecine>>. Acesso em: 24 out. 2019.

SOUZA, Allan Rocha de. **Cultura, revolução tecnológica e os direitos autorais**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Direito digital: direito privado e internet. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 13, p. 283-302.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos:** algumas reflexões. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. cap. 25. p. 591-615.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 2 ed. atual. e apl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Tarcísio; LOPES, Alan Moreira, coordenadores. **Direito das novas tecnologias:** legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.