



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O DIREITO COMPARADO COMO FONTE DE
INSPIRAÇÃO PARA A REGULAMENTAÇÃO DO
SERVIÇO DE OFERTA DE CONTEÚDO DE VÍDEO
ENTREGUE POR MEIOS ALTERNATIVOS**

por

LUIZA BARROS OLIVEIRA DE MAGALHÃES CASTRO

ORIENTADORA: Ana Lucia de Lyra Tavares

2016.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

O DIREITO COMPARADO COMO FONTE DE INSPIRAÇÃO PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SERVIÇO DE OFERTA DE CONTEÚDO DE VÍDEO ENTREGUE POR MEIOS ALTERNATIVOS

por

LUIZA BARROS OLIVEIRA DE MAGALHÃES CASTRO

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro
(PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Ana Lucia de
Lyra Tavares

2016.1

"Life is not measured by the amount of breaths you take, but by the moments that take your breath away." – Micalea Smeltzer

"It's kind of fun to do the impossible." - Walt Disney

AGRADECIMENTOS

Aos meus queridos pais Patricia e Luciano, que sempre me apoiaram e incentivaram enfrentando todo tipo de adversidade para me ajudar a realizar esta conquista. Eles nunca desistiram de me dar conselhos e de apoiar todas as minhas escolhas pessoais, sempre me mostrando os problemas do caminho e apoiando-me sempre. Obrigada por toda a paciência ao longo dessa caminhada, desde as minhas noites de estudo até os jantares com meus monólogos intermináveis. Agora é a hora de poder compartilhar mais essa vitória com vocês. Afinal, sem vocês, absolutamente nada disso seria possível. Vocês sempre serão os meus maiores exemplos. Obrigada pelo investimento, pelo amor, pelo carinho, pela dedicação e pela paciência. Amo vocês.

Aos meus irmãos Lucas e Bruno, por toda paciência e companheirismo, até mesmo nas ocasiões de mais puro estresse. Cada um do seu jeito me incentivou dos mais diversos modos. Ajudaram-me em todos os momentos ao longo de nossa trajetória e muitas vezes me deram força para esquecer a dificuldade e me fizeram seguir em frente. Obrigada por estarem sempre ao meu lado e por tornarem meus dias melhores.

À minha família que sempre me incentivou, que acreditou no meu potencial, e que nunca me deixou desistir. Obrigada pela preocupação e carinho. Serei eternamente grata.

“*in memoriam*” dos meus avôs paterno e materno Ivan Oliveira e Manuel Rey, que apesar de terem deixado este mundo quando eu ainda nem tinha iniciado a minha trajetória no Direito, foram grandes fontes de inspiração pessoal e profissional em minha vida e especialmente ao longo de toda a minha trajetória.

Ao meu namorado Thales Farias por todo amor, carinho, paciência, e acima de tudo, pela ajuda nessa reta final.

Agradeço ainda aos amigos de faculdade: tudo teria sido mais difícil sem vocês no meu caminho. Obrigada a todos pela amizade e troca de aprendizado nesses cinco anos.

Ainda, agradeço a minha querida atlética, que completou ainda mais minha caminhada, me proporcionou momentos inesquecíveis e a encheu de alegrias e satisfação. Com certeza fazer parte desta, por vezes família, foi um prazer inenarrável que ainda me deu de presente amigo para a vida.

Por fim, e não menos importante, agradeço imensamente à minha orientadora Ana Lucia, por aceitar o desafio de me orientar neste tema e por toda a dedicação. Obrigada por contribuir de forma tão significativa para meu aprendizado.

RESUMO

CASTRO, Luiza Barros Oliveira de Magalhães. O Direito Comparado como fonte de inspiração para a regulamentação do serviço de oferta de conteúdo de vídeo entregue por meios alternativos. 60 p. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2016.

O presente trabalho tem por objetivo analisar as diversas formas de regulação das OTTs (*over-the-top*) existentes em distintos sistemas jurídicos. Esta análise será feita a partir do levantamento das diferentes regras e formas de lidar com o tema, usando como base não apenas o direito estrangeiro, como também o direito comparado, visto que, ainda não há um ordenamento jurídico que regule, de modo completo, este fenômeno. Deste modo, o direito comparado, em suas dimensões estática e dinâmica, de recepção de direitos, apresenta-se como fonte de inspiração para apontar elementos, não apenas, visando à elaboração desta regulamentação, como também para indicar soluções para os problemas resultantes da falta da mesma. Sendo assim, o presente trabalho destina-se a examinar esta situação de falta de regulamentação em grande parte dos sistemas jurídicos. Nortearam a nossa análise, na fase comparativa, duas variáveis, a saber: a existência (ou não) de regulamentação específica e a aplicação, por analogia, de normas preexistentes. Objetiva-se, portanto, examinar como estão sendo reguladas essas novas tecnologias no direito comparado e de que forma podem as soluções jurídicas do direito estrangeiro servir de aportes para o direito brasileiro.

Palavras-chave

Oferta de conteúdo de vídeo (OTT); Direito Comparado; Regulamentação; Direito Estrangeiro; Regulação; internet; variáveis; analogia.

Sumário

Introdução	9
Capítulo 1: Quadro Temático e Metodológico.....	12
1.1 – Breve histórico sobre as OTTs	12
1.2 – A utilidade do recurso ao Direito Comparado no presente estudo.	18
Capítulo 2: Cenário de Regulamentação na América do Norte.....	24
2.1 – Estados Unidos e o Direito Americano	24
2.2 – A Regulamentação no Canadá e a sua Legislação	28
Capítulo 3: Na União Europeia	29
Capítulo 4: O Sistema do Direito Francês e como vem sendo feita a Regulamentação.....	34
Capítulo 5: Como o tema vem sendo abordado na Austrália.....	35
Capítulo 6: Cenário Asiático	36
6.1 - China.....	36
6.2 - Índia	38
6.3–Indonésia e Japão	38
6.4 – Malásia e Singapura	39
6.5 – Tailândia e Vietnã	40
Capítulo 7: Resumo do Regramento Atual Brasileiro	41
Capítulo 8: Panorama Comparativo	48
Conclusão	51
Bibliografia.....	54

Abreviações

ABEI - Administração de Radiodifusão e Eletrônico Informação

ACMA – Australian Communications and Media Authority

ADSL – Asymmetric Digital Subscriber Line

ALRC – Australian Law Reform Commission

ANCINE – Agência Nacional do Cinema

ARCEP – Autorité de Régulation des Télécommunications

AVMSD – Audiovisual Media Services Directive

CERT – Computer Emergency Response

CRTC – Canadian Radio-television and Telecommunications Commission

DTH – Direct To Home

FCC - Federal Communications Commission;

GAPP – General Administration of Press and Publication

IP – internet Protocol

MCMC – Malaysian Communications and Multimedia Commission

MDA – Media Development Authority

MIC - Ministério da Informação e Comunicação

MICT - Ministério da Tecnologia da Informação e Comunicações

MIIT – Ministry of Industry and Information Technology

MVPD - Multichannel Video Programming Distributor

OTT– Over-the-Top

OVD – Disco óptico de vídeo

P2P – Peer-To-Peer

SARFT – State Administration of Radio, Film, and Television

SEAC – Serviço de Acesso Condicionado

SIIO – State internet Information Office

TV- Televisão

HD – High Definition

VOD – Video on Demand ou Vídeo sob demanda.

Introdução

O presente trabalho destina-se a realizar um levantamento sobre as normas jurídicas para os de serviços de oferta de conteúdo de vídeo “*over the top*” - OTT, existentes no mundo. Pelo que se constatou ao longo dos últimos dois anos, quando o tema começou a chamar atenção e se tornar um ramo midiático de fato, ganhando espaço no mercado mundial, é que não há ainda regulamentação adequada para tais serviços.

Porém, antes de seguirmos com a apresentação do tema, é imprescindível definir o que seriam os meios alternativos de entrega de conteúdos audiovisuais. Trata-se de novas tecnologias ainda não efetivamente reguladas, em todo o mundo, mas já difundidas em todos os continentes, sob a designação de “OTTs”.

OTT são as iniciais da expressão *Over The Top*. Indica, a referida expressão, um serviço de fornecimento de produtos audiovisuais pela internet, sem a possibilidade de *download*, apenas para assistir. Temos como exemplo mais nítido e conhecido no Brasil o *Netflix*.

Em vista de ser uma tecnologia de ponta e em razão da carência de regulamentação em todos os sistemas jurídicos, optou-se, para o desenvolvimento deste estudo de Direito Comparado, por examinar o assunto à luz das seguintes variáveis: 1) existência (ou não) de regulamentação específica e 2) aplicação, por analogia, de normas preexistentes. Objetiva-se, portanto, examinar como estão sendo reguladas essas novas tecnologias no direito estrangeiro e qual o tratamento jurídico que vêm recebendo em nosso país.

Destarte, ainda que não haja uma regulamentação específica para os serviços de OTT, as emissoras e transmissoras devem trabalhar novas formas de negócio no meio das mídias de oferta de conteúdo de vídeo entregue por meios alternativos com as empresas que controlam os dispositivos, bem como a interação com os consumidores.

As OTTs vêm trazendo novos tipos de desafio a este mercado, os quais podem determinar quais tipos de decodificadores que estão conectando a televisão à internet. Tal situação inova, uma vez que se diferencia da relação tradicional entre o meio midiático e a cultura, os quais se desenvolveram em torno do aparelho de televisão. É um mercado com o qual as operadoras de TV por assinatura e as emissoras ainda não sabem como lidar.

Porém existem ainda barreiras a serem vencidas, sendo estas as barreiras técnicas e jurídicas, principalmente nos países da América Latina. Por fim, antes de apresentar como este assunto vem sendo tratado ao redor do mundo, vale lembrar que, no Brasil, os serviços OTT não são regulados nem mesmo definidos em lei ou norma infralegal. A lei nº 12.485, de 2011, que dispõe sobre os serviços de acesso condicionado, não regula a internet, portanto, seus dispositivos não se aplicam aos serviços de OTT.

Apesar desta patente tendência na atualidade, pouco se discutiu sobre a regulamentação das OTTs e – talvez mais importante – pouco se sabe sobre os efeitos que esta prática trará sobre o Estado Democrático de Direito, o qual se erige em princípio constitucional de inúmeros Estados contemporâneos. Justamente estas dúvidas foram o motor e o norte da presente pesquisa, que se debruça sobre uma prática já muito utilizada, e que tem importantes repercussões, em especial, no campo do direito.

A implantação deste novo meio de transmissão de mídia, no entanto, não é simples. Apesar de uma falta de regulamentação específica, e, talvez, justamente por isso haja tantos obstáculos para a entrada e implantação deste meio, entre os quais podemos brevemente listar, alguns que serão mais explorados ao decorrer deste trabalho: (i) a OTT necessita de dispositivos que possam suportar os novos padrões trazidos por ela para tornar-se presente de forma massiva em qualquer lugar; (ii) limitações de

banda das atuais conexões, na maioria ADSL¹, impactam na qualidade requerida pelos conteúdos HD²; (iii) em geral, os custos ainda favorecem distribuidores tradicionais, embora com a queda de preços dos serviços IP³ essa diferença tenda a desaparecer.

O futuro desses serviços tem sido muito focado na disputa que se dá com o modelo tradicional de TV. Afinal, a TV ainda é o principal meio de comunicação, em termos de abrangência em diversas camadas da sociedade, e também movimenta muitos interesses financeiros e políticos na circulação de informações. Um dos perigos que rondam este debate é que a OTT pode funcionar como a TV tradicional.

Para que sejam atingidos os objetivos do presente estudo, será brevemente analisado o conceito de Direito Comparado e, em especial, a busca de e uma regulamentação a partir de elementos por ele fornecidos. Será apresentada, ainda, a forma como diversos países vêm lidando com esta problemática, bem como casos atuais ou recentes da utilização, por parte de empresas, dos serviços de OTT.

Na elaboração da pesquisa, foi prioritariamente aplicado o método comparativo. Quanto ao levantamento de dados, foi analisada a bibliografia relacionada ao assunto, bem como notícias e estudos internacionais pertinentes.

¹É um formato de DSL, uma tecnologia de comunicação de dados que permite uma transmissão de dados mais rápida através de linhas de telefone do que um modem convencional pode oferecer.

²A expressão significa “Alta Definição”.

³ É um número que identifica um dispositivo em uma rede (um computador, impressora, roteador, etc.). Estes dispositivos são parte de uma rede e são identificados por um número de IP único na rede. O endereço IP é composto por 4 números (até 3 dígitos) e separados por "." (ponto).

Capítulo 1: Quadro Temático e Metodológico

1.1 – Breve histórico sobre as OTTs

“*Over the Top*” ou como é comumente denominada OTT, tem suas origens na Primeira Guerra Mundial. Isso porque a expressão era usada pelos britânicos para descrever a infantaria que saía do espaço seguro de suas trincheiras para atacar os inimigos em campo aberto, literalmente pulando a trincheira e ultrapassando barreiras⁴, e atualmente é como se denominam os serviços de áudio e vídeo pela internet, e, é nesta categoria que se enquadram os populares *Netflix* e *iTunes*. O próprio *YouTube*, embora gratuito, também se enquadra nesta categoria, assim como novos serviços que vêm surgindo via *Google* e *Amazon*, por exemplo.

Ainda assim, é importante ver que mesmo sem um sistema jurídico que regule este serviço de fato, o mesmo não se encontra à deriva e sem qualquer respaldo do meio jurídico. Isso porque os serviços de OTT tornaram-se, em todo o mundo, grande preocupação, por conta do seu crescimento no mercado mundial.

A grande polêmica começa a girar em torno desses serviços prestados por empresas fora do país e não por não recolherem impostos. As emissoras nacionais vêm organizando-se para defender junto ao governo maior isonomia com esses serviços.

Embora a grande discussão envolvendo as OTTs, no Brasil e no mundo, seja a assimetria regulatória, inclusive sobre o aspecto tributário, existente entre tais serviços e os serviços tradicionais de distribuição de conteúdo audiovisual, o objetivo do presente levantamento não é analisar

⁴Em uma publicação de 1916 (*War Illustrated*), havia a frase: "Some fellows asked our captain when we were going over the top." Disponível em <http://www.phrases.org.uk/meanings/over-the-top.html>

em detalhe as distinções em cada sistema jurídico, pois para tanto, deveríamos analisar toda a ordem jurídica dos diversos países para apontar todas as obrigações atinentes às distribuidoras tradicionais de conteúdo não aplicáveis às OTTs. O objetivo é, tão somente, identificar como o assunto vem sendo tratado ao redor do mundo, por meio de um grupo de amostragem e como o Direito Comparado pode se tornar um instrumento para o início da regulamentação deste tema.

A grande adesão a este tipo de serviço vem sendo no que tange à chamada grade de programação. Os usuários mostram-se capazes de construir portais de conteúdo personalizado, agregando uma variedade de díspares provedores de conteúdo, (incluindo os principais estúdios). Tal atividade acarretará a necessidade de criação de novos modelos de negócio que aproveitem as facilidades da integração de produtos e tecnologias. Desta forma, passaremos a ter uma nova base de competição, sendo esta, não só a de audiência, mas também a de consumo de conteúdo.

Penso que o tema “OTT” é algo para o qual tanto as emissoras quanto as transmissoras devam ficar atentas. Não só por estar alterando todo o ecossistema ao redor dos diversos dispositivos que estão se integrando aos televisores, mas por estar definindo o novo modelo de negócio de distribuição de vídeo, mas também está alterando. Se antes não era imaginável adir uma placa de rede a uma televisão, hoje descobrimos que isso norteará outras relações, além de acrescentar nova forma às já existentes.

As atuais discussões sobre a forma de regulamentação da entrega de conteúdo de vídeo por meios alternativos ganharam grande impulso a partir

do fortalecimento da marca americana *Netflix*, e de algumas outras marcas explicitadas abaixo⁵:

	Descrição do tipo de tecnologia mídia	Exemplos
Sites legais:	<i>“Catch-up” television</i>	<i>BBC iPlayer; Hulu; TVB.com; iwantTV.com.ph</i>
	Transmissão ao vivo	<i>Willow.TV</i>
	VOD oferecido por provedores de TV paga.	<i>Comcast XFINITY; J:COM Xvie HBOGo; Fox Movies Play; ESPN Player</i>
	<i>“TV Everywhere”</i> Ofertas de conteúdo parcerias / plataforma	
	VOD (e VOD por subscrição) <i>streaming</i> oferecido por outros provedores que provedores de TV paga.	<i>Netflix, Hulu, Quickfix</i>
	Uploads gerados pelo usuário (amadores e profissionais) <i>YouTube, Dailymotion</i>	

⁵<http://www.teletime.com.br/15/04/2015/para-fcc-competicao-via-ott-e-natural-regulador-defende-leiloes-de-espectro/tt/409205/news.aspx>

Sites ilegais:	<i>Cyberlockers</i>	<i>Megaupload, etc.</i>
	Transmissão ao vivo	<i>3pTV.cn</i>
	<i>Peer-to-Peer networks</i> <i>BitTorrent</i>	<i>The PirateBay</i>
	As redes fechadas <i>peer-to-peer</i> .	Muitos sites acessados por <i>Android-based TV</i> boxes

Para exemplificar como funciona o sistema, trazemos à baila explicações do próprio Netflix:

“Como a Netflix obtém filmes e séries de TV para transmissão online?

A Netflix forma parcerias com os provedores de conteúdo para licenciar direitos de transmissão de diversos de filmes e séries de TV. Também produzimos nosso próprio conteúdo original, como *Orange Is the New Black*, *Bo Jack Horseman*, *Marco Polo* e muitos outros.”⁶

Os efeitos da falta de regulamentação ficam evidentes no texto abaixo citado do site do Netflix quando se informa sobre as razões da não disponibilidade de algumas séries:

"Por que um filme ou série de TV está disponível em um país e em outro não?

Há muitas razões pelas quais um filme ou série de TV pode estar disponível em um país ou região, mas não em outro.

- Preferências regionais

Nós nos esforçamos para adaptar o serviço a cada região. Por exemplo, alguns filmes e séries de TV são populares entre os assinantes dos EUA, mas não no Reino Unido, embora ambos sejam países de língua inglesa.

- Vários proprietários de direitos

Mais de um estúdio ou distribuidor podem possuir os direitos regionais de um filme ou série de TV. Por exemplo, podemos assinar um contrato com um distribuidor para exibir um determinado filme americano na América Latina antes de assinar um contrato com o estúdio que fez o filme para exibi-lo nos EUA.

- Direitos não disponíveis em uma região

⁶<https://help.netflix.com/pt/node/4976>

Às vezes, um filme ou série de TV não está disponível em uma região em particular. Não é possível adquirir um filme ou série de TV se ele não estiver à venda.”⁷

Sobre a vedação de gravação do conteúdo veiculado, observa-se a proibição no *site* do NET NOW:

“Tenho HD MAX, posso gravar os filmes do NOW?

Não. Os filmes disponíveis para locação, podem ser assistidos quantas vezes quiser durante o período da locação (24hs ou 48hs). Já os conteúdos gratuitos podem ser acessados quantas vezes quiser, sem limite de tempo – neste caso não tem a necessidade de gravar, pois já estão “gravados” pela NET, basta escolher e assistir.”⁸

Em vista da falta de regulamentação desta tecnologia tão recente, identificaram-se, para fins de um estudo comparativo, as seguintes variáveis (1) existência (ou não) de regulamentação específica (2) soluções normativas do direito estrangeiro entre elas, a aplicação, por analogia, de normas preexistentes, mas que demonstram o momento de regulamentação dessa nova forma de entretenimento em alguns países. Examinamos, em item à parte, a situação em nosso ordenamento pátrio. Nesta linha de raciocínio, temos ainda que enfatizar que esse tipo de serviço concorre diretamente com a TV por Assinatura, pois ambos atingem o mesmo nicho no mercado no que tange ao aluguel de filmes, a preços irrisórios se comparados aos das operadoras. Podemos dizer que no limite, estes trazem uma clara ameaça a esse mercado, como é possível notar nos Estados Unidos, onde o número de assinaturas canceladas vem aumentando o fenômeno que é chamado de *cord-cutting*, “cortar os fios”, algo que vem levando as diversas emissoras, operadoras e programadoras a um grande nível de alerta. Há alguns anos já se nota a tendência dos assinantes a abandonar os serviços tradicionais de TV paga, quase que em paralelo com a expansão da *Netflix*, principal fornecedora de conteúdo *online*. No total, o

⁷<https://help.netflix.com/pt/node/4976>

⁸servicos.netcombo.com.br/netPortalWEB/appmanager/portal/desktop?_nfpb=true&_pageLabel=P4600771971304346492948

número de “cortadores de fio” pode ser considerado irrisório, porém o que deve ser observado é a curva: aos poucos, aumentaram os serviços que o mercado convencionou chamar de OTT (*over-the-top*) que estão atraindo cada vez mais usuários, em detrimento da venda de assinaturas que parece estar estagnada.

Porém, se formos pensar em custos, há duas outras formas de OTT que quase não se discute: um modelo ligado aos sistemas de produção independente de cultura e outro, ligado a *streaming*⁹ de vídeo por meio de *torrents*¹⁰. No tocante à produção independente, muitos artistas e produtores, por intermédio de *Creative Commons*¹¹ e similares, vem disponibilizando vídeos de forma livre, aberta e gratuita, que podem ser assistidos, distribuídos e remixados. Neste modelo, o custo para assistir é zero, e vem sendo experimentado financiar a produção por *crowdfunding* (financiamento coletivo). O outro, que se utiliza de *streaming* de vídeo em tempo real baseado em *torrent*, que passa pela área polêmica da infração dos direitos autorais, mas que considero deva ser incluído neste estudo, pela sua inovação.

As OTTs vêm aumentando também o fenômeno chamado de *bingeviewing*, que para o Nielsen¹² significa “assistir a três ou mais episódios de uma série por dia”. Esta é uma prática de muitos usuários de serviços de assinatura de *vídeo-on-demand* (VOD) em streaming. De acordo com o relatório “*Over-the-Top Video Analysis 2013*” do Nielsen, 88% dos usuários do *Netflix* e 70% dos usuários do *Hulu Plus* fizeram o *stream* de três ou mais episódios do mesmo programa em um só dia. Isso só

⁹ É uma tecnologia que envia informações multimídia, através da transferência de dados, utilizando redes de computadores.

¹⁰ É a extensão de arquivos utilizados por um protocolo de transferência do tipo P2P, e este último vêm a ser um formato de rede de computadores em que a principal característica é descentralização das funções convencionais de rede, onde o computador de cada usuário conectado acaba por realizar funções de servidor e de cliente ao mesmo tempo.

¹¹ É, na verdade, uma entidade sem fins lucrativos criada para permitir maior flexibilidade na utilização de obras protegidas por direitos autorais.

¹² Nielsen Online Panel, dados da pesquisa do Nielsen, que integra o Nielsen Over-the-Top Video Analysis. Pesquisa conduzida em julho de 2013 com uma amostra de 2.000 consumidores.

reforça o desejo do consumidor de definir sua própria grade de programação.

Por conta de todo esse aumento de popularidade dos sistemas OTT, muitas emissoras de TV por assinatura, já lançaram ou estudam lançar serviços de oferta *over-the-top*, para poderem se adequar e inserir nesse novo nicho de mercado se tornando assim mais competitivo. Neste contexto a *DirectTV*¹³, estuda lançar em breve um serviço OTT, em uma escala menor que o *Netflix* e o *Hulu*, porém se diferenciando do seu atual mercado de TV por Satélite, esta quer lançar um serviço similar ao da *Aereo*.¹⁴ A *ESPN*, da *Disney*, e, a *NFL*, também são duas empresas que sinalizam interesse em aderir a essas novas plataformas.

1.2 – A utilidade do recurso ao Direito Comparado no presente estudo.

Com todo esse cenário mundial sendo modificado e começando a haver necessidade de regulamentação deste novo assunto, vem à tona o Direito Comparado, que pode indicar as soluções já encontradas em outros sistemas jurídicos para equacionar o problema e servir de fonte de inspiração para o nosso direito. Para muitos, o Direito Comparado é um método comparativo aplicado ao direito. Para outros, contudo, reveste-se de caráter científico indicando soluções oriundas, precisamente, da investigação juscomparativas. A atividade comparativa é inerente a qualquer pesquisa jurídica. Em verdade, o próprio ato de pensar é comparativo da realidade que nos cerca. Por conta do aprendizado e do desenvolvimento no ser humano se dar em geral através de tipificações, classificações e generalizações do meio, conforme os objetos sejam

¹³DirectTV é um provedor americano Direct Broadcast Satellite serviço e emissora com sede em El Segundo, Califórnia. Desde julho de 2015, é uma subsidiária da AT & T.

¹⁴Aereo era uma empresa de tecnologia com sede na Cidade de Nova Iorque que permitiu aos assinantes visualizar transmissões ao vivo e deslocadas no tempo de televisão over-the-air em dispositivos conectados à internet.

diferentes ou semelhantes, não há como ser estranho ao Direito o seu conhecimento através do método comparativo, principalmente, quando se vê que o próprio sistema de normas não surgiu exclusivamente do legislador, mas antes é o resultado histórico da convivência e do contato entre as mais diversas nações e povos.¹⁵

Na busca da verdade dos fatos, ganham espaço os métodos de interpretação, como o empírico,¹⁶ o analógico, o dialético, o funcional, o estrutural, o lógico-dedutivo e o comparativo.¹⁷ Sobre este último Tom Miller disse:

“é o método básico e indispensável na procura de regularidades ou leis. Exige a visão externa e o uso da linguagem de dados da comunidade científica, pois é inútil comparar coisas incomparáveis. Exige a identificação das condições-limites, e combina bem com os métodos histórico e de variação concomitante. [...] A maior limitação do Método Comparativo [...] é o fato de que as comparações têm que ser feitas entre fatos ou eventos realmente comparáveis, além de controlar as condições-limites. A comparação mais elegante e melhor documentada não vale mais do que a comparabilidade dos seus dados.”¹⁸

Ao utilizar o método comparativo, podemos dizer que enquanto as demais áreas do Direito se dedicam à aplicação de um determinado ordenamento jurídico, mesmo que comumente estes recorram a outro ordenamento estrangeiro para ajudar na tarefa comparativa, o direito internacional, por exemplo, estuda o ordenamento jurídico da comunidade internacional, por outro lado o Direito Comparado possui objeto diverso, com foco em;

"una pluralidad de ordenamientos jurídicos que actualmente operan [...] y de asumir como propio objetivo final, no tanto El conocimiento de cada uno de los ordenamientos examinados detalladamente, sino La confrontación entre ellos y El

¹⁵ADEODATO, João Maurício. *"Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito"*. Recife, Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPE, v. 8,n.8,p. 194 e 207, 1997.

¹⁶DANTAS, Ivo. *"O Direito Comparado - formação histórica, métodos e técnicas de pesquisa"*. Recife, Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPE, Recife, v. 8, n. 8, p. 187-90,1997.

¹⁷MILLER JR., Tom O. *Métodos e técnicas de pesquisa nas ciências antropológicas*. Natal: Editora da UFRN, p. 15-30, 1991.

¹⁸Ibid.,p. 16.

conseguinte análisis de las diferencias y de las analogias de estructura y de disciplinas reconocibles."^{19 20}

Com isso podemos começar a perceber que ao contrário das demais áreas jurídicas, o Direito Comparado não tem a comparação como mero instrumento eventual para alcançar um determinado objetivo, o Direito Comparado tem como pressuposto o conhecimento dos diversos ordenamentos, cuja principal finalidade é a comparação.

O Direito Comparado faz uso, primordialmente, de ordenamentos contemporâneos, ou seja, realiza estudos sincrônicos. Entretanto, há autores que defendem a comparação diacrônica, com o estudo de experiências de mesma natureza ao longo da história de um sistema jurídico.

É então com base na tese de Direito Comparado como ciência jurídica "positiva", de Pizzorusso²¹, que podemos elencar algumas características e funções do Direito Comparado, quais sejam; (i) uso de técnicas de pesquisa das ciências jurídicas positivas; (ii) quando tem por fim evidenciar diferenças e semelhanças entre diversos ordenamentos, e assim contribuir para o desenvolvimento da cultura jurídica, assemelha-se ao direito jurisprudencial; (iii) identificação de regras e princípios "positivos" comuns a vários ordenamentos.

"Não raro, a função do Direito Comparado é só a instrumental para o estudo dos ordenamentos individuais ou ainda para a reforma do direito vigente ou para outros objetivos semelhantes."²²

e (iv) o direito positivo está presente de modo que não se pode considerar uma investigação como comparatista se não é suscetível de repercutir sobre

¹⁹PIZZORUSSO, Alessandro. *Curso de derecho comparado*. Tradução de Juana Bigozzi. Barcelona: Ariel, p.80, 1987.

²⁰ "uma pluralidade de sistemas legais atualmente em operação [...] e assumir objetivo final em si, não tanto o conhecimento de cada um dos sistemas examinados em detalhe, mas o confronto entre eles e a análise conseguinte das diferenças e analogias das estrutura reconhecível e disciplinas".- tradução aproximada.

²¹SOUTO, Cláudio. *Da inexistência científico-conceitual do Direito Comparado: conceituação do indagar comparativo mais específico da Ciência do Direito*. Recife: [s.n.], 1956.

²²Ibidem, p. 83

a interpretação, principalmente sistemática, ou transformação do ordenamento estatal ou não estatal estudado.

Daí se extrai que suas principais funções seriam a de possibilitar um melhor conhecimento e, conseqüentemente, aplicação do próprio ordenamento jurídico pelos operadores a ele vinculados e, por outro lado, contribuir para o desenvolvimento legislativo do Estado, por intermédio de mudanças normativas. E é neste ponto que o Direito Comparado se torna a base desta pesquisa. Destarte para possibilitar um melhor entendimento das formas de regulamentação a serem empregadas ao serviço de oferta de conteúdo de vídeo entregues por meio alternativos, a comparação com os modelos adotados em outros Estados é essencial. O Direito Comparado irá então, comparar diversos princípios doutrinários, que possuem entendimentos pacificados, para só então analisar a sua real correspondência com o sistema jurídico como conhecimento científico-positivo atual concorde com o sentimento de dever ser.

Desse modo, podemos ainda ver, através do estudo deste tema, duas funções relevantes do Direito Comparado: 1) a função criadora, que pode ser identificada no momento em que surge um novo material como resultado da comparação, passível de positivação, social e normativa; 2) a função interpretativa e integradora da ordem jurídica de um país, de acordo com o parâmetro existente no estrangeiro.²³

Importa também ressaltar aqui que a comparação em Direito não é o mero justapor de normas idealizadas em diversos países conforme a específica orientação cultural de determinado legislador. Não se pode legislar tão-somente "comparando" diversas legislações de modo a adotar aquela que pareça mais conveniente ao parlamentar.

É lícito, assim, enunciar que, partindo da comparação entre dois ou mais ordenamentos, inclusive de sua prática, aperfeiçoar a aplicação das

²³SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no Direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Safe, p. 139 e seg, 1992.

normas jurídico-positivas em determinado Estado e subsidiar a mudança do ordenamento jurídico com vistas a mantê-lo próximo ao jurídico.

René David indicou a utilidade do Direito Comparado nos seguintes termos:

“(...) é útil nas investigações históricas ou filosóficas respeitantes ao direito; é útil para melhor conhecer e aperfeiçoar o direito nacional; e, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional”²⁴²⁵

Em um segundo momento, precisamos analisar os métodos concretos da pesquisa comparativa, tendo em vista desde já que o Direito Comparado vai além do simples estudo e da mera descrição das leis estrangeiras, como dito por Sauser-Hall. Para a realização de um estudo de Direito Comparado propriamente dito, porém, é necessário um prévio e sério estudo da legislação estrangeira, este por sua vez é totalmente indispensável antes da comparação propriamente dita.

Essa linha de raciocínio nos leva a uma das principais precauções no estudo do Direito Comparado, precaução esta que se não lidada com o devido cuidado, pode se tornar um entrave no estudo ou mesmo dificultar o entendimento do mesmo.

Há no direito estrangeiro e mesmo, como no caso do presente estudo, muitos termos que são praticamente intraduzíveis, porque muitas vezes não há termos equivalentes institucionalizados no outro idioma.

Podemos dizer então que há casos em que é preciso não se traduzir, por exemplo, não podemos traduzir *common law*, para **direito comum** e os serviços *over the top*, não são **acima do topo**. A tradução de alguns termos pode fazer com que a expressão ou palavra perca o que podemos chamar de sua verdadeira coloração, fazendo com que aquela expressão chegue ao

²⁴ DAVID, René. *Traité Élémentaire Du Droit Civil Compare*. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1950.

²⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas de Direito Contemporâneo; Direito Comparado*. 2ª ed., Lisboa, Meridiano, 1978.

outro idioma não dotada do seu significado completo, ou pior que chegar incompleto é chegar incorreto.²⁶

Assim, a partir da definição de que o Direito Comparado examina tanto os sistemas jurídicos em sua estática, como também em sua dinâmica, o assunto OTT é objeto de duas etapas do estudo de comparação;(i) A estática que focaliza o assunto à luz das duas variáveis escolhidas; a) os sistemas que dispõem de regulamentação, ainda que incipiente, para as OTTs; b) os sistemas que aplicam normas por analogia; e (ii) .A dinâmica que apresenta uma proposta de recepção, pelo nosso ordenamento, de soluções colhidas nos direitos examinados.

²⁶Ancel, Marc. *Utilidade e métodos do Direito Comparado*. Tradução de Sérgio José do Porto. Porto Alegre, Fabris. 1980. P. 107-123.

Capítulo 2: Cenário de Regulamentação na América do Norte.

2.1 – Estados Unidos e o Direito Americano

Nos Estados Unidos, o grande sucesso do *Netflix*, que nos dois últimos anos ganhou a preferência dos usuários, ao permitir, a custos baixos, acesso a conteúdos específicos, sem qualquer contrato que amarre os usuários a prazos contratuais para a assinatura dos serviços, chamou a atenção do mercado mundial para o potencial dos OTTs e a necessidade de regulamentação. Causou maior espanto, ainda, ao ultrapassar a *Comcast*, maior operadora de cabo dos EUA, em número de assinantes.

Essa preocupação não é sem razão. A internet é um mundo novo e diferenciado. Nas palavras de Garzaniti;

“a característica distintiva da internet é sua arquitetura técnica. Esse foi o principal fator subjacente ao processo de convergência de telecomunicações, serviços de radiodifusão e sistemas de tecnologia da informação. O uso de um protocolo aberto assegura a interconectividade das redes e, com ajustes técnicos que venham a ser necessários, a provisão de qualquer espécie de informação (i.e. voz, imagens ou dados) em qualquer tipo de rede (e.g. cabo, redes públicas de telefonia ou redes wireless). Os serviços baseados na internet são, dessa maneira, distintos da infraestrutura a eles subjacente. De acordo, a internet compete com redes de transmissão tradicionais (como radiodifusão, telecomunicações e outros serviços de transmissão de dados) por prover um meio alternativo de difusão de serviços e conteúdo.” Garzaniti, Laurent. *Telecommunications, Broadcasting and the internet: EU Competition Law and Regulation*. Sweetand Maxwell, 2010, p. 332.

De fato, os serviços OTT ameaçam as receitas de operadoras de telecomunicações, quando clientes optam por não usar serviços de telecomunicação ou de TV paga tradicionais em favor dos serviços parecidos oferecidos por meio dos *sites* da internet ou por aplicativos em *smartphones*. Na América Latina, por exemplo, segundo um pronunciamento à imprensa da Ericsson, de 2013, intitulado “*Lidando com*

Serviços Over the Top”, estima-se que o *Netflix* já tenha por volta de 1,2 milhões de assinantes, o que ainda é pouco se comparado aos aproximados 50 milhões de assinantes de TV paga na América Latina. Contudo, a taxa de crescimento do consumo de vídeo *online* é superior a 70% ao ano, ao passo que o consumo de TV aberta está quase estagnado.²⁷

Outra fonte de preocupação ligada aos OTTs é que tais serviços colocam uma grande pressão de tráfego sobre as redes de banda larga das empresas de telecomunicações. Daí a necessidade de tratar dos serviços OTT em paralelo com o princípio da neutralidade de rede, fundamental para que os mesmos continuem atuando com liberdade total na internet.

No que se refere às discussões sobre os OTTs nos EUA, onde se estima que 41% dos domicílios com TV já assinam um serviço OTT, as mesmas merecem destaque especial no presente levantamento, em virtude do pioneirismo do país nesse tipo de serviço e do rápido aumento do número de programadoras que têm voltado seus conteúdos para plataformas OTTs, e, com isso, diminuindo a utilização das operadoras de telecomunicações como intermediárias entre elas e os usuários finais (assinantes). Dentre eles, tem-se o exemplo do *HBO Go*, que nos EUA já pode ser contratado por aqueles que não assinam serviço de TV paga junto a operadoras²⁸, e da própria CBS (“*CBS All Access*”, que inclui toda a programação ao vivo e a de arquivo) que vêm oferecendo seus conteúdos na internet²⁹.

De toda forma, ainda não há nada de concreto em termos de legislação para regular a situação desses OTTs.

²⁷http://www.ericsson.com/res/region_RLAM/press-release/2013/ott-po.pdf

²⁸HBO lançará serviço OTT puro, em 15/10/2014. Disponível em <http://www.teletime.com.br/15/10/2014/TV-por-assinatura-hbo-lancara-servico-ott-puro/tt/394706/news.aspx>

²⁹Yes, HBO and CBS are getting into internet streaming. But this isn't the end of the cable bundle — not by a long shot, em 16/10/2014. Disponível em <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2014/10/16/yes-hbo-and-cbs-are-getting-into-internet-streaming-but-this-isnt-the-end-of-the-cable-bundle-not-by-a-long-shot/>

Atualmente, a definição dada pelo FCC (*Federal Communications Commission*) para OTT é:

*“An online video distributor (OVD) is defined as “any entity that offers video content by means of the internet or other internet Protocol (IP)-based transmission path provided by a person or entity other than the OVD.”*³⁰

Notícias recentes³¹ reportam que o *Federal Communications Commission* está elaborando proposta, por meio da alteração do *Telecom Act*, de 1996, para que OVD seja entendido como aquele que:

*“delivers a linear stream of programming as an MVPD (multichannel video programming distributor) similar to a cable or satellite operator.”*³²

Assim, OTT seria enquadrado no conceito de MVPD.

Essa alteração de significado terá resultados práticos bastante importantes e visa, de alguma forma, resolver o problema do *Aereo*³³, que

³⁰“Um distribuidor de vídeo online (OVD) é definido como “ qualquer entidade que oferece conteúdo de vídeo por meio do caminho de transmissão com base na internet ou outro protocolo de internet (IP) fornecida por uma pessoa ou entidade que não a OVD .” – Tradução aproximada.

³¹FCC Proposes Defining ‘Linear’ OVDs as MVPDs, 29/09/2014. Disponível em <http://www.multichannel.com/news/content/fcc-proposing-defininglinear-ovds-mvpds/384279>

³²“proporciona um fluxo linear de programação como um MVPD (distribuidor de programação de vídeo multicanal) semelhante a um operador de cabo ou satélite.” – tradução aproximada.

³³A *Aereo, Inc.* é uma empresa sediada nos arredores de Manhattan que disponibiliza aos seus assinantes, através da internet, a programação dos canais de televisão aberta da localidade em que estão instalados seus “parques de antena”. A visualização é feita por meio de *devices*(computadores, ipads, iphones) dos assinantes. A empresa já está presente em diversas cidades americanas.

Pelo sistema da *Aereo*, a cada assinante é disponibilizada e direcionada uma mini antena, com espécie de set-top box a ela atrelado, que capta os sinais das TVs aberta da localidade em que possui o “parque de antenas”, reproduzindo a programação das TVs abertas daquela referida localidade.

Cada assinante recebe a transmissão da programação apenas através de sua própria cópia (e não a retransmissão do sinal através do ar). O sistema permite que os assinantes assistam a programação em seus *devices* quase que simultaneamente à exibição na TV – com delay de alguns segundos.

Através deste sistema, o assinante da *Aereo* possui duas opções de serviços: (i) “assistir” a programação ou (ii) “reproduzir” o conteúdo da programação. Clicando em “assistir”, ele assiste à programação nas condições mencionadas (em tempo-real, com delay de alguns segundos), sendo que, após a transmissão, o próprio sistema da *Aereo* deleta o que foi reproduzido/gravado. A opção “reproduzir” permite ao assinante que reproduza a programação, armazenando-a no seu set-top box/antena, para que possa visualizá-la posteriormente [similar ao sistema *ondemand*].

As quatro maiores radiodifusoras norte-americanas (Fox, NBC, CBS, ABC) acionaram a legalidade do sistema no início de 2012 com base em dois argumentos da legislação autoral. O primeiro, contra o serviço de transmissão da programação disponibilizado (para a opção “Assistir”

teve seu negócio fechado em virtude de decisão da Suprema Corte Americana. Com a ampliação dada ao alcance do termo OTT nos EUA, uma das alternativas para o negócio da *Aereo* seria a sua caracterização como MVPD, o que a permitiria atuar como uma TV a cabo, mas isso implicaria na necessidade de pagamento de *retransmission fees* às TVs abertas, cujo sinal seja carregado pelo *Aereo*. No entanto, ainda que esse enquadramento seja possível no futuro, em 21 de novembro de 2014, foi publicada a notícia de que a *Aereo* protocolou pedido de falência³⁴.

Não obstante tal fato, vale dizer que nos EUA, um MVPD (*Multichannel Video Programming Distributor*) controla tanto o conteúdo quanto o caminho/rede (cobre, fibra, satélite) que permite a entrega do canal. O distribuidor OVD, qual seja, o OTT não detém a rede. Vide definição de MVPD presente na *Section 602 (13)* do *Telecommunications Act*, de 1934, tal como alterado em 1996:

“a person such as, but not limited to, a cable operator, a multichannel multipoint distribution service, a direct broadcast satellite service, or a television receive-only satellite program distributor, who makes available for purchase, by subscribers or customers, multiple channels of video programming.”^{35 36}

acima mencionada), alegando violação ao direito das televisões de exibição pública de suas programações; e o segundo contra o serviço de reprodução, sob o argumento de violação ao direito autoral exclusivo das TVs de reprodução dos conteúdos de sua programação.

Depois de várias decisões intermediárias em instâncias inferiores favoráveis ora a *Aereo* ora aos radiodifusores, a Suprema Corte norte-americana finalmente se posicionou ontem por 6 votos contra 3 a favor das radiodifusoras. Para os Justices (equivalente aos nossos ministros do STF), apesar das sutis diferenças tecnológicas utilizadas pela *Aereo* para viabilizar sua operação, a empresa realiza exibição pública de conteúdo protegido por direito autoral e, por isso, viola os direitos autorais dos radiodifusores.

Vale lembrar que no Brasil a discussão no EUA só prosperou porque lá não há proteção específica na legislação autoral contra a retransmissão não autorizada do sinal dos organismos de radiodifusão. A legislação brasileira, ao contrário, garante expressamente essa proteção aos radiodifusores, já que no artigo 95 da Lei de Direitos Autorais (Lei 9610/98), “cabe às empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, em locais de frequência coletiva, sem prejuízo dos direitos dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação”. Sendo assim, ainda que não fosse possível discussão semelhante no Brasil pela proteção expressa ao sinal da TV aberta, a decisão da Suprema corte dos EUA representa grande vitória para os radiodifusores e a continuidade da qualidade da TV aberta no mundo.

³⁴Aereo Files for Bankruptcy, no NYTimes. Disponível em: http://www.nytimes.com/2014/11/22/business/aereo-files-for-bankruptcy.html?_r=0

³⁵http://en.wikipedia.org/wiki/Multichannel_multipoint_distribution_service \o "Multichannel multipoint distribution service"

Assim, como a definição não é taxativa, de fato, aparentemente, caberia a inclusão das atividades OTTs no âmbito da mesma, inclusive das atividades da *Aereo*.

Essas discussões estão em andamento e devem ser acompanhadas de perto.

2.2 – A Regulamentação no Canadá e a sua Legislação

No Canadá, o cenário é mais extremo. O assunto que ao redor de todo o globo vêm sendo sinal de debates sobre a forma de regulamentação, no Canadá não sofre nenhuma regulamentação.

Segundo a “*Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC)*”, comissão responsável pela regulamentação da mídia nas Rádios, televisões e todos os meios de telecomunicação em geral, mostra não ter planos imediatos para impor obrigações regulamentares transmitindo aos fornecedores de conteúdo em internet “*over-the-top*”.

A aparentemente, falta de ímpeto para impulsionar uma possível regulamentação dos serviços OTT tem como fundamento o *Broadcasting Act*, que prevê a isenção de novas empresas de mídia de licenciamento ou outros requisitos regulatórios.

³⁶ “uma pessoa , tais como, mas não limitados a, um operador de cabo, Multichannel Multipoint Distribution Service , um serviço de transmissão directa por satélite , ou uma televisão receber somente distribuidor programa de satélite , que torna disponível para compra , por assinantes ou clientes, vários canais de programação de vídeo” – tradução aproximada

Capítulo 3: Na União Europeia

Na União Europeia, tal como nos EUA, o assunto está em debate, mas ainda não há definições quanto ao caminho a seguir. Tal como nos EUA, os OTTs não são regulamentados.

Mas, vale traçar um panorama das discussões a respeito do tema.

A primeira questão surgida com relação aos OTTs na UE é de ordem tributária. Além da dificuldade intrínseca de tributação dos conteúdos audiovisuais que circulam pela internet, parece ser comum na UE uma prática tributária conhecida como “*Double Irish with Dutch sandwich*” adotada pelas “gigantes” da atualidade. Isso impulsionou a mobilização dos países europeus na busca de formas alternativas de tributar empresas estrangeiras.

Basicamente, além da sede (americana em sua maioria), abrem-se duas filiais em países com baixa incidência tributária, comumente a Irlanda (em alguns casos, Luxemburgo) e Holanda por conta da sua legislação tributária. A primeira filial é a detentora de todos os direitos de propriedade intelectual da companhia, e a segunda licencia esses direitos e mantém os lucros tributáveis baixos. Isso tem se tornado uma grande dor de cabeça para os países, pois se estima que os governos europeus deixam de arrecadar 1 trilhão de euros por ano.

Os países entendem que sozinhos não podem resolver o problema. Assim, o discurso é de que seja feita uma parceria entre os países para que se acabe com as brechas nas legislações.

Vale dizer que, ainda, a abordagem europeia é a da licença única, ou seja, com uma autorização, pode-se explorar todos os serviços dentro de um país europeu. Talvez, a solução seja estender o alcance da Diretiva para os serviços OTTs, como visto acima.

Sendo assim podemos ver que ainda não há regulamentação dos OTTs mesmo após uma revisão em 1997, ainda sob o nome de Diretiva TV sem Fronteiras, em 2007 foi publicada a Diretiva sobre Serviços de Comunicação Social Audiovisual, que, por sua vez, foi consolidada em 10 de março de 2010³⁷ [Diretiva AVMSD-2010], já que a de 2007 não contemplava os dispositivos da Diretiva TV sem Fronteiras ainda em vigor. Segundo Viviane Reading, ex-vice-presidente da Comissão Europeia, e ex-comissária europeia para a sociedade da informação e da mídia, e atual membro do Parlamento Europeu, disse quando da alteração da Diretiva, que sua não atualização agravaria as injustificadas diferenças de tratamento regulatório entre diversas formas de distribuição do mesmo conteúdo. Verifique-se trecho pertinente do discurso da comissária em Bruxelas, em 2006, na conferência *Regulating the New Media Landscape*, antes da aprovação da Diretiva que atualizou a Diretiva TV sem Fronteiras:

“(...) ‘traditional’ television broadcasting services would remain regulated on the basis of the regulatory approach of the 1980’s and 1990’s. With the current rules, nonlinear services [on demand] have to comply with different – often diverging – national rules applying to the new services. This bears the risk of closing markets for on-demand audiovisual services and creating and reinforcing monopolies (...) The Commission’s proposal aims to create **a single market framework for all types of television and television like services irrespective of the technology used to transmit or receive them.**”³⁸(grifo nosso)³⁹

³⁷Directiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de Março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva "Serviços de Comunicação Social Audiovisual"). Disponível em:<http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/TVwf/index_en.htm>.

³⁸READING, Viviane. The Audiovisual Media Services Directive: the right instrument to provide legal certainty for Europe’s media businesses in the next decade. Conferência organizada pela *Academy of European Law (ERA)* em cooperação com a Representação Bávara para a UE e o suporte acadêmico do *Institute for European Media Law*, Bruxelas, 07 de junho de 2006.

³⁹“Os serviços de radiodifusão televisiva " tradicionais " iria continuar a ser reguladas com base na abordagem regulamentar dos anos 1980 e 1990 . Com as regras atuais , os serviços não lineares [a pedido] têm de cumprir diferentes - muitas vezes divergentes - regras nacionais aplicáveis aos novos serviços . Este assume o risco de fechar mercados de serviços audiovisuais a pedido e criando e reforçando os monopólios (...)

A proposta da Comissão visa criar um enquadramento do mercado único para todos os tipos de televisão e da televisão , como os serviços , independentemente da tecnologia utilizada para transmitir ou receber.” – Tradução aproximada

Como se percebe, houve necessidade de adaptação da legislação europeia para fazer face à convergência tecnológica que tanto vem impactando o setor da comunicação. Mais recentemente, desde 2013, em função do aumento da oferta e demanda de conteúdo online, muitas vezes nem produzido no âmbito da UE, tem se falado em atualização da Diretiva AVMSD.

Em 24 de abril de 2013, a Comissão Europeia publicou um Livro Verde que tem como título «*Preparação para um mundo audiovisual plenamente convergente: crescimento, criação e valores*», que tinha como objetivo de iniciar um amplo e extenso debate público sobre as implicações da transformação em curso do quadro dos meios de comunicação audiovisual, que vêm sendo caracterizado pela crescente convergência dos serviços de comunicação social, e pela maneira a qual estes serviços são consumidos e distribuídos⁴⁰.

O objetivo é focar nas diferenças entre serviços audiovisuais programados e sob demanda, além de distribuição transfronteiriça (europeia) de conteúdo sob demanda, uniformização das regras para empresas tradicionais e aquelas que exploram seus serviços na internet, além de promoção de obras europeias e revisão de limites à publicidade⁴¹. Espera-se que os Ministros da Cultura dos 28 países europeus aproveem a necessidade de alteração da Diretiva para que as discussões sigam adiante até final de 2014.⁴²

No que se refere às duas primeiras questões, objeto do presente levantamento, tem-se que o enfoque mais simplista para a resolução da questão seria a ampliação da definição de “serviço de comunicação

⁴⁰*Preparação para um mundo audiovisual plenamente convergente: crescimento, criação e valores*, de 24/4/2013 (livro verde). Disponível em http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_5.13.2.pdf

⁴¹Gladicheva, Vesela. *EU culture ministers set to endorse planned review of audiovisual rules*, de 14/11/2014. Disponível em <http://www.mlex.com/ITCMedia/DetailView.aspx?cid=610653&siteid=147>

⁴²Idem

eletrônica” de modo a incluir os serviços OTTs. Isso levaria tais serviços a serem regulados pela Diretiva AVMSD.

A origem da discussão acerca da necessidade da alteração da Diretiva é a mesma: assimetria regulatória entre serviços OTTs e os serviços tradicionais (TV aberta e fechada) que devem se adequar às regras de cotas nacionais, limites à publicidade e *must carry* dos canais públicos, dentre outras. A questão é se deve ser mantida essa distinção entre os serviços na era digital. Segundo os ministros, deve ser revisto também o princípio do país de origem, base da UE, pelo qual *broadcasters* como os DTHs que operam em diversos países do bloco respondem apenas em uma única jurisdição (de sua sede)⁴³. Nesse aspecto, vale pontuar que embora faça sentido a reflexão, qualquer mudança no princípio do país de origem, mudará a essência de se fazer negócios na UE. Será uma decisão muito delicada. Talvez, deva-se fazer uma exceção a esse princípio apenas para os serviços OTTs e outros *online*.

De qualquer forma, o pleito dos ministros da cultura à comissão europeia é também no sentido de alterar as regras de direito autoral para ampliar a proteção aos conteúdos *online*⁴⁴.

Vale pontuar, todavia, que, no entendimento de parte da doutrina europeia, desde 2010, todos os serviços de comunicação audiovisual, inclusive os não lineares, devem observar as normas da Diretiva 2010/13/EU (“AVMSD”) relativas à incitação ao ódio racial, de gênero, religioso ou de nacionalidade (artigo 6º) e à publicidade (artigos 9º, 10º e 11º). No quesito publicidade, porém, as obras não lineares não devem se pautar pelas regras referentes a limite de publicidade, apenas aqueles referentes aos princípios da publicidade.

Ainda, vale ressaltar que, parece que os distribuidores de conteúdo não linear (não há referência de que os OTTs puros estejam incluídos), que já o fazem de modo linear já são considerados igualmente responsáveis do

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem

ponto de vista editorial. De fato, a estratégia de neutralidade tecnológica da Diretiva implica que os mesmos serviços são regulamentados do mesmo modo, independentemente do dispositivo em que são consumidos⁴⁵. Assim, enquanto o fornecedor for responsável pela escolha dos conteúdos e determinar o modo como são organizados, os seus serviços permanecem abrangidos pela Diretiva, ainda que os conteúdos sejam distribuídos pela internet⁴⁶.

⁴⁵ *Preparação para um mundo audiovisual plenamente convergente: crescimento, criação e valores*, de 24/4/2013 (livro verde). Disponível em <http://old.eu-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0231:FIN:PT:PDF>

⁴⁶ *Idem*

Capítulo 4: O Sistema do Direito Francês e como vem sendo feita a Regulamentação

A França tem se mostrado a mais empenhada em resolver a questão da assimetria entre serviços tradicionais e online providos de fora do território francês e europeu, sobretudo sobre o aspecto de cunho tributário. Iniciou, por exemplo, uma investigação ao *Google* e verificou que como a empresa desenvolve venda de serviços no território francês, deve pagar impostos não pagos.

Outro caso envolve o *Skype*. Em uma primeira tentativa para regular os serviços OTT, a agência reguladora francesa das comunicações eletrônica (ARCEP) oficiou o *Skype* para que este se registrasse como uma empresa de telecomunicação, tendo em vista que presta um serviço essencialmente de telecomunicações, assim estaria sujeito às regulamentações do setor de telefonia francês, tais como a obrigação de chamadas de emergência, implementação dos meios para cumprir mandados de grampo telefônico, etc. Entretanto, o *Skype* recusou alegando que não se enquadra como provedor de comunicações eletrônico, nos termos das leis francesas.

Como o *Skype* se recusou a fazê-lo, o presidente da ARCEP tem então informado o Ministério Público francês destes fatos por poder ser classificado como crime, segundo a legislação francesa de telecomunicações. Ainda não há uma solução nesse sentido.

Assim, a tributação das mídias digitais e a forma como as empresas de tecnologia ameaçam a sustentabilidade e a jurisdição dos Estados nacionais por conta de sua territorialidade fluída parece ter dado o tom dos casos em que a França tem concentrado sua análise recentemente.

Capítulo 5: Como o tema vem sendo abordado na Austrália

A ACMA (*Australian Law Reform Commission*) regulamenta as questões de conteúdo online em geral. Entretanto, não há atualmente qualquer regulamentação dos serviços OTT. Não está claro se, sob a lei australiana, a transmissão de um evento ao vivo em uma OTT TV seria protegida como um "*broadcast*", ao abrigo da legislação de direitos de autor. Não há cotas de conteúdo local.

A principal preocupação do governo australiano quanto aos serviços OTT parece ser a questão da segurança, qual seja, manutenção das informações dos usuários dos serviços em segurança.

A *Telstra*, grande empresa de telecomunicações australiana, em audiência pública de 2013, ponderou que mesmo demandada (inclusive, outros os provedores de acesso à internet australianos) a capturar e manter dados de comunicação dos clientes, eles não poderiam fazer isso com relação aos serviços OTT.

O governo australiano vem tentando alcançar os OTT pelo *Copyright Act*, fazendo um "*link*" com o *Broadcast Services Act*. A ALRC (*Australian Law Reform Commission*) abriu para consulta pública para mudanças nessa lei (movimento conhecido como *Copyright and the Digital Economy*). Parece que a iniciativa é semelhante a que pode ser adotada no Brasil, já que a proteção é com base na previsão expressa da proteção do sinal dos radiodifusores na Lei de Direitos Autorais. Embora o enfoque da proposta seja via mudança do *Copyright Act*, novas diretrizes nesse sentido poderão alcançar também os serviços OTT.

Capítulo 6: Cenário Asiático

6.1 - China

Na Ásia, O foco maior de combate, ainda, é a pirataria. Os Regimes Nacionais da Ásia continuam mal equipados para lidar com a violação online de direitos autorais.

Na Ásia, a *China Mobile* - a maior empresa de telecomunicações do mundo em número de assinantes - disse que estava enfrentando um desafio muito mais forte a partir de empresas de internet do que com suas tradicionais rivais. A empresa teve, de acordo com o presidente Xi Guohua, de ajustar sua estratégia em resposta à concorrência dos serviços de OTT. "A China Mobile não pode bloquear essa tendência e deve ajustar suas estratégias para se adaptar à nova situação".

Regime de regulamentação na China distingue entre programação disponível em *sites* na internet e geralmente vistos em computadores ("*OTT TV*") e programação entregue via internet para aparelhos de televisão, com ou sem *set-top boxes* ("*internet TV*"). A legislação existente é vaga. Os operadores devem primeiro obter autorização válida de serviços de telecomunicações junto ao Ministério para telecomunicações, radiodifusão e infraestrutura. O *General Administration of Press and Publication* (GAPP) regulamenta a publicação internet (*upload* ou *download*) de programas de audiovisual. O *State internet Information Office* (SIIO) regula notícias da internet e também monitora o conteúdo *online*.

O Ministério da Cultura é responsável pela a transmissão *online* de "produtos de cultura da internet", incluindo música e jogos. Internet TV está sujeita às mesmas restrições que a TV tradicional e rádio. A retransmissão

de canais estrangeiros é proibida, qualquer importação e remissão de conteúdo estrangeiro na internet TV requer aprovação prévia de SARFT.

Empresas de capital estrangeiro estão proibidas de fornecer TV OTT. A internet TV tem as mesmas obrigações que os canais de televisão. Toda programação importada está sujeita à censura e aprovação. O conteúdo OTT-TV também deve estar de acordo com as estritas regras de conteúdo.

O regime regulatório, na China, distingue a programação disponível em sites de internet e, geralmente vistos em computadores, ("OTT TV") e a programação entregues através da internet para televisores com ou sem *set-top boxes* ("TV internet").

Lá há várias agências reguladoras envolvidas na regulamentação da OTT TV e TV por internet. A legislação constituinte ainda é vaga, o que lava a alguma sobreposição de autoridade das respectivas agências, mas os principais reguladores são a MIIT e SARFT.

A SARFT introduziu um novo sistema de licenças para conteúdo e de agregação de serviços relacionados com a internet TV em 2010, mas emitiu apenas algumas licenças para suas entidades Afiliado e estações tradicionais de TV domésticos. Por outro lado, os serviços OTT-TV requerem uma licença especial de transmissão Programa internet Áudio, e este regime de licenciamento também é administrado pela SARFT.

Já a MIIT regula os serviços de telecomunicações de valor acrescentado, tais como serviços ICP (provedores de conteúdo internet ou prestadores de serviços de informação *online*), incluindo OTT TV e TV por internet. Os operadores de tais empresas devem obter *irst*, um valor acrescentado licença de serviço de telecomunicações a partir do MIIT ou os seus homólogos a nível provincial.

É interessante salientar que a Administração Geral de Imprensa e Publicações (GAPP) também regula a publicação na internet (*upload* ou *download*) de programas de audiovisual.

Por outro lado, o Estado *internet Information Office* (SIIO) é o responsável por regular as notícias de internet e também por monitorar o conteúdo *online*.

Por fim, o Ministério da Cultura é responsável pela transmissão online de "produtos de cultura de internet", incluindo música e jogos.

6.2 - Índia

Na Índia, por sua vez não há regulamentação mínima de OTT e existe grande incentivo para o desenvolvimento e operação de serviços OTT.

Mas, regulamentação do setor de TV por assinatura está entre as mais rigorosas do mundo (com um pesado regime de licenciamento, controle rigoroso das taxas de varejo e atacado, a tributação adicional, limitações à exclusividade, a distribuição obrigatória e limites impostos sobre o investimento estrangeiro).

Sob tutela da Lei de Tecnologia da Informação, a equipe da indiana *Computer Emergency Response* (CERT) é a responsável por monitorar o conteúdo *online*, mas a agência tem um mandato limitado a segurança do computador. Até o momento, nenhuma outra agência reguladora envolvida, neste tema.

6.3—Indonésia e Japão

Arde OTT-TV não é uma prioridade para os meios jurídicos da Indonésia, dado que o acesso à internet ainda é pequeno. Há bloqueio de conteúdo pornográfico.

No Japão, ao contrário dos serviços de TV por assinatura no Japão, os serviços OTT-TV não são objeto de regulamentação específica.

Oportunidade para fornecer conteúdo direto a consumidores, sem as restrições aplicáveis às plataformas de TV paga.

Atualmente é possível afirmar, em ambos os países, que não há ainda uma regulamentação específica para a TV.

6.4 – Malásia e Singapura

Na Malásia, os serviços OTT-TV estão sujeitos a muito pouca regulamentação na Malásia, serviços de conteúdo *online* são atualmente isentos do licenciamento geral. A única intervenção significativa do governo no ambiente *online* é a não permissão de acesso a sites que fornecem conteúdo pirata.

Neste contexto, podemos afirmar que a *Malaysian Communications and Multimedia Commission* (MCMC) é o principal órgão regulador.

Por outro lado, em Singapura Prestadores de serviços OTT de Singapura devem ser licenciados. É a única obrigação.

O *Media Development Authority* (MDA) é o responsável por regular a TV OTT através da sua licença na classe de *Broadcasting*, se o provedor for registrado como uma empresa em Singapura.

Os provedores de OTT com um negócio baseado em assinatura também pode ser obrigado a obter "uma licença" no nicho "de televisão por assinatura".

Temos que atentar ao fato de ofertar serviço de OTT por empresas que já estão licenciados como TVS por assinatura em Singapura são regulados sob suas licenças existentes, com a possibilidade de condições mais rigorosas do que os licenciados de classe.

Outro fato interessante é que um provedor de conteúdo registrado como uma empresa em Singapura e fornecimento do conteúdo do lado de fora de Singapura está sujeita a um regime de licenciamento mais leve, também de responsabilidade do MDA.

Entretanto os provedores OTT - TV que operam a partir do lado de fora de Singapura não estão regulamentados.

6.5 – Tailândia e Vietnã

A regulamentação dos serviços de OTT-TV na Tailândia é efetivamente limitada a alguns controles de conteúdo local. Por lei, alguns conteúdos de televisão *online* são ilegais (obscenidade, jogos de azar). O investimento estrangeiro em uma OTT TV local é restrito a 25%.

Já os conteúdos transmitidos na internet estão sob a supervisão do Ministério da Tecnologia da Informação e Comunicações (MICT).

Não há regulamentação econômica da internet serviços baseados; a principal lei que rege os provedores é a Lei de Crime Informático de 2007, que também envolve o Departamento de Polícia.

O nível de regulamentação para os serviços OTT-TV é muito inferior ao da televisão por assinatura serviços no Vietnã. Porém o Governo está elaborando novas regulamentações para lidar com o recente cenário da internet.

O Ministério da Informação e Comunicação (MIC) é o regulador do governo primário. A Administração de Radiodifusão e eletrônica Informação (Abei) do MIC apenas supervisiona TV na internet.

O comitê do partido em Popularização e Educação (CPE), por outro lado, tem poder de tomada de decisão.

Sendo assim, embora efetivamente não regulamentada, apesar de em teoria regulada por muitos regulamentos ultrapassados sobre o conteúdo da internet que não têm disposições específicos para cobrir o recente tema TV OTT; novos regulamentos de internet que já estão começando a serem elaborados com o objetivo de cobrir isso.

Capítulo 7: Resumo do Regramento Atual Brasileiro

No Brasil a Anatel e a Ancine, desde 2012 começaram a discutir a adaptação de serviços de vídeo OTT, visando à criação de regras isonômicas para a oferta de conteúdo audiovisual.

A Ancine, no Brasil, já vem se dedicando aos desafios da regulamentação das *over-the-top* (OTT) e dos vídeos *on-demand* (VOD).

A agência acredita que o VOD tem potencial para explorar novas composições na cadeia de exibição e viabilidade para a monetização do conteúdo audiovisual e que é seu papel estimular o desenvolvimento e a exploração desse potencial.

Aplica-se então por analogia a Lei do SEAC. (Lei nº 12.485) ou o Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014).

Por conta desta aplicação por analogia, esta agência, desde agosto de 2013, passou a notificar os prestadores de serviços de VOD, seja através de redes banda larga ou redes tradicionais, para que demonstrem que estão em dia com a obrigação de registro das obras comercializadoras e com o recolhimento da Condecine.

A Ancine agora estuda a aplicação de aspectos relativos à isonomia regulatória, para com as radiodifusoras, através da obrigação dos novos serviços OTTs também carregarem conteúdo audiovisual nacional, através de uma subsidiária no país com *datacenter* local, para que haja uma maior isonomia no que tange ao pagamento de tributos e também para fins de geração de empregos no país.

Porém, em minha opinião, não seria aplicável a conteúdos audiovisuais avulsos disponibilizados por meio de sites da internet, na forma de serviços *over the top* (“serviços OTT”), em qualquer modalidade comercial (e.g., *subscription vídeo on demand* – SVOD e *transactional vídeo on demand* – TVOD).

Isto porque, a Lei Geral de Telecomunicações (“LGT” ou “Lei nº 9.472/97”) estabeleceu uma distinção relevante entre dois tipos de serviços: de um lado, os serviços de telecomunicações propriamente ditos; de outro, os serviços de valor adicionado (SVA).

Os serviços de telecomunicações são definidos pela LGT como o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, entendendo-se por “telecomunicação” a:

“transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”⁴⁷.

Em contraste com os serviços de telecomunicações, a legislação setorial define os serviços de valor adicionado como a:

“atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”⁴⁸⁻⁴⁹.

Essa distinção é relevante, no presente caso, porque os serviços OTT consistem em aplicações baseadas na rede de telecomunicações que visam à entrega de funcionalidades diversas (e.g., *streaming* de vídeo, mensagens instantâneas, *chats*, entre outros) para usuários, e não se confundem com a rede que lhes serve de suporte. Consequentemente, é possível afirmar que, para os fins da LGT, os serviços OTT constituiriam serviços de valor

⁴⁷ LGT, artigo 60.

⁴⁸ LGT, artigo 61.

⁴⁹ A Anatel reconheceu a distinção em tela em inúmeras oportunidades, notadamente em casos que versavam sobre a obrigatoriedade de recolhimento de tributos decorrentes da obtenção de receitas com a prestação de serviços de telecomunicações, como aqueles relativos ao Fust e ao Funttel. Confira-se, nesse sentido, a Análise nº 444/2012-GCJV, de 10.10.2012, do Conselheiro Relator Jarbas José Valente, no Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) nº 53504.022375/²⁰¹⁰; e a Análise nº 83/2012-GCER, de 17.08.2012, da Conselheira Emília Ribeiro, no Processo nº 53500.007267/2007.

adicionado, de modo que os seus usuários não se confundem com os assinantes de serviços de telecomunicações.⁵⁰

Por sua vez, a Lei nº 12.485/2011 veio disciplinar um complexo de atividades (produção, programação, empacotamento e distribuição), denominadas conjuntamente de “comunicação audiovisual de acesso condicionado”, que têm por objetivo a entrega de conteúdo audiovisual exclusivamente a assinantes (art. 2º, inciso VI).

Especificamente em relação à distribuição de conteúdos audiovisuais, a Lei nº 12.485/2011 conceitua-a como uma atividade de entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes, cabendo ao distribuidor a responsabilidade por atividades complementares relacionadas à contratação e fruição do conteúdo audiovisual (e.g., comercialização, atendimento, faturamento, cobrança e instalação de equipamentos) (art. 2º, inciso X).

O assinante, por sua vez, é definido pela Lei nº 12.485/2011 como o “contratante do serviço de acesso condicionado” (art. 2º, inciso I), enquanto o Serviço de Acesso Condicionado é caracterizado como um serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado em regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes, com vistas à distribuição de conteúdos audiovisuais por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer (art. 2º, inciso XXIII).

Deste modo, com base em uma interpretação literal da Lei nº 12.485/2011, é possível afirmar que o assinante do SeAC consiste em um contratante de serviço de telecomunicações. E em nenhum momento, de fato, a Lei nº 12.485/2011 prevê que o assinante haverá de se relacionar

⁵⁰Note-se que representantes do Ministério das Comunicações (Minicom) já manifestaram entendimento no sentido de que os serviços OTT constituiriam serviços de valor adicionado para os fins da LGT. Confira-se, neste sentido, a matéria “*Para Minicom, conceito de SVA não precisa ser revisto, mas tem que ser flexível*”, veiculada no site de notícias Teletime, em 04.12.2013, disponível em <<http://www.teletime.com.br/04/12/2013/para-minicom-conceito-de-sva-nao-precisa-serrevisto-mas-tem-que-ser-flexivel/tt/363120/news.aspx>>.

com produtoras, programadoras e/ou empacotadoras. Assim, quando o consumidor contrata um serviço de provimento de conteúdos audiovisuais baseado no protocolo IP de forma atrelada a uma infraestrutura de telecomunicações privada, dedicada em operada pelo próprio prestador do serviço – a exemplo do que ocorre no serviço de IPTV e de TV a Cabo –, tem-se um típico Serviço de Acesso Condicionado, sendo que este consumidor qualificar-se-á como um assinante para os fins da Lei nº 12.485/2011.

Por outro lado, quando o consumidor contrata um serviço de provimento de conteúdo audiovisual completamente independente da infraestrutura de telecomunicações que lhe dá suporte – como, por exemplo, o *Netflix* –, tem-se um típico serviço OTT, na medida em que o serviço contratado consiste em aplicações que apenas utilizam as redes de outros fornecedores de acesso banda larga à internet. Em tais casos, entendemos ser possível sustentar que o consumidor do serviço contratado não se qualifica como um assinante (ou usuário de serviço de telecomunicações) para os fins da Lei nº 12.485/2011, mas sim como um usuário de um SVA. A tabela a seguir resume as diferenças observadas entre o serviço OTT e o SeAC:

	Envolve contratação de serviço de provimento de conteúdo audiovisual?	Envolve contratação de serviço de telecomunicações (i.e. de infraestrutura de rede) de forma atrelada?
OTT	Sim	Não
Serviço de Acesso Condicionado – (SEAC)	Sim	Sim

Dadas diferenças acima entre serviço OTT e o Serviço de Acesso Condicionado, é possível afirmar, no atual cenário, que o provimento de conteúdos audiovisuais avulsos na internet não configura um serviço de telecomunicações ou uma atividade de distribuição para os fins da Lei nº 12.485/2011, sendo assim a aplicação por analogia desta Lei, como vem sendo feita, é totalmente incorreta.

Esta poderia ser aplicada somente se uma OTT pudesse ser enquadrada como programadora para os fins da Lei nº 12.485/2011. Para tanto, torna-se necessário, porém, que a OTT explore atividade de programação destinada à distribuição pelo serviço de TV por assinatura, e não à disponibilização direta por meio de um serviço de provimento de conteúdos audiovisuais avulsos na internet. Ou seja, a depender da atividade desenvolvida pela OTT, esta será considerada uma programadora (seleção e organização de conteúdo audiovisual para distribuição em TV por assinatura) ou uma provedora de serviço de valor adicionado (seleção e disponibilização de conteúdos audiovisuais na internet). Sendo esta distinção essencial para a aplicação analógica da Lei do SEAC, enquanto não formulamos um regramento específico para esse tipo de serviço.

Há também a possibilidade classificar uma OTT como um provedor de aplicações de internet, na medida em que, nos termos do Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014), sua atividade consistiria em fornecer funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet.⁵¹

Nesta hipótese, a OTT estaria sujeita a obrigações específicas incidentes sobre a atividade dos provedores de aplicações de internet previstas pelo Marco Civil da internet, notadamente a de guardar registros do acesso de usuários a suas aplicações por um prazo de 6 (seis) meses

⁵¹Lei nº 12.965/2014, artigo 5º, inciso VII: “Art. 5o Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...) VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet.”

Finalmente, é importante ressaltar que a Agência Nacional do Cinema (Ancine) parece adotar o entendimento de que possui competência legal sobre conteúdos audiovisuais disponibilizados na internet. Isto se observa em seu arcabouço normativo recente, o qual não apenas estabelece uma definição consideravelmente ampla do segmento de mercado do *Video on Demand* (VOD)⁵², como também cria regras sobre o registro de obras audiovisuais não publicitárias que incluem o segmento em questão⁵³. Assim, deve-se ponderar que existe um cenário de incerteza no qual a Ancine poderia tentar se valer do arcabouço regulatório em tela para regular o fornecimento de conteúdos audiovisuais avulsos disponibilizados na internet sob a forma de OTT, ainda que esta tentativa seja questionável.

Em todo caso, registre-se que eventual interpretação no sentido de que a Ancine possui uma suposta competência para regular conteúdos audiovisuais disponibilizados na internet não encontraria respaldo legal específico na Lei nº 12.485/2011. Assim, a suposta competência da Ancine precisaria estar prevista na Medida Provisória nº 2.228-1/2001, não atraindo automaticamente as restrições da Lei do SeAC para conteúdos ofertados no modelo de OTT.

Ante o exposto, podemos concluir que: (I) Serviços OTT não se confundem com o Serviço de Acesso Condicionado, na medida em que (a) configuram típico serviço de valor adicionado (SVA), nos termos da LGT; (b) não estão atrelados a uma infraestrutura de telecomunicações privada, dedicada e operada pelo próprio prestador do serviço, como ocorreria com a prestação de serviço de TV a cabo, DTH, MMDS ou IPTV; e, por fim, (c) o

⁵² Instrução Normativa nº 101, de 29 de maio de 2012, artigo 2º: “*LII - Segmento de Mercado Audiovisual de 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.*”

⁵³ Instrução Normativa nº 105, de 10 de julho de 2012, artigo 4º: “Art. 4º. O registro de obra audiovisual não publicitária na ANCINE e emissão do correspondente Certificado de Registro de Título são obrigatórios para todas as obras audiovisuais não publicitárias que visarem à sua comunicação pública, em território brasileiro, nos seguintes segmentos de mercado audiovisual: I. Salas de Exibição; II. Radiodifusão de Sons e Imagens (TV Aberta); III. Comunicação Eletrônica de Massa por Assinatura (TV Paga); IV. Vídeo Doméstico; **V. Vídeo por Demanda**; VI. Audiovisual em Transporte Coletivo; VII. Audiovisual em Circuito Restrito.”

consumidor contratante destes serviços não se qualifica como “assinante” para os fins da Lei nº 12.485/2011; (II) O provimento de conteúdos audiovisuais na internet pode ser caracterizado como um puro serviço OTT, não se sujeitando conseqüentemente às obrigações legais incidentes sobre a atividade de distribuição prevista na Lei nº 12.485/2011 (e.g., o dever de carregamento de canais obrigatórios ou de observar a restrição de participação cruzada prevista no art. 5º); (III) Da mesma forma, na medida em que o provimento de conteúdos audiovisuais avulsos na internet destina-se a usuários de internet, e não a empresas de televisão por assinatura, não é possível qualificar o prestador deste serviço como empresa programadora para os fins da Lei nº 12.485/2011 e, conseqüentemente, não é possível impor-lhe as obrigações legais incidentes sobre a atividade de programação (e.g., o atendimento a cotas de conteúdo nacional) no que tange especificamente à oferta de OTT puro.

Capítulo 8: Panorama Comparativo

Neste capítulo iremos expor um panorama comparativo entre os países estudados nos capítulos e subcapítulos anteriores. Este quadro comparativo tem como objetivo central mostrar de forma clara e visível a situação dos países estudados na forma de uma tabela de forma a facilitar a visualização do panorama geral abordado pelo presente trabalho, evidenciando os seguintes aspectos: (I) Países; (II) Se há regulamentação; (III) Se há aplicação por analogia de regras preexistentes; (IV) Como o tema vem sendo feita a regulamentado.

Países	Há Regulamentação Específica?	Como o assunto vem sendo Regulamentado.	Utiliza-Se Analogia ?
E.U.A	Não	Sujeito ao regime de direitos autorais	Não
Canadá	Não	Não há nenhum tipo de regulamentação	Não
U.E	Não	Com neutralidade de rede, mínima intervenção e aplicação pontual de regramentos regulamentação da internet	Sim, pontualmente.
França	Não	Vem sendo aplicada diversas leis, mas principalmente a lei de telecomunicações, mas ainda caso a caso, para resolver problemas concretos.	Sim

Oceania	Não	Vem sendo utilizados principalmente os “ <i>Copyright Act</i> ” e “ <i>Broadcast Services Act</i> ”	Sim
China	Sim, porém ainda é muito vaga e inconcreta.	Regulamentação feita pelo GAPP; SIIO; MIIT; SARFT; e Ministério da Cultura.	Não
Índia	Não	Não há regulamentação mínima.	Não
Indonésia	Não	Não há regulamentação.	Não
Japão	Não	Não há regulamentação.	Não
Malásia	Não	Não há regulamentação, apenas caso haja conteúdo pirata, nestes casos aplica-se a analogia.	Sim
Singapura	Não	Há exigência de licenciamento, análogo aos serviços de internet através do MDA.	Sim
Tailândia	Não	Regulamentação de controle de conteúdo local pelo MICT (Ministério da Tecnologia da Informação e Comunicações) e diversos regramentos de conteúdo de internet.	Sim
Vietnã	Não	Regulamentação feita por diversos regramentos de conteúdo de internet.	Sim
Brasil	Não	Está sendo aplicada a Lei do SEAC, Marco Civil da internet	Sim

		(Lei nº 12.965/2014) e de serviços de radiodifusão por analogia.	
--	--	--	--

Sendo assim, através da análise da tabela acima, podemos observar que não há uma regulamentação específica para nenhum dos países estudados, com exceção da China, que apesar de ter alguma norma nesse sentido, mesmo que ainda muito vaga, não é necessária a utilização de analogia para regulamentar o assunto.

Por outro lado, o Canadá, o Japão, a Indonésia e a Índia, seguem a linha da não regulamentação, ou seja, nestes países não há nenhum tipo de regulamentação, seja pela utilização por analogia de alguma lei/regramento já existente, seja por meio de uma regulamentação específica. O assunto nestes países vem sido observado, porém, cada um por seu motivo, esta vêm sido a linha adotada.

Já a União Europeia e os Estados Unidos possuem linhas metodológicas bem próprias, enquanto o primeiro utiliza a analogia pontualmente e no sentido amplo prega a neutralidade de rede, os Estados Unidos, por outro lado utiliza a analogia de forma bastante ampla para minimizar as brechas regulatórias e por isso aplica por analogia os regime de direitos autorais aos serviços de OTT.

Os demais países, incluindo o Brasil, não possuem uma regulamentação própria para este tipo de serviço, e, por isso, utilizam por analogia Leis e regramentos já existentes para outros serviços, sejam estes de telecomunicação, radiodifusão e até de internet, para regulamentar as OTTs.

Conclusão

Muitos dizem que o OTT corresponde apenas a um tipo de tecnologia e não a um segmento de mercado e, portanto, não deve ser regulado. Do contrário, a inovação estaria em perigo, pois a internet criou uma nova geração de consumidores de vídeo, com expectativas elevadas em relação à liberdade e flexibilidade da grade de programação. É por meio dessa nova ótica (tendência) que as operadoras e produtores de conteúdo devem pensar o futuro.

Apesar dessa realidade que não pode ser negada, o fato também é que, em todo o mundo, os serviços OTT vêm recebendo um tratamento muito mais benéfico do que seus concorrentes (serviços tradicionais), pois como se viu, não são regulados.

Algo deve ser pensado acerca da regulamentação dos OTTs, não para engessá-los, mas para não se permitir que seus modelos de negócios impactem substancialmente os modelos de negócios e a realidade econômica das operadoras de telecomunicações.

Talvez, o caminho seja, a exemplo do que tem tentado fazer a França, encontrar uma solução tributária para equalizar, ou pelo menos amenizar as assimetrias existentes entre OTTs e serviços tradicionais de comunicação social.

Sem dúvida, para entender a evolução dos negócios dos OTTs e, conseqüentemente, os caminhos eleitos pelos reguladores quanto ao tratamento desses *players*, devem-se acompanhar de perto as discussões acerca de neutralidade de rede que já ocorrem em diversos países, inclusive o Brasil. Para tanto, cabe a leitura do levantamento denominado Meta 3 – desenvolvimento das discussões sobre governança na internet no Brasil e no mundo.

Vale ressaltar que, no Brasil, a Ancine parece adotar o entendimento de que possui competência legal sobre conteúdos

audiovisuais disponibilizados na internet. Isto se observa na Instrução Normativa 101, de 2012, mais precisamente no art. 2º, II⁵⁴, o qual não apenas estabelece uma definição consideravelmente mais ampla do segmento de mercado do *Video on Demand* (VOD), como também cria regras sobre o registro de obras audiovisuais não publicitárias que incluem o segmento em questão⁵⁵. Assim, deve-se ponderar que existe um cenário de incerteza no qual a Ancine poderia tentar se valer do arcabouço regulatório referido para regular o fornecimento de conteúdos audiovisuais avulsos disponibilizados na internet sob a forma de OTT, ainda que esta tentativa seja questionável, pois não encontra respaldo na Lei 12485, de 2011.

Dessa forma, verifica-se uma ausência de regramento específico por volta do globo, bem como, em alguns lugares, a de achar que o setor de regula sozinho, não havendo necessidade de implementação de uma regulamentação específica no setor.

⁵⁴LII - Segmento de Mercado Audiovisual de 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.

⁵⁵Art. 4º. O registro de obra audiovisual não publicitária na ANCINE e emissão do correspondente Certificado de Registro de Título são obrigatórios para todas as obras audiovisuais não publicitárias que visarem à sua comunicação pública, em território brasileiro, nos seguintes segmentos de mercado audiovisual:

- I. Salas de Exibição;
- II. Radiodifusão de Sons e Imagens (TV Aberta);
- III. Comunicação Eletrônica de Massa por Assinatura (TV Paga);
- IV. Vídeo Doméstico;
- V. Vídeo por Demanda;
- VI. Audiovisual em Transporte Coletivo;
- VII. Audiovisual em Circuito Restrito.

Muitos desafios se lançam, pois, é uma nova tecnologia que vem tomando de assalto o mercado entrando em conflito com muitos interesses já implantados e sem ter um título próprio que permita encaixar essas OTT's em um nicho de mercado específico.

Diante disso, é inequívoco constatar-se a necessidade de uma regulamentação para esta situação inovadora. Como vimos, enquanto isso aplicam-se, por analogia, as normas existentes já no nosso ordenamento pátrio.

Ante os aspectos analisados, constatamos que, o Direito Comparado pode ser focalizado como fonte de inspiração para a solução da falta de regulamentação no nosso direito, de modo a suprir a carência regulamentar existente, através da justaposição da situação dos direitos estrangeiros quanto à regulamentação do serviço de oferta de conteúdo por mídias auxiliares (OTTs). Esta justaposição precisará levar em conta os aspectos levantados no Capítulo 9.

Por fim, podemos concluir que o Direito Comparado pode ser fonte de inspiração para suprir esta carência de normatividade, não apenas com a indicação dos elementos oriundos dos direitos estrangeiros, mas também com aqueles próprios das experiências de recepção de direitos, particularmente na preparação normativa adequada, a fim de que os mecanismos importados possam ser bem aclimatados ao nosso sistema jurídico.

Bibliografia

Canadian Communications Law. *Top 10 Canadian communications law developments for 2011*. Disponível em <<http://www.canadiancommunicationslaw.com/telecommunications/top-10-canadian-communications-law-developments-for-2011/>>. Acesso em 05 mai. 2015.

Canadian Communications Law. *CRTC says no regulation for "over-the-top" programming - at least for now*. Disponível em <<http://www.canadiancommunicationslaw.com/broadcasting/crtc-says-no-regulation-for-over-the-top-programming---at-least-for-now/>>. Acesso em 03 mai. 2015.

HOMONOFF, Howard. *Amazon, Sony's Crackle And AT&T/Fullscreen's Diverging OTT Video Roadmaps*. Disponível em <<http://www.forbes.com/sites/howardhomonoff/2016/05/02/amazon-sonys-crackle-and-attfullscreens-diverging-ott-video-roadmaps/>>. Acesso em 04 mai. 2016.

SCALISE, Steve. *Scalise, DeMint Introduce Legislation to Deregulate Television Market*. Disponível em <<http://scalise.house.gov/press-release/scalise-demint-introduce-legislation-deregulate-television-market>>. Acesso em 04 mai. 2016.

WESLEY, Daniel. *Double Irish Deception: How Google—Apple—Facebook Avoid Paying Taxes*. Disponível em <<http://visualeconomics.creditloan.com/double-irish-deception-how-google-apple-facebook-avoid-paying-taxes/>>. Acesso em 02 fev. 2016.

Investopedia. *Double Irish With A Dutch Sandwich*. Disponível em <<http://www.investopedia.com/terms/d/double-irish-with-a-dutch-sandwich.asp>>. Acesso em 30 jan. 2016.

Rapport sur La fiscalité Du secteur numérique. Disponível em <<http://www.economie.gouv.fr/rapport-sur-la-fiscalite-du-secteur-numerique>>. Acesso em 02 nov. 2015.

Communications Alliance Forum. "Digital Content Delivery: Regulatory Settings for Growth and Innovation".

GSMA. *The OTT Opportunity for Operators*. Disponível em <<http://www.gsma.com/membership/wp-content/uploads/2013/10/White-paper-Aug2013.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2015.

Advanced Television. *US OTT market: First sign of saturation*. Disponível em <<http://advanced-television.com/2016/05/25/us-ott-market-first-sign-of-saturation/>>. Acesso em 25 mai. 2016.

Conseil de la langue française. *Langage du Droit et Traduction* <http://www.cslf.gouv.qc.ca/bibliotheque-virtuelle/publication-html/?tx_iggecpplus_pi4%5Bfile%5D=publications/pubf104/f104p1ch1.htm>. Acesso em 30 abr. 2016.

The Frase Finder. *Over-The-Top*. Disponível em <<http://www.phrases.org.uk/meanings/over-the-top.html>>. Acesso em 03 fev. 2016.

LAUTERJUNG, Fernando. *Teletime. Para FCC competição via ott e natural regulador defende leiloes de espectro*. Disponível em

<<http://www.teletime.com.br/15/04/2015/para-fcc-competicao-via-ott-e-natural-regulador-defende-leiloes-de-espectro/tt/409205/news.aspx>>.

Acesso em 03 nov. 2015.

Netflix. *Como a Netflix obtém séries de TV e filmes para transmissão online?*. Disponível em <<https://help.netflix.com/pt/node/4976>>. Acesso em 25 ago. 2015.

NetCombo. Serviços. Disponível em <servicos.netcombo.com.br/netPortalWEB/appmanager/portal/desktop?_npb=true&_pageLabel=P4600771971304346492948>. Acesso em 25 ago. 2015.

ADEODATO, João Maurício. *Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito*. Recife, Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPE, v. 8,n.8,p. 194 e 207, 1997.

DANTAS, Ivo. *O Direito Comparado - formação histórica, métodos e técnicas de pesquisa*. Recife, Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPE, Recife, v. 8, n. 8, p. 187-90,1997.

MILLER JR., Tom O. *Métodos e técnicas de pesquisa nas ciências antropológicas*. Natal: Editora da UFRN, p. 15-30, 1991.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Curso de derecho comparado*. Tradução de Juana Bigozzi. Barcelona: Ariel, p.80, 1987.

SOUTO, Cláudio. *Da inexistência científico-conceitual do Direito Comparado: conceituação do indagar comparativo mais específico da Ciência do Direito*. Recife: [s.n.], 1956

SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no Direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Safe, p. 139 e seg, 1992.

DAVID, René. *Traité Élémentaire Du Droit Civil Compare*. Paris, Librairie Générale de Droit ET Jurisprudence, 1950.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de Direito Contemporâneo; Direito Comparado*. 2ª ed., Lisboa, Meridiano, 1978.

ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do Direito Comparado*. Tradução de Sérgio José do Porto. Porto Alegre, Fabris. 1980. P. 107-123.

READING, Viviane. *The Audiovisual Media Services Directive: the right instrument to provide legal certainty for Europe's media businesses in the next decade*. Conferência organizada pela Academy of European Law (ERA) em cooperação com a Representação Bávara para a UE e o suporte acadêmico do Institute for European Media Law, Bruxelas, 07 de junho de 2006.

LOPASSO, Guilherme. *Como as operadoras podem responder à ameaça de serviços OTT*. Disponível em <http://www.ericsson.com/res/region_RLAM/press-release/2013/ott-po.pdf>. Acesso em 26 jan. 2015.

Teletime. *HBO lançará serviço OTT puro, em 15/10/2014*. Disponível em <<http://www.teletime.com.br/15/10/2014/TV-por-assinatura-hbo-lancara-servico-ott-puro/tt/394706/news.aspx>>. Acesso em 30 nov. 2015.

The Washington Post. *Yes, HBO and CBS are getting into internet streaming. But this isn't the end of the cable bundle— not by a longshot*.

Disponível em <<http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2014/10/16/yes-hbo-and-cbs-are-getting-into-internet-streaming-but-this-isnt-the-end-of-the-cable-bundle-not-by-a-long-shot/>>. Acesso em 16 out. 2015.

Multichannel. *FCC Proposes Defining 'Linear' OVDs as MVPDs*. Disponível em <<http://www.multichannel.com/news/content/fcc-proposing-defining-linear-ovds-mvpds/384279>>. Acesso em 30 ago. 2015.

Wikipedia. *Multichannel multipoint distribution service* /o "*Multichannel multipoint distribution service*". Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Multichannel_multipoint_distribution_service>. Acesso em 24 abr. 2016.

STEELNOV, Emily. *Aereo Concedes Defeat and Files for Bankruptcy*. NYTimes. Disponível em <http://www.nytimes.com/2014/11/22/business/aereo-files-for-bankruptcy.html?_r=2>. Acesso em 26 jan. 2015.

Audiovisual and Media Policies. *Audiovisual Media Services Directive (AVMSD)*. Disponível em <http://ec.europa.eu/archives/information_society/avpolicy/reg/TVwf/index_en.htm>. Acesso em 01 jan. 2016.

GLADICHEVA, Vesela. *EU culture ministers set to endorse planned review of audiovisual rules*. Disponível em <<http://www.mlex.com/ITCMedia/DetailView.aspx?cid=610653&siteid=147>>. Acesso em 02 fev. 2015.

GYORFFI, Miklós. *Preparação para um mundo audiovisual plenamente convergente: crescimento, criação e valores*. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_5.13.2.pdf>. Acesso em 06 fev. 2016.

Teletime. *Para Minicom, conceito de SVA não precisa ser revisto, mas tem que ser flexível*. Disponível em <<http://www.teletime.com.br/04/12/2013/para-minicom-conceito-de-sva-nao-precisa-serrevisto-mas-tem-que-ser-flexivel/tt/363120/news.aspx>>. Acesso em 14 jul. 2015.