

# **II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II**

**JANAÍNA RIGO SANTIN**

**JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

**Representante Discente - FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

---

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-155-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa  
e Pós-Graduação em Direito  
Florianópolis  
Santa Catarina – Brasil  
[www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)

## **II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II**

---

#### **Apresentação**

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II reuniu-se no II Encontro Virtual do CONPEDI, evento totalmente virtual e síncrono ocorrido entre os dias 2 e 8 de dezembro de 2020, sob a temática “Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios”.

Com 9 meses de isolamento social e todas as dificuldades decorrentes da severa pandemia da Covid-19, o CONPEDI conseguiu contornar todas as enormes adversidades e ofereceu um evento com conferências, painéis e grupos de trabalho de excelência. Um momento marcado pela alegria do reencontro, ainda que virtual, e que ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho (GT).

Os trabalhos e debates desenvolvidos produziram grande empatia entre os participantes, a repercutir as preocupações da sociedade brasileira contemporânea e sua agudização neste momento grave de pandemia, sob os eixos do combate à corrupção e à improbidade administrativa; da regulação e controle; e da transparência e eficiência administrativa.

Os artigos destes anais gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS COM ENFOQUE À EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS
2. GOVERNANÇA PÚBLICA PARA GARANTIR O FINANCIAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA
3. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA: UM INSTRUMENTO PARA A COMPRA INTERNACIONAL EM TEMPOS DE PANDEMIA
4. A ANÁLISE DAS FRAUDES AO PROGRAMA DE AUXÍLIO EMERGENCIAL DO GOVERNO FEDERAL (PANDEMIA DA COVID-19). A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM PADRÃO DE COMPORTAMENTO ÉTICO INSTITUCIONAL
5. MUNICÍPIO, FEDERALISMO FISCAL E DIREITOS SOCIAIS: POSSÍVEIS SOLUÇÕES A PARTIR DE UMA GESTÃO DESCENTRALIZADA E PARTICIPATIVA

6. A SUPOSTA ALTERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO PELA NOVA REDAÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)

7. A POSSE E A (IM) POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS NO BRASIL

8. A TRANSPARÊNCIA E O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO ELEMENTO NECESSÁRIO DA CAPACIDADE GOVERNATIVA: O CONTROLE SOCIAL NA LICITAÇÃO COMO FORMA DE APERFEIÇOAMENTO DO PROCEDIMENTO E NO COMBATE A PATOLOGIAS CORRUPATIVAS

9. A (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OBJETIVANDO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO TEMA 897 DA REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

10. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

11. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CONTEXTO DA DESLEGALIZAÇÃO: STF E O CASO ANVISA

12. MONOPÓLIO DO NETFLIX NO MERCADO BRASILEIRO DE SVOD - (SUBSCRIPTION VIDEO ON DEMAND)

13. GATE KEEPING E BENIGN BIG GUN NO CONTEXTO DA AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA - ANCINE E DO FUNDO SETORIAL AUDIOVISUAL - FSA

Com 15 (quinze) artigos aprovados e 13 (treze) efetivamente apresentados no GT, a presença maciça dos inscritos no evento confirma que o formato de CONPEDI Virtual veio para ficar, como mais uma modalidade possível ao lado dos eventos presenciais.

Será possível conferir nestes anais artigos científicos de elevada qualidade e pertinência acadêmica, com uma pluralidade de abordagens bastante originais e com indubitável relevo prático.

Registramos os cumprimentos ao CONPEDI, pelo empenho e a qualidade da organização desse II Encontro Virtual - um excepcional momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Assim, temos a satisfação de apresentar a presente obra a toda a comunidade jurídica, a confirmar que a Covid-19 pode até ter nos distanciado fisicamente, mas continuamos a pesquisar e difundir nossas pesquisas agora no formato virtual. Não temos a ternura do abraço presencial, mas temos o sorriso e a certeza da presença.

De Passo Fundo (RS) e de Florianópolis (SC), dezembro de 2020.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF)

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Nota técnica: O artigo intitulado “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL” foi indicado pelo Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **MONOPÓLIO DO NETFLIX NO MERCADO BRASILEIRO DE SVOD - (SUBSCRIPTION VIDEO ON DEMAND)**

### **NETFLIX MONOPOLY IN THE BRAZILIAN SVOD MARKET - (SUBSCRIPTION VIDEO ON DEMAND)**

**Alexander Leonard Martins Kellner <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

O presente artigo será dividido em 3 (três) seções. Uma primeira que se preocupa em descrever aspectos gerais do mercado audiovisual brasileiro e caracterizar o NETFLIX como monopolista no mercado de SVoD. Uma segunda seção será voltada às justificativas para a regulação do aludido monopólio. Uma terceira seção será dedicada ao tratamento tributário do SVoD, com destaque para a extraterritorialidade de provedores e as possibilidades atuais de incidência da CONDECINE.

**Palavras-chave:** Regulação, Vod, Svod, Monopólio, Mercado

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article will be divided into 3 (three) sections. The first one is concerned with describing general aspects of the Brazilian audiovisual market and characterizing NETFLIX as a monopolist in the SVoD market. A second section will focus on the justifications for the regulation of the mentioned monopoly. A third section will be dedicated to the tax treatment of SVoD, with emphasis on the extraterritoriality of providers and the current possibilities of incidence of CONDECINE.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Regulation, Vod, Svod, Monopoly, Market

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito Regulatório. Fundação Getúlio Vargas - FGV/DIREITO/RIO

## Introdução

A expressão Vídeo Sob Demanda - VOD é um gênero que comporta modelos negociais de espécies diferentes, no caso: (TVoD, AVoD, SvoD).<sup>1</sup> O TVoD (*transactional video on demand*), é um modelo em que o usuário contrata cada filme, episódio ou temporada de série individualmente. O AVoD (*advertising video on demand*) é o modelo padrão de canais abrigados em plataformas digitais de compartilhamento como o YouTube.<sup>2</sup> O SVoD (*subscription video on demand*), foco do artigo, é um modelo que implica na assinatura do serviço, que permite ao assinante acesso integral ao catálogo sob determinado perfil de usuário. Trata-se do modelo do NETFLIX que representa a maior importância nos negócios de VOD atualmente. (LA TORRE, 2014, p 31).

A expansão do VOD, talvez principalmente em razão do SVOD, altera de forma relevante as relações de oferta e consumo e as condições de competição nos serviços de comunicação audiovisual. Considerando-se as mudanças tecnológicas e comunicacionais e a própria adesão ao isolamento social em razão da pandemia do COVID-19, o VOD conquista o topo do mercado audiovisual em termos de relevância e projeção, considerando-se quantitativamente os recursos investidos, adesão de consumidores, investimentos publicitários, desenvolvimento de marcas e esvaziamento concorrencial em outras janelas do mercado audiovisual. (LA TORRE, 2014, p 53)

Quando se pensa em regular os modelos negociais que compõe o referido serviço, deve se considerar *ex ante* e *ex post* a importância da autonomia privada dos atores envolvidos, o tratamento especial que dado pela Constituição Federal de 1988 ao mercado de bens simbólicos em redes de comunicação, a forte presença internacional<sup>3</sup> e a participação financeira via fomento público (SCHILLER, 2017, p. 95), direto ou indireto da União e demais entes federativos na formação das marcas e ativos audiovisuais explorados pelos provedores de VOD.

---

<sup>1</sup> Nos termos da Deliberação de Diretoria Colegiada no 44-E, de 2018 (Processo no 01416.000158/2018- 06), que deu origem ao relatório 001/2019/ANCINE/SAM/CAN - Análise de Impacto Regulatório, o gênero VOD possui página 22 especificado no Relatório 001/2019/ANCINE/SAM/CAN que será adotada para a realização do recorte do

<sup>3</sup> O Netflix é uma companhia norte-americana, fundada em 1997 em Los Gatos, California. Como dito, trata-se do principal fornecedor de serviços SVOD fato que parece sugerir a existência de uma espécie de monopólio, apesar de movimentos concorrenciais recentes com a chegada de novos atores, a exemplo do Amazon Prime no mercado brasileiro.

A comunicação audiovisual parece intimamente relacionada com o exercício dos direitos culturais pela população brasileira, “e seus efeitos sobre a formação do ethos nacional (ALEXANDRE, 2001, p. 111) e o espaço democrático, vis-à-vis os interesses comerciais e políticos de grandes conglomerados internacionais”<sup>4</sup>, são elementos que desafiam os modelos regulatórios estruturados, fato que talvez fundamente a relevância do presente artigo.

Nesse sentido, a própria Agência Nacional do Cinema – ANCINE reconhece que inexistente um marco regulatório que contemple toda a complexidade e amplitude da oferta de VOD no Brasil.<sup>5</sup> Por isso, justifica-se o recorte adotado no trabalho, optando-se pela limitação ao SVoD (subscription video on demand) como forma de viabilizar uma análise minimamente profunda e substancial do ponto de vista técnico.

O presente artigo será dividido em 3 (três) seções. Uma primeira que se preocupa em descrever aspectos gerais do mercado audiovisual brasileiro e caracterizar o NETFLIX como monopolista no mercado de SVoD. Uma segunda seção será voltada às justificativas para a regulação do aludido monopólio. Uma terceira seção será dedicada ao tratamento tributário do SVoD, com destaque para a extraterritorialidade de provedores e as possibilidades atuais de incidência da CONDECINE.

## **I – O mercado audiovisual e o monopólio no mercado brasileiro de SVoD**

O mercado audiovisual nada mais é do que um mercado de compra e venda de direitos e licenças sobre conteúdos audiovisuais e seus agregados. (MARTINS, 2015, p. 3) Nesse sentido, o que define as conexões entre os *players* não é o trânsito comercial dos conteúdos audiovisuais em si, mas sim a circulação dos direitos de propriedade, uso e exploração comercial por meio de instrumentos contratuais de cessão e transmissão de direitos (JESSEN, 1967, p. 76).

A indústria audiovisual é composta basicamente por três atividades: produção, distribuição e exibição em diferentes janelas, como cinemas, *home vídeo*, *pay per view* no sistema de acesso condicionado, exibição nos canais de TV por assinatura e TV aberta,

---

<sup>4</sup> Ver a página 55 do Relatório 001/2019/ANCINE/SAM/CAN.

<sup>5</sup> Ver a página 1 do Relatório 001/2019/ANCINE/SAM/CAN.



plataformas digitais como *youtube*, *IGTV* entre outras possibilidades. O rol é exemplificativo, uma vez que as janelas<sup>6</sup> (MARTINS, 2012, p. 29) em que podem ser exibidos conteúdos audiovisuais surgem de acordo com o próprio desenvolvimento tecnológico que parece não ter limites temporais e talvez até cognitivos<sup>7</sup>.

A natureza jurídica dos bens que compõem uma obra audiovisual é de bens móveis, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.610/1998 e do art. 5º da Lei nº 9.279/1996. Trata-se naturalmente de uma espécie de ficção jurídica, uma vez que as obras são na verdade bens incorpóreos e intangíveis.

O Svod surge como um novo modelo de prestação de serviço de obras audiovisuais que reúne uma nova forma de relacionamento com o cliente, havendo a produção de conteúdo integrada com a distribuição por meio de plataformas digitais próprias de Svod. A atividade se vale do uso de *Big Data*<sup>8</sup> para individualizar as experiências do usuário, inclusive com o desenvolvimento de conteúdo próprio. RAGAZZO, 2017, p. 212)<sup>9</sup>

Uma análise concorrencial completa e abrangente dos mercados relevantes associados à cadeia vertical da indústria audiovisual na qual se insere o SVod resta inviabilizada pela carência das informações públicas disponíveis e pelo caráter privado das políticas comerciais das distribuidoras que compõem a cadeia audiovisual. (SCHUARTZ, 2010, p. 11) No entanto, a literatura especializada considera razoável assumir que o Netflix atua como monopolista no mercado de SVod. (CABRERA BLÁZQUEZ, 2010, p. 14)<sup>10</sup>

No Brasil, o monopólio mencionado parece decorrer do crescimento exponencial do comércio eletrônico no mercado interno brasileiro e de um projeto com ambição internacional

---

<sup>6</sup> Janelas são na verdade “veículos de exibição”.

<sup>7</sup> Sobre ausência de limitações cognitivas ao desenvolvimento tecnológico e o chamado estado de “singularidade” ver: (BOSTROM, 2014, p. 22.)

<sup>8</sup> Expressão que caracteriza o processamento de grande quantidade de dados, a exemplo de *zetabytes*.

<sup>9</sup> “A Netflix, por exemplo, que junto com o YouTube é responsável por 50% do tráfego de dados de internet da América do Norte, desenvolveu um complexo algoritmo capaz de analisar os gêneros de filmes e séries disponíveis; o histórico de transmissão e as classificações que foram dadas pelo usuário e, por fim, cruzar essas informações com as classificações de todos os assinantes do serviço que possuem um gosto parecido. Essa solução de Big Data auxilia o mercado de streaming de vídeo a entender o comportamento dos assinantes e oferecer respostas rápidas às demandas.”

<sup>10</sup> Ver o seguinte trecho: “On one hand, cable networks depend on the revenues they get for licencing their content to Netflix, and on the other hand, they fear that in the future they will become too dependent on such licensing deals and that Netflix finally will enjoy a near-monopoly position in entertainment.”

do Netflix<sup>11</sup>, “em paralelo com os negócios da rede, mas autônomo em relação tanto às companhias de infraestrutura como às programadoras de televisão, dois setores com histórico de regulação nacional”<sup>12</sup>.

Interessante notar que, além dos problemas inerentes aos monopólios naturais (PINHEIRO, 2017, p. 82), o modelo de negócios do Netflix é considerado como uma ameaça aos canais de acesso condicionado, sendo recorrente a comparação com o impacto causado pelo UBER no mercado de Taxi (MEDINA, 2017, p. 19)<sup>13</sup>.

Os provedores de conteúdo de acesso condicionado, como uma tentativa de frear o impacto da adesão cada vez maior aos serviços OTT de Svod, combinam as conexões de banda larga fixa com a assinatura de pacotes de televisão e/ou políticas de preço para desestimular a contratação em separado. (banda larga + OTT). Trata-se de uma tentativa de evitar o “*cord-cutting*”<sup>14</sup>.

Outro ponto que parece ameaçar os provedores de conteúdo de acesso condicionado decorre de atos de concentração em integração vertical perpetrados pelo monopolista. Nota-se por exemplo, que o Netflix passa a investir em produção de séries e filmes originais, o que parece revelar a aplicabilidade da “leverage theory” (ROSS, 1993, p. 360) onde uma empresa estende seu poder de mercado de origem (distribuição) para outro mercado (produção e aquisição de direitos). (SCHUARTZ, 2010, p. 21) O problema parece semelhante ao que já se vivenciou nas décadas de 1930 e 1940 nos chamados *Paramount cases*, porém com índices de concentração ainda maiores e especificidades distintas em razão da tecnologia.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> No Brasil, o Netflix lançou o seu serviço em setembro de 2011, aproximadamente 12 (doze) meses depois do lançamento no Canadá, mercado em que estreou suas atividades.

<sup>12</sup> Ver a página 09 do Relatório 001/2019/ANCINE/SAM/CAN.

<sup>13</sup> “The “sidestepping” that comes with OTT services in the audiovisual world could be described somehow with a comparison to Uber disrupting the supply chain of taxis: large taxi companies that manage their fleet of taxi drivers are sidestepped when another player allows a seeming direct contact between the drivers and the customers. Intermediation still exists, as the app does the work of connecting drivers and users, but to the user, everything is more direct, faster and more efficient.”

<sup>14</sup> “*Cord-cutting*” é uma expressão que representa o cancelamento de pacotes ou desligamento da TV por assinatura em função da adesão aos serviços OTT de VoD, especialmente SVod, a exemplo do Netflix.

<sup>15</sup> “Em alguns casos, que passaram a ser conhecidos posteriormente como Paramount cases, tal intervenção veio a alterar radicalmente a face da indústria norte-americana. Como consequência de denúncia oferecida em 1938 pelo Departamento de Justiça do governo americano contra a Paramount Pictures, foi definido em 1948, pela Suprema Corte, um conjunto de medidas determinando a cinco dos oito maiores distribuidores americanos (Loews, Paramount, Twentieth Century-Fox, RKO Pictures e Warner Brothers) que alienassem os cinemas a eles pertencentes (vale dizer, que se “desintegrassem” verticalmente).”

Com o modelo de Big Data, o Netflix acaba gerando eficiência alocativa, uma vez que a lógica de integração vertical envolvendo a produção e a distribuição de conteúdo permite um modelo de controle de custos não disponível para distribuidoras de TV por assinatura que decorre da estratégia de diversificação do número de séries produzidas. Além da redução de custos de transação (SIEFFERT, 2012, p. 5), existe uma espécie de diluição do risco, pois o Netflix pode diversificar constantemente seu conteúdo. Tal fato parece estar relacionado ao fenômeno do *binge watching*<sup>16</sup>. (JENNER, 2018, p. 109)

Interessante notar que a estratégia de verticalização mencionada acima, não pode ser utilizada pelas empresas de TV por assinatura em razão da própria literalidade da Lei n. 12.485/11. Os artigos 5º<sup>17</sup> e 6º<sup>18</sup> da lei estipularam a segregação das atividades de programação e distribuição, o que representa uma vedação à verticalização da cadeia de valor que compreende prestadoras de telecomunicações, empresas radiodifusoras, produtoras e programadoras. Inclusive, alguns autores sustentam a revogação da norma que prevê a restrição da propriedade cruzada (Lei nº 12.485/11, art. 5º e 6º), como forma de trazer mais equidade aos provedores de conteúdo de acesso condicionado frente ao desenvolvimento tecnológico que se consolida. (RAGAZZO, 2017, p. 203)

## II – Justificativas para a regulação do monopólio no mercado brasileiro de Svod

---

<sup>16</sup> “Binge-watching may be the term most closely associated with Netflix, which also developed the term binge model, meaning putting all episodes of a season online at once.”

<sup>17</sup> Art. 5º - O controle ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e por produtoras e programadoras com sede no Brasil, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços. § 1º O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.

<sup>18</sup> Art. 6º - As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, bem como suas controladas, controladoras ou coligadas, não poderão, com a finalidade de produzir conteúdo audiovisual para sua veiculação no serviço de acesso condicionado ou no serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens: I - adquirir ou financiar a aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos de interesse nacional; e II - contratar talentos artísticos nacionais de qualquer natureza, inclusive direitos sobre obras de autores nacionais.

Inicialmente cumpre-se ressaltar que existem razões econômicas e razões jurídicas em prol de uma regulação estatal de monopólios. É importante destacar que elas não são sinônimas e não existe qualquer tipo de relação hierárquica (PORTO, 2019, p. 25) em caso de aplicação simultânea. (HABERMAS, 1998, p. 53) Nesse sentido, o direito funciona como um vetor de transformação dos conceitos originalmente econômicos que devem ser, após incorporados, interpretados juridicamente (HABERMAS, 1998, p. 81).

Do ponto de vista econômico, o monopolista quando atua sem restrições, “agirá de uma forma que não é ideal do ponto de vista da coletividade.”(PINHEIRO, 2017, p. 73) Parece viável concluir que o Netflix consegue fixar seu preço acima do custo marginal, uma vez que sua tecnologia de produção parece ser caracterizada por “economias de escala e escopo, fazendo com que a curva de custo seja subaditiva, ou exiba subaditividade.” (PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 262)

Assim, a empresa monopolista (Netflix) pode fixar, um preço de assinatura mais alto do que aquele que seria praticado em um mercado competitivo. O aumento de preços do monopolista ocorre à custa dos consumidores que “têm restrições orçamentárias, precisam consumir outros bens”. (YEUNG, 2019, p. 133)

Esse parece ser talvez o maior desafio da regulação frente ao setor monopolizado, qual seja “a de tentar buscar um modelo institucional que mimetize, na medida do possível, um ambiente concorrencial compatível com esse mercado, de forma a promover as eficiências produtivas do monopólio natural e a mitigar as ineficiências distributivas”. (SAMPALIO, 2017, p. 60)

Do ponto de vista jurídico, pode-se compreender a regulação estatal do monopólio como uma proteção estatal aos direitos subjetivos dos consumidores e demais concorrentes e/ou uma proteção abrangente de interesses para impedir abuso de atividade econômica. Ou seja, regular o monopólio pode ser percebido, do ponto de vista jurídico, como uma proteção à liberdade individual ou como uma proteção direcionada aos “objetivos regulatórios supra-individuais (PICKER, 2019, p. 84)” ou uma “proteção institucional orientada para a comunidade.” (PICKER, 2019, p. 84/85)

Ainda, conforme mencionado acima, o Netflix está investindo em conteúdo original (como séries de televisão, filmes, documentários, comédia stand-up e animação), com base em uma estratégia de verticalização, com a finalidade de fornecer conteúdo exclusivo disponível apenas em suas plataformas para seus assinantes. Importante destacar que a onda de aquisição de conteúdo *premium* pelo Netflix elevou os preços das licenças de conteúdo premium, aumentaram a produção de séries de televisão *premium* “(chamadas “Peak TV” ou “Golden Age of Television”) e complicou o relacionamento entre serviços como o Netflix e os provedores de conteúdo tradicionais, como estúdios e redes a cabo.” (CABRERA BLÁZQUEZ, 2016, p. 14)

A título de exemplo, o Netflix impactou significativamente os mercados do Canadá e da Austrália. Prestadores de Svod como Foxtel Now e Stan perderam mais de 800 horas de consumo em uma base diária para o novo entrante. (CABRERA BLÁZQUEZ, 2016, p. 16) Tal perda se explica pelo fato de que o monopolista não precisa esperar reações de outros *players* ou consumidores, uma vez que possui uma certa autonomia para fixação de preços, cujo comportamento de maximização do lucro impõe uma perda de bem-estar. (TIETZEL, 1985, p. 46)

Especificamente em relação ao mercado brasileiro, existe a possibilidade de se considerar que a entrada do Netflix decorreu da opção regulatória por uma neutralidade de rede que culminou com um “acidente histórico” (VARIAN, 2016, p.473) que viabilizou a entrada do Netflix no mercado nacional brasileiro como empresa dominante.<sup>19</sup> De todo modo, existindo ou não um acidente histórico, parece razoável afirmar que o Netflix possui condições de exercer a chamada “liderança de preço” (VARIAN, 2016, p. 524) e consolidar sua posição no mercado criando barreiras de entrada com cláusulas de exclusividade de licenciamento de conteúdos.

A imposição de acordos de confidencialidade e exclusividade possuem 2 (dois) problemas mais salientes: (i) impede que o regulador estatal tenha informações sobre as práticas do setor; e (ii) retira determinadas obras de um circuito concorrencial onde o consumidor pode ser obrigado a arcar com custos mais altos para ter acesso ao conteúdo.

---

<sup>19</sup> Ver: Relatório “OTT Regulation - Hot Topics: Level Playing Field, Privacy, Taxation, Net Neutrality, Platform and Competition”. Disponível em: <[https://www.researchandmarkets.com/research/55h2kw/ott\\_regulation](https://www.researchandmarkets.com/research/55h2kw/ott_regulation)>. Acesso em: 29/06/2020.

Cláusulas de exclusividade podem ser consideradas “armadilhas” contratuais onde o criador/produtor do conteúdo é prejudicado. (GUEIROS JUNIOR, 1999, p. 181) Por outro lado, por serem lícitas, cláusulas de exclusividade não podem ser proibidas (Hellgardt, 2016, p. 461) por configurarem uma modalidade (KERN, 2007, p. 80) de dirigismo estatal autoritário (GUEDES, 2016, p. 151) no setor cultural que é amplamente criticado (MULLER, 1991, p. 245), mesmo quando em favor das próprias produtoras brasileiras. (SZTAJNBERG, 2005, p. 140)

Parece relevante afirmar que o licenciamento conteúdos no âmbito do SVod não é idêntico e não substitui as chamadas “ultra-utilizações” (ASCENSÃO, 2008, p. 521) em outras janelas ou segmentos, a exemplo da TV por assinatura e o vídeo doméstico. A própria ANCINE considera que não se pode falar de substituíbilidade perfeita, nem mesmo após projeções em prazos mais longos.<sup>20</sup> De todo modo, a experiência histórica que se extrai dos já mencionados *Paramount cases* parece indicar que o Netflix se encontra em posição de fixar preços mínimos para contratos de licenciamento de produções brasileiras independentes que objetivem exibição no Svod. Ainda, a própria OCDE<sup>21</sup> já reconheceu que em casos de integração vertical com altos índices de concentração na indústria audiovisual elimina naturalmente a competitividade de produtores independentes e até exibidores.

### **III - Extraterritorialidade e o aspecto espacial do fato gerador da CONDECINE**

---

<sup>20</sup> Ver a página 10 do Relatório 001/2019/ANCINE/SAM/CAN.

<sup>21</sup> OECD. Competition policy and film distribution. 1996, p. 8 e 9. Disponível em: [www.oecd.org/dataoecd/34/21/1920038.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/34/21/1920038.pdf). Acesso em 10/06/2020. Ver o seguinte trecho: “By controlling the distribution of their films, producers and distributors can improve economic efficiency and ensure that their films are shown. But in addition, if concentration in these industries is high, and entry difficult, vertical integration may squeeze out competition from independent producers and exhibitors. When examining the principal restrictive practices implemented, it is therefore important to distinguish between those which improve efficiency and those which have a negative effect on competition.”

A discussão sobre a extraterritorialidade na prestação de serviços de Svod *Over-The-Top* (OTT)<sup>22</sup> é algo extremamente controverso. Internacionalmente se reconhece que o sistema tributário mundialmente predominante dá margem para que empresas transnacionais prestadores de serviços de Svod “sejam estruturadas para pagar grande parte de seus impostos em jurisdições de baixa tributação, qualquer que seja o lugar onde suas receitas são efetivamente auferidas.”<sup>23</sup>

Considerando as normas tributárias na maioria dos países, assim como no âmbito de diversos acordos internacionais de reciprocidade tributária, um país só pode tributar empresas transnacionais, a exemplo do Netflix, se a referida sociedade possuir presença física no respectivo território para fins de estabelecimento de vínculo tributário.<sup>24</sup>

Ocorre que a internet desmaterializou diversas etapas das atividades de empresas transnacionais. O aspecto físico que sempre foi ponto de referência em algumas operações tributárias ou até da “responsabilidade civil são inexistentes no direito de propriedade intelectual e da concorrência, que tratam apenas de posições jurídicas intelectuais” (PICKER, 2019, p. 77)<sup>25</sup> e bens jurídicos imateriais. Nesse sentido, a própria ANCINE reconhece as dificuldades enfrentadas pela tributação no bojo da economia digital:

Com do advento da economia digital, hoje uma empresa que oferece seus produtos ou serviços através da internet pode obter receita expressiva em determinado mercado nacional sem que tenha “nexo tributário” suficiente que lhe obrigue a pagar impostos naquele país.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Ver a página 14 do Relatório 001/2019/ANCINE/SAM/CAN. “Essa expressão – over-the-top – designa os serviços audiovisuais (ou a entrega de outros conteúdos) contratados diretamente ao provedor, sem intermediação de um operador de infraestrutura. É o modo de relacionamento comercial tradicional na internet, de empresas como Google/YouTube, Amazon, Netflix, Facebook, Apple, entre muitas outras.”

<sup>23</sup> Ver a página 76 do Relatório 001/2019/ANCINE/SAM/CAN. Ver também: Opening remarks on corporate taxation in the global economy. Washington: Peterson Institute for International Economics, 2019. Disponível em: <<https://www.imf.org/en/News/Articles/2019/03/25/sp032519-md-piie-opening-remarks-on-international-corporate-taxation>>.

<sup>24</sup> UNITED NATIONS, Department of Economic and Social Affairs. ECOSOC special meeting on international cooperation in tax matters, Session 1: Taxation and the digitalization of the economy. Nova Iorque: ECOSOC special Meeting on “International Cooperation in Tax Matters”, 2019. Disponível em: <[https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2019/04/2019-ECOSOC-Tax-meeting\\_Taxation-and-digitalization-of-the-Economy\\_Issue-note.pdf](https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2019/04/2019-ECOSOC-Tax-meeting_Taxation-and-digitalization-of-the-Economy_Issue-note.pdf)>.

<sup>25</sup> Tradução livre do seguinte trecho: “Die quasi handgreiflichen Gegebenheiten, die im Zivilrecht die Verdrängung des Schutzguts als Bezugspunkts der Haftung erschweren, fehlen im Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht, die ausschließlich geistige Rechtspositionen zum Gegenstand haben. Damit fehlen die sinnliche Erfassbarkeit und folglich Unübersehbarkeit des zu schützenden Guts. Zudem ist dieses Gut in seinem Zuweisungsgehalt sozial zumeist minder vertraut und rechtlich schwieriger zu ermitteln.“

<sup>26</sup> Ver a página 76 do Relatório 001/2019/ANCINE/SAM/CAN.

O artigo não pretende esgotar o tema da tributação do SvoD tendo em vista sua complexidade, mas apenas introduzi-lo. Para tanto, parece ser interessante se partir de um ponto específico, no caso, o aspecto espacial do fato gerador da CONDECINE.

A CONDECINE é uma contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) incidente sobre operações variadas do mercado audiovisual e direcionada a prover recursos para o seu desenvolvimento e possui como destinação legal o Fundo Setorial do Audiovisual – FSA. Ou seja, CONDECINE é vinculada (SOUZA, 2000, p. 502) e o financiamento dos projetos de desenvolvimento que a CIDE sustenta têm origem na própria atividade audiovisual.<sup>27</sup> Importante ressaltar que a receita proveniente da arrecadação da CONDECINE está submetida às regras da Desvinculação das Receitas da União (DRU), instituída pelo art. 76<sup>28</sup> dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que autorizam a destinação de 30% dos recursos arrecadados com a CONDECINE para outras finalidades da União.

O recorte de pesquisa aqui será ainda mais restrito. O artigo vai se preocupar apenas com o aspecto espacial do fato gerador da chamada CONDECINE “Título” prevista no art. 32, I da MP 2.228-1/2001. Nessa modalidade o principal fato gerador é o licenciamento de conteúdos audiovisuais.<sup>29</sup>

O mercado do SVoD defende a tese de que considerando que os licenciamentos de conteúdo audiovisual não ocorrem em território brasileiro, não existe fato gerador da CONDECINE “Título”. O que baseia esse entendimento dos *players* é o fato de que os contratos de licenciamento são celebrados fora do Brasil. (MARTINS, 2018, p. 14) Aqui entram em as chamadas cláusulas “mundo inteiro” (GUEIROS, 1999, p. 162) onde o licenciante cede a exploração de sua obra para todo e qualquer território. Por exemplo, uma série produzida no Brasil teria seus contratos de licenciamento sendo celebrados, com uma cláusula de extraterritorialidade nos seguintes moldes:

---

<sup>27</sup> Interessante analisar o relatório preliminar: Análise de Impacto Regulatório. Relatório de Análise de Impacto 001/2019/ANCINE/SAM/CAN (VERSÃO PÚBLICA) Agosto/2019. COORDENAÇÃO DE ANÁLISE ECONÔMICA E DE NEGÓCIOS SUPERINTENDÊNCIA DE ANÁLISE DO MERCADO AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Disponível em: [https://ancine.gov.br/sites/default/files/AIR\\_VoD\\_versao\\_final\\_PUBLICA\\_12.08.2019-editado-p%C3%A1ginas-exclu%C3%ADdas-mesclado-p%C3%A1ginas-exclu%C3%ADdas.pdf](https://ancine.gov.br/sites/default/files/AIR_VoD_versao_final_PUBLICA_12.08.2019-editado-p%C3%A1ginas-exclu%C3%ADdas-mesclado-p%C3%A1ginas-exclu%C3%ADdas.pdf) Acesso em: 19/05/2020. p. 75

<sup>28</sup> Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data. (...)”

<sup>29</sup> “Art. 32. A Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional - CONDECINE terá por fato gerador: I - a veiculação, a produção, o licenciamento e a distribuição de obras cinematográficas e videofonográficas com fins comerciais, por segmento de mercado a que forem destinadas;



3.3.2. Os recursos a serem investidos, assim como o cálculo da participação do FSA, ter como base o total de itens financiáveis de responsabilidade da parte brasileira. Da mesma forma, o FSA terá participação sobre as receitas proporcionais à parte brasileira na divisão dos territórios em todos e quaisquer segmentos de mercado e janelas de exploração, existentes ou que venham a ser criados, observando as condições sobre retorno do investimento dispostas no Regulamento Geral do PRODAV.

30

A cláusula acima é um exemplo que costuma ser replicado no mercado. Trechos padronizados como “*terá participação sobre as receitas proporcionais à parte brasileira na divisão dos territórios em todos e quaisquer segmentos de mercado e janelas de exploração, existentes ou que venham a ser criados*” são recorrentes nos licenciamentos mencionados. Por tal razão, o mercado sustenta que um contrato celebrado na Alemanha (SCHNELL, 2007, p. 53) afastaria o fato gerador da CONDECINE previsto no art. 32, I da MP 2.228-1/2001.

No entanto, parece prevalecer opiniões em sentido contrário, uma vez que os referidos serviços oriundos do licenciamento são prestados no território brasileiro. Confirma-se:

Há alguns posicionamentos, não acadêmicos, no sentido de que, quanto ao aspecto espacial do fato gerador da Condecine do art. 32, I, os licenciamentos não ocorreriam em território brasileiro. Acredito ser equivocada a tese, pois o serviço final é prestado no Brasil. Licencia-se para que um serviço seja prestado regularmente em território brasileiro. Hoje, temos a incidência do ISS sobre esse serviço, agora em consonância com o princípio da legalidade estrita tendo em vista as alterações da lei complementar 157 de 2016. Esta consideração parece apontar para o fato de que o próprio licenciamento ocorra, de fato, no Brasil, ainda que haja mecanismos meramente formais/contratuais que coloquem em xeque a ocorrência desse fato gerador em território brasileiro. (MARTINS, 2018, p. 14)

Como se extrai do trecho acima, a Lei Complementar nº 157 de 2016 prevê a incidência do ISS aos serviços de VOD<sup>31</sup>. A fundamentação para tal possibilidade de tributação, seja do ISS ou da própria CONDECINE, pode ser extraída da própria noção de soberania e igualdade de estados, uma vez que a possibilidade de extraterritorialidade de contratos não impede tributação. (ALMEIDA, 2014, p. 27) A ANCINE inclusive possui precedentes quanto a tentativa de lidar com a extraterritorialidade (GIVEN, 2012, p. 141) de licenciamentos de conteúdos audiovisuais no âmbito da TV a cabo. Trata-se da Instrução

<sup>30</sup> Cláusula retirada da CHAMADA PÚBLICA BRDE/FSA – PRODAV 01/2013

<sup>31</sup> “Lista de serviços anexa à Lei Complementar no 116, de 31 de julho de 2003. 1 – Serviços de informática e congêneres. (...) 1.03 - Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres. (...) 1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS).”

Normativa nº 102/2012<sup>32</sup>, por meio da qual a ANCINE buscou lidar com a extraterritorialidade do setor, buscando dar efetividade ao marco regulatório do acesso condicionado.

Diante das novidades introduzidas pelas OTT's, a ANCINE realizou em 2016 uma consulta pública<sup>33</sup> que buscou aprimorar a forma de incidência da CONDECINE às características específicas do mercado de VOD como um todo, onde alguns pontos importantes sobre o tratamento tributário foram levantados.<sup>34</sup>

Ocorre que a agência ainda não conseguiu firmar um modelo tributário eficiente, fato que tem gerado insegurança jurídica (ÀVILA, 2019, 287). e inadimplemento (passivo<sup>35</sup>) por parte dos *players*, uma vez que existe uma grande discussão sobre a forma atual de incidência da CONDECINE “Título.” Na forma atual, a CONDECINE “Título” é devida sobre a oferta de cada título dos catálogos, sem considerar resultados econômicos, custo das obras e/ou o valor comercial dos catálogos em si.

---

<sup>32</sup> Art. 2º As atividades de produção, programação e empacotamento no Brasil são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país. § 1º O exercício da atividade de programação do exterior para o Brasil somente será permitido às programadoras estrangeiras que se sujeitarem às leis e foro brasileiro, quanto aos atos ou operações praticados no exterior que produzam efeitos no Brasil, incluindo as obrigações previstas na Lei nº 12.485/2011, nos mesmos termos em que se aplicam às empresas com sede no Brasil. § 4º A programadora estrangeira que exerça atividade de programação do exterior para o Brasil está obrigada a manter, permanentemente, representante único no país, com poderes para resolver quaisquer questões e receber intimação e notificação administrativa e citação judicial em nome da empresa estrangeira. Disponível em: <<https://www.ancine.gov.br/pt-br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas/instru-o-normativa-n-102-de-19-de-junho-de-2012>>.

<sup>33</sup> Disponível em:

<[https://www.ancine.gov.br/sites/default/files/Vod%20Documento%20P%C3%BAblico%20Final%20v3\\_2.pdf](https://www.ancine.gov.br/sites/default/files/Vod%20Documento%20P%C3%BAblico%20Final%20v3_2.pdf)>. Acesso em: 29/06/2020.

<sup>34</sup> A consulta pública de 2016 apresentou os seguintes itens para discussão: a) Considerar como fato gerador a aquisição de receita decorrente da comunicação audiovisual sob demanda, por meio da oferta de catálogo para fruição por usuário através de serviço de vídeo sob demanda ou plataforma de compartilhamento de conteúdo audiovisual; b) Considerar como sujeitos passivos os provedores do serviço de vídeo sob demanda e os responsáveis pelas plataformas de compartilhamento de conteúdos; c) Considerar como base de cálculo a receita bruta anual dos contribuintes, apurada nos termos da legislação do imposto de renda, relativa às receitas decorrentes da cessão de espaço publicitário e inserção publicitária; assinatura, direta ou indireta, para acesso a catálogo, no todo ou em parte; e aluguel, cessão ou venda de conteúdo audiovisual individualizado; d) Considerar o estabelecimento progressivo de alíquotas, iniciando em 0% para a parcela de receita bruta anual até R\$ 3,6 milhões e tendo como limite 4% para a parcela de receita bruta anual acima de R\$ 70 milhões.

<sup>35</sup> A própria ANCINE reconhece a existência do passivo tributário. Ver o seguinte trecho da página 81 do Relatório 001/2019/ANCINE/SAM/CAN. “Por esse motivo, em muitos casos, os tributos correspondentes não estão sendo recolhidos. A conveniência desse sistema de tributação por título para o VoD tem sido posta em questão. Atualmente, é o principal item da pauta de debates regulatórios do Conselho Superior do Cinema e já foi objeto de proposta de alteração da legislação elaborada pelo então Ministério da Cultura, além de compor projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.”

Para fins de melhor compreensão do tema, os serviços de vídeo sob demanda são abrangidos pela alínea *e* do Anexo I da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de Setembro de 2001. Confira-se a literalidade da referida alínea *e*:

e) OUTROS MERCADOS (exceto obra publicitária)	
- Obra cinematográfica ou videofonográfica de até 15 minutos	R\$ 729
- Obra cinematográfica ou videofonográfica de duração superior a 15 minutos e até 50 minutos	R\$ 1.7
- Obra cinematográfica ou videofonográfica de duração superior a 50 minutos	R\$ 7.2
- Obra cinematográfica ou videofonográfica seriada (por capítulo ou episódio)	R\$ 1.8

Como se percebe, a alínea *e* apenas classifica as obras por sua duração, formato e objetivo comercial. O que isso quer dizer é que um filme brasileiro é tarifado no mesmo valor que um *blockbuster* americano. A ANCINE inclusive reconheceu que tal fato tem o potencial de desestimular a inclusão de obras brasileiras nos catálogos de SVod. Confira-se:

Essa situação tem efeitos também no SVoD. Nesse caso, o valor do catálogo em si é mais importante do que cada obra individualmente e há uma espécie de compartilhamento do sucesso entre os títulos. Mas o organizador do catálogo pode ser induzido a restringir ou descartar títulos com resultados menos expressivos, com repercussão sobre a qualidade do catálogo e a oferta aos usuários. De sua parte, produtores brasileiros e usuários também poderão ser negativamente afetados; os primeiros pela dificuldade de incluir suas obras nos catálogos; os últimos pela perda de diversidade na oferta de filmes e séries.<sup>36</sup>

Uma possível solução seria a adoção de uma espécie de gradação tarifária que poderia ser projetada com base em alguns parâmetros ventilados na revisão tarifária no âmbito das ferrovias.<sup>37</sup> A título de exemplo, a ANTT revisou, por meio das Resoluções nº 3.888 a 3.897, as tarifas de referência utilizadas como tetos na cobrança por serviços de transporte de carga pelas empresas ferroviárias nacionais. No ponto, “as novas tarifas eram definidas por unidade de peso, volume, contêiner etc., e eram multipartidas, com uma parte fixa e outra variável, sendo esta última uma função da distância transportada, com valores marginais decrescentes para intervalos maiores de distância.” (PINHEIRO, 2017, p.303) As tarifas também foram revisadas com base em diferentes tipos de carga.

Não se desconhece as significativas diferenças entre os setores. Mas a revisão tarifária da ANTT poderia ser usada como referência e adaptada do seguinte modo:

<sup>36</sup> Trecho retirado da página 85 do Relatório 001/2019/ANCINE/SAM/CAN.

<sup>37</sup> ANTT, Nota Técnica 142 (disponível em <http://bit.ly/2tpPJEB>). ANTT, Estudo Técnico 01/SUREG/2011 (disponível em <http://bit.ly/2sioewg>). ANTT, Nota Técnica 142, Anexo 1 (disponível em <http://bit.ly/2tlCft5>).

ANTT	ANCINE
Unidade de peso, volume, contêiner.	Duração, conteúdo, custo de produção.
multipartidas, com uma parte fixa e outra variável	multistreaming ou multivisualizações, com uma parte fixa e outra variável
valores marginais decrescentes para intervalos maiores de distância.	valores marginais decrescentes para quantidades maiores de capítulos, temporadas, <i>spin offs</i> .

## Conclusão

Apesar da complexidade do tema, parece seguro afirmar que o NETFLIX atua como monopolista no mercado de SVoD brasileiro. Nesse sentido, o artigo apresentou algumas justificativas em prol de uma regulação estatal do aludido monopólio. Um exemplo é a extinção da impossibilidade de verticalização prevista na Lei de Acesso Condicionado. Não existem fundamentos aptos a comprovar, ao menos dentro das limitações do presente trabalho, que estratégias como unbundling ou desverticalização compulsória seriam eficientes.

No mesmo sentido, apesar da dificuldade de formação de base de dados em razão da natureza confidencial e sigilosa dos contratos de licenciamento, algumas conclusões são possíveis: (i) Não faz sentido manter a atual redação dos artigos 5º e 6º da Lei nº 12.485/11; (ii) Não parece prosperar o argumento do mercado de que em relação aos licenciamentos de conteúdo audiovisual que não ocorrem em território brasileiro, não existe fato gerador da CONDECINE “Título”; (iii) A metodologia de tarifação adotada pela alínea *e* do Anexo I da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de Setembro de 2001 não é eficiente.

Por fim, destaca-se que a ANCINE pode se espelhar no modelo de tarifas multipartidas das ferrovias para criar tarifas multivisualizações ou multistreaming no setor audiovisual. Atualmente existe uma certa morosidade e dificuldade da agência em regular corretamente o setor.

Essencialmente descritivo, o artigo se propôs a fundamentar empiricamente, com base em dados extraídos da própria ANCINE que os pontos levantados representam problemas em termos de eficiência econômica ou jurídica e que devem ser alterados. Esse talvez é o maior folego normativo do artigo, apontar algumas possibilidades, porém demonstrar que o quadro atual precisa ser alterado para fins de multiplicação de oportunidades para o setor. Por fim, cumpre-se monitorar a presença e o desempenho de obras brasileiras no mercado de SVod para viabilização de um diagnóstico mais preciso sobre a necessidade ou não de qualquer tipo de medida regulatória estatal.

### **Bibliografia**

ALEXANDRE, Marcos. O papel da mídia na difusão das representações sociais. In: *Comum*, Rio de Janeiro, v.6, nº 17, jul./dez. 2001. p. 111/125.

ALMEIDA, Paula Wokcikiewicz. BARRETTO, Rafael Zelesco. *Direito das organizações internacionais: casos e problemas*. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra Editora. 2008.

ÀVILA. Humberto, – *Teoria da Segurança Jurídica*, Ed. Malheiros. 2019.

BOSTROM, Nick. *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*. Oxford University Press. 2014.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA – ANCINE. AGOSTO DE 2019. ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO – AIR VIDEO SOB DEMANDA - VOD. COORDENAÇÃO DE ANÁLISE ECONÔMICA E DE NEGÓCIOS SUPERINTENDÊNCIA DE ANÁLISE DO MERCADO Relatório 001/2019/ANCINE/SAM/CAN. 269p. Disponível em: [https://www.ancine.gov.br/sites/default/files/relatório\\_de\\_analise\\_de\\_impacto\\_-\\_vod.pdf](https://www.ancine.gov.br/sites/default/files/relatório_de_analise_de_impacto_-_vod.pdf) Acesso em: 31 de julho de 2020.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT, Nota Técnica 142 (disponível em <http://bit.ly/2tpPJEB>). ANTT, Estudo Técnico 01/SUREG/2011 (disponível em <http://bit.ly/2sioewg>). ANTT, Nota Técnica 142, Anexo 1 (disponível em <http://bit.ly/2tICft5>).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) - art. 1º, parágrafo único; art. 170; art. 173; art. 174.

BRASIL. Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011.

BRASIL. Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019.

BRASIL. Medida Provisória 2.228-1 de 06 de setembro de 2001.

CABRERA BLÁZQUEZ F.J., CAPPELLO M., GRECE C., VALAIS S., *VOD, platforms and OTT: which promotion obligations for European works?*, IRIS Plus, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2016.

JENNER, Mareike. *Netflix and the Re-invention of Television*. Springer International Publishing AG. Cham, Switzerland. 2018.

DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya. SAMPAIO Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência no Setor Ferroviário*. 1. ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017.

GIVEN, J., CURTIS, R.; MCCUTCHEON, M. Online video in Australia. *International Journal of Digital Television*, v. 03, n. 02, p. 141-162, 2012.

GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: Tradição, transição e processo administrativo*. Belo Horizonte. Letramento, 2016.

GUEIROS JUNIOR, Nehemias. *O direito autoral no show business*. Volume 1. Rio de Janeiro. Gryphus, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by William Rehg. The MIT Press. Cambridge, Massachusetts. 1998.

HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford University Press. Second Edition. 1994.

HELLGARDT, Alexander. *Regulierung und Privatrecht. Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung*. Mohr Siebeck. Tübingen. 2016.

JESSEN. H. *Direitos Intelectuais*. Editora Itaipu. Rio de Janeiro. 1967.

KERN, Christoph. *Justice Between Simplification and Formalism*. Mohr Siebeck. Tübingen. 2007.

LA TORRE, Mario. *The Economics of the Audiovisual Industry: Financing TV, Film and Web*. Palgrave Macmillan. 2014.

LAGARDE, C. Opening remarks on corporate taxation in the global economy. Washington: Peterson Institute for International Economics, 2019. Disponível em: <<https://www.imf.org/en/News/Articles/2019/03/25/sp032519-md-piie-opening-remarks-on-international-corporate-taxation>>.

MACDONALD, Maggie. Comcast V. Netflix: Why the FCC should redefine multi-channel video programming distributors to include Over-the-Top Video providers. *Colorado Technology Law Journal*, v. 12, p. 479-498, 2014.

MARTINS, Vinícius Alves Portela. *Agência Nacional do Cinema – ANCINE: comentários à Medida Provisória nº 2.228-01/01, ao Decreto nº 4.121/02 e à Lei nº 12.485/11*. São Paulo. Atlas, 2015.

MARTINS, Vinícius Alves Portela. Analisando a Cide-Condecine Licença a partir das consequências da sua incidência no segmento de Video por Demanda Programado (Vod – Netflix). Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento - RFPTD, v. 6, n.6, 2018.

MARTINS, Vinícius Alves Portela. Audiovisual e Cultura. Elsevier, 2012.

MEDINA, Mercedes; HERRERO, Mónica; URGELLÉS, Alicia. Current and Emerging Issues in the Audiovisual Industry. ISTE Ltd e John Wiley & Sons, Inc. Londres. 2017.

MULLER, Peter. Show Business Law. EUA: Quorum Books, 1991.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Direito Financeiro e Justiça Tributária. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

OECD. Competition policy and film distribution. 1996, p. 8 e 9. Disponível em: [www.oecd.org/dataoecd/34/21/1920038.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/34/21/1920038.pdf). Acesso em 10/06/2020.

OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação e novas tecnologias: verticalização das OTTs de Vídeo. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 200-218, dez. 2017.

PICKER, Eduard. Privatrechtssystem und Negatorischer Rechtsschutz. Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Mohr Siebeck. Tübingen. 2019.

PINHEIRO, Armando Castelar. RIBEIRO, Leonardo Coelho. Regulação das ferrovias. Rio de Janeiro: Editora FGV:FGV, IBRE, 2017.

PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In: Antônio José Maristrello Porto; Patrícia Regina Pinheiro Sampaio; Armando Castelar Pinheiro. (Org.). Direito e Economia: Diálogos. 1ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, v. 1, p. 25-45, 2019.

RELATÓRIO “OTT Regulation - Hot Topics: Level Playing Field, Privacy, Taxation, Net Neutrality, Platform and Competition”. Disponível em: <[https://www.researchandmarkets.com/research/55h2kw/ott\\_regulation](https://www.researchandmarkets.com/research/55h2kw/ott_regulation)>. Acesso em: 29/06/2020.

ROSS, Stephen. Principles of Antitrust Law. New York. The Foundation Press, 1993. p. 360.

SCHILLER, Alexandre Ortigão Sampaio Buarque. Fomento Público: O Controle Regulatório e Questões Federativas. In: Guerra, Sérgio. (org.) Teoria do Estado Regulador. Curitiba, Juruá, 2017, p. 95 e ss.

SCHUARTZ. Luís Fernando e FAGUNDES, Jorge. Defesa da concorrência e a indústria do cinema no Brasil *in* Três Dimensões do Cinema: economia, direitos autorais e tecnologia. Organizadores Ronaldo Lemos, Carlos Affonso Pereira Souza, Marília Maciel. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

SIEFFERT, Megan. Conception to Distribution: Vertical Integration in the Television Production and ISP Industry. *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Malibu, v. 06, n. 01, 2012.

SCHNELL, Christiane, 2007: *Regulierung der Kulturberufe in Deutschland. Strukturen, Akteure, Strategien*. Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag.

SOUZA, Hamilton Dias de. *Contribuições Sociais*. São Paulo. Saraiva, 2000.

SZTAJNBERG, Deborah. *O Show não pode parar. Direito do Entretenimento no Brasil*. Editora Espaço Jurídico. Rio de Janeiro. 2005.

TIETZEL, Manfred. *Wirtschaftstheorie und Unwissen. Überlegungen zur Wirtschaftstheorie jenseits von Risiko und Unsicherheit*. J.C.B Mohr (Paul Siebeck) Tübingen. 1985.

UNITED NATIONS, Department of Economic and Social Affairs. ECOSOC special meeting on international cooperation in tax matters, Session 1: Taxation and the digitalization of the economy. Nova Iorque: ECOSOC special Meeting on “International Cooperation in Tax Matters”, 2019. Disponível em: <[https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2019/04/2019-ECOSOC-Tax-meeting\\_Taxation-and-digitalization-of-the-Economy\\_Issue-note.pdf](https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2019/04/2019-ECOSOC-Tax-meeting_Taxation-and-digitalization-of-the-Economy_Issue-note.pdf)>.

VARIAN. Hal. R. *Microeconomia. Uma abordagem moderna*. Tradução: Regina Célia Simille de Macedo. 9ª Ed. Rio de Janeiro. Elsevier, 2016.

YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. In: Antônio José Maristrello Porto; Patrícia Regina Pinheiro Sampaio; Armando Castelar Pinheiro. (Org.). *Direito e Economia: Diálogos*. 1ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, v. 1, p. 115-144, 2019.