



Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
Euro-Latin American Journal of Administrative Law



Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
ISSN: 2362-583X
revistaredoeda@gmail.com
Universidad Nacional del Litoral
Argentina

BOSSONI SAIKALI, LUCAS; PADILHA DE CARVALHO, ALICE
O serviço de streaming no cenário legal brasileiro: reflexões a partir do caso Netflix
Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, vol. 4, núm. 2, 2017, Julho-
Universidad Nacional del Litoral
Argentina

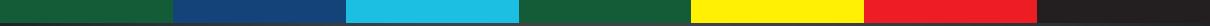
Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=655969794005>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Informação Científica Redalyc

Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal
Sem fins lucrativos acadêmica projeto, desenvolvido no âmbito da iniciativa
acesso aberto



REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 4 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2017 | ISSN 2362-583X



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



O serviço de streaming no cenário legal brasileiro: reflexões a partir do caso Netflix

*The streaming service in the Brazilian legal scenario: notes
concerning the Netflix case*

LUCAS BOSSONI SAIKALI*

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)
saikalilucas@gmail.com

ALICE PADILHA DE CARVALHO**

Universidade Federal do Paraná (Brasil)
ali.pcarvalho@gmail.com

Recibido el/Received: 28.06.2017 / June 28th, 2017
Aprobado el/Approved: 15.10.2017 / October 15th, 2017

RESUMO:

O presente artigo acadêmico tem o intuito de versar sobre um complexo ponto da atualidade, qual seja o serviço de streaming fornecido pela Netflix e sua relação com o Direito Administrativo. O estudo busca analisar como deve a Administração Pública influir na regulação de tais novas tecnologias. Eventual regulação causará efeitos diretos não só sobre a Administração Pública, mas também na iniciativa privada, na medida em que os serviços de telecomunicação não possuem qualquer regime de exclusividade estatal. Assim, primeiramente serão apresentadas noções de serviço público na Constituição de 1988 e pelos doutrinadores administrativistas, passando por debates históricos realizados pela doutrina. Ainda nesse ponto, será debatida a influência estatal e suas escolhas políticas quanto aos serviços que serão considerados públicos. Em seguida, tratar-se-á especificamente dos serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens, de modo a esclarecer seus contornos jurídicos.

ABSTRACT:

This academic article aims to address a complex point of today, which is the streaming service provided by Netflix and its relationship with Administrative Law. The study seeks to analyze how the Public Administration should influence the regulation of such new technologies. Eventual regulation will have direct effects not only on the Public Administration, but also on the private initiative, since the telecommunication services do not have any regime of state exclusivity. Thus, first will be presented notions of public service in the Constitution of 1988 and by the administrativist scholars, passing through historical debates realized by the doctrine. Also at this point, the state influence and its political choices will be debated regarding the services that will be considered public. Next, the article will deal specifically with the public services of sound broadcasting and of sounds and images, in order to clarify their legal contours. That said, the case of Netflix will be analyzed considering the previously established concepts, so that it can be demonstrated that

Como citar este artigo | How to cite this article: SAIKALI, Lucas Bossoni; CARVALHO, Alice Padilha de. O serviço de streaming no cenário legal brasileiro: reflexões a partir do caso Netflix. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 4, n. 2, p. 79-96, jul./dic. 2017. DOI: 10.14409/rr.v4i2.7144

* Mestrando na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, PR, Brasil). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: saikalilucas@gmail.com.

** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba, PR, Brasil). E-mail: ali.pcarvalho@gmail.com.



Posto isso, o caso da Netflix será analisado considerando os conceitos sedimentados anteriormente, para que se possa demonstrar que o serviço por ela prestado não se confunde com os serviços de radiodifusão tradicionais e de Serviço de Acesso Condicionado. Enfim, conclui-se o estudo de maneira a identificar o grau de sua incidência sobre a Administração Pública.

Palavras-chave: tecnologia; serviço público; serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens; Netflix; assimetria regulatória.

the service provided by it is not confused with traditional broadcasting services and Conditional Access Service. Finally, the study is concluded in order to identify the degree of its impact on Public Administration.

Keywords: technology; public service; service of sound broadcasting and of sounds and images; Netflix; regulatory asymmetry.

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Fundamentos do serviço público; 2.1. Noção histórica; 2.2. Concessão de serviço público; 3. Serviço público de radiodifusão sonora e de sons e imagens; 4. O serviço de streaming: o caso Netflix; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objeto do Direito se transforma de tempos em tempos com as inovações tecnológicas, o que afeta todas as suas esferas, ainda que algumas de modo mais evidente que outras. Hodiernamente, as evoluções tecnológicas são cada vez mais rápidas, de modo que se tornou um desafio acompanhá-las, assim, o Direito transborda conceitos e se expande para buscar explicar tais mudanças. A relação entre Estado e Sociedade é extremamente dinâmica e depende de diversos fatores, dentre os quais, da economia, política, cultura e das ideologias. Assim, a doutrina do Direito Administrativo tem ampliado e segue buscando a renovação do Direito Público se distanciando do modelo clássico “para ocupar-se de todas as relações que se possam estabelecer no amplíssimo e indefinido campo das interações jurídicas em que a Administração seja parte, mesmo que, por eleição da lei ou dela própria, se possam classificar como relações de direito privado”¹.

Nessa toada, as inovações na tecnologia e o constante desenvolvimento da rede mundial de computadores desafiam o Poder Público, principalmente por estarem amplamente difundidas na sociedade. Nos dias de hoje, existem casos de empresas que prestam serviços que podem coincidir com atividades prestadas pela Administração de forma direta ou indireta, mediante concessão ou permissão de serviço público. Por isso, deve-se investigar quais os limites de eventual regulação governamental, uma vez que o serviço público envolve questões políticas e jurídicas essenciais.

O desafio para o Estado é enfrentar as chamadas “inovações disruptivas”: termo utilizado para se referir às novas tecnologias que, ao prestarem serviços ou oferecer um bem instigam a competição entre empresas consolidadas, abrem o mercado e

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Tendências atuais do direito administrativo: a luta pelo controle do arbítrio do poder. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 90, ago. 2008. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntrd=54490>>. Acesso em: 09 setembro 2017.



incentivam constantes mudanças com o intuito de manter seus consumidores.² Tais inovações disruptivas são prestadas por meio da rede mundial de computadores e podem ser acessados em notebooks, smartphones e tablets e utilizados a qualquer momento. Alguns exemplos de fenômenos tecnológicos que estão nessa categoria são o WhatsApp, Uber e os serviços de streaming (Netflix, Spotify, iTunes Match, HBO GO, dentre outros). No presente artigo será abordado especificamente o serviço prestado pela Netflix, que propõe a disponibilização de conteúdos de entretenimento *on demand* através da tecnologia da transmissão instantânea de dados.

A utilização e a regulação dos referidos serviços geram discussões tanto no mundo acadêmico quanto na sociedade de modo geral. No caso que será estudado, da Netflix, discute-se qual deve ser o lugar da empresa, no cenário brasileiro, tendo em vista a sua natural concorrência com as operadoras de televisão aberta e fechada. Desse modo, será examinado a interferência dessa tecnologia frente aos serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens, que possuem um regime tradicionalmente restrito. Portanto, resta evidente que o tema afeta diretamente a livre concorrência da iniciativa privada e a Administração Pública.

Muito embora, seja essencial que o ente estatal procure se adequar as novas tecnologias, é de suma importância apontar que esta deve verificar a observação do princípio da eficiência – presente no caput do art. 37 da Constituição Federal – ao intervir nos meios econômicos e sociais. O presente artigo busca apresentar esse diálogo, considerando a posição do legislador quanto ao tema e os ensinamentos doutrinários, principalmente ao abordar a teoria de serviços públicos, e em seguida analisando o regime jurídico das atividades relacionadas a radiodifusão sonora e de sons e imagens.

É relevante apontar que ainda que tais discussões sejam escassas no mundo jurídico, destaca-se a relevância do tema, haja vista que a conexão direito-economia-tecnologia é uma realidade que merece atenção.

2. FUNDAMENTOS DO SERVIÇO PÚBLICO

O tema do serviço público é polêmico aos administrativistas por conta de suas diversas transformações a fim de se adaptar a novas realidades sociais, de modo que não há um único conceito que possa abranger o assunto. Em seus estudos, Dinorá Adelaide Musetti Grotti afirma que o serviço público é uma escolha política realizada pelo legislador, na medida em que “cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico”³. Isso significa que se trata de uma escolha política realizada em um determinado

² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicação e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 17-48.

³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87.



momento histórico, no qual o Estado passou a entender que esta atividade deveria ser tomada como sua, submetendo-a ao regime de serviço público.

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta a importância da noção do serviço público no Brasil ao afirmar que “basta mencionar que a Constituição brasileira se reporta a ele, literal e diretamente, 18 vezes em seu texto permanente e mais 5 no Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, afora o arrolamento de serviços públicos de competência exclusiva da União”⁴. Ademais, imperioso mencionar que a Constituição Federal de 1988 expõe – de forma clara e específica – no caput do art. 175 que a prestação de serviços públicos compete ao Estado, direta ou indiretamente, sob o regime de concessão ou permissão.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas, a doutrina brasileira tende a entender que as atividades consideradas como serviço público estão reversas à lógica do mercado.⁵ Conforme pode ser depreendido do conceito de Marçal Justen Filho, os serviços públicos são atividades que buscam atender às necessidades vinculadas a direitos fundamentais individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, que não podem ser satisfeitas de forma adequada por meio da livre iniciativa e, além disso, que devem ser executadas sob o regime de Direito Público.⁶

Nesse sentido, segundo o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, o serviço público compreende atividades em que há “oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público”, que deve seguir interesses tidos como norteadores da Administração Pública.⁷

Para além dos posicionamentos supracitados, Eros Grau afirmara, em edição mais antiga de seu livro, haver uma distinção, presente na Constituição, entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito. Desse modo, há diferenciação entre os serviços públicos privativos, que caso sejam prestados pelo setor privado configuram as hipóteses de concessão e permissão, e aqueles em que a prestação é livre pelo setor privado configurariam a modalidade de atividade econômica em sentido estrito se prestados por particulares, como no caso de saúde e educação, enquanto se fossem prestados pelo Estado seriam um serviço público não privativo.⁸ No entanto, na mais

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço Público e concessão de serviço público**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 16.

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicitário e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 17-48. p.19.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 596.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 695.

⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.117.



recente edição de sua obra, o jurista sustentou que essa distinção é errônea, haja vista que uma atividade caracteriza ou deixa de caracterizar serviço público por estar sendo exercida pelo Estado ou pelo setor privado, de modo que tudo é serviço público, pois “há serviço público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde pelo setor privado”.⁹

Nesse diapasão, afirma o autor que a distinção entre serviço público não privativo daquele privativo é que o primeiro pode ser prestado independente de concessão ou permissão. Logo, há serviço público mesmo quando este é prestado pelo setor privado. Assim, quando se tratar de atividade econômica em sentido amplo é necessário atender o imperativo da segurança nacional e do relevante interesse coletivo, quando o Estado a desenvolver será atividade econômica em sentido estrito, no entanto, se exercer em função do interesse social será serviço público.¹⁰ Por fim, tem-se que a noção de serviço público que Eros Grau apresenta define este como a “atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima)”.¹¹

Isto posto, necessário apresentar os princípios que regem a execução e desenvolvimento dos serviços públicos no Brasil, quais sejam, o da continuidade, generalidade ou igualdade dos usuários, modicidade das tarifas e mutabilidade do regime jurídico.¹² Quanto ao primeiro, considera-se que tais serviços possuem grande importância e o exercício da função pública deve não pode ser interrompido, de modo que o concessionário ou permissionário não pode se escusar do cumprimento de contrato, exceto nos termos do art. 39 da Lei 8.987/95 e em situação de emergência ou aviso prévio.¹³

O princípio da generalidade é uma decorrência do princípio da impessoalidade, ou seja, não é admissível a prática de discriminação entre usuários. Devido ao fato de os serviços públicos serem considerados de grande relevância para a coletividade, o

⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p.118

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p.118-119.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 130. O autor utiliza em sua conclusão, portanto, os ensinamentos da jurista francês Léon Duguit e do filósofo brasileiro Cirne Lima.

¹² NOHARA, Irene. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 483-486.

¹³ NOHARA, Irene. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 485. A redação do art. 39 da Lei 8.987/95 dispõe que “os serviços públicos prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado”. As outras duas formas de interromper a prestação seriam por questões de ordem técnica ou de segurança, ou por inadimplemento do usuário (não há uma paralisação geral, apenas para este indivíduo).



princípio da modicidade das tarifas importa que devem haver tarifas que não excluem usuários considerando as diferenças sociais existentes no país¹⁴. Por fim, a mutabilidade do regime jurídico manifesta que este pode ser adaptado de acordo com os interesses públicos, não havendo uma proteção para alterações unilaterais por parte do Poder Público no contrato, este pode ser considerado um princípio que provém da supremacia do interesse público.¹⁵

2.1. NOÇÃO HISTÓRICA

A expressão “serviço público” foi primeiramente empregada por Jean-Jaques Rousseau como um conceito político que abrangia atividades exercidas pelo Estado, não por particulares, e que satisfaziam uma necessidade entendida como geral da sociedade.¹⁶ Em uma análise da realidade se verifica que atualmente essas assertivas podem ser empregadas, muito embora o momento histórico-político seja diverso. Considera-se que o serviço público – conceitualmente nominado dessa forma – surgiu após a Revolução Francesa, apesar de que no contexto do *Ancien Régime* existiam atividades materialmente relacionadas não há evidências de que se tratava de tal instituição jurídica, pois eram apenas práticas sociais coordenadas por uma autoridade comum.¹⁷ Com o fim da Revolução Francesa passa a se ter a ideia de que todas as instituições públicas constituem um serviço público (no entanto, não é este o ponto de partida de uma dominação sobre a intervenção estatal).¹⁸

Diversos fatores contribuíram para o processo de assunção de poder e concentração de maneira centralizadora pela Administração Pública em seus mais diversos níveis de intensidade. Nesse sentido, Meilán Gil afirma que “para intervir em um certo campo o Estado necessita previamente declará-lo de sua competência, quer dizer, declará-lo público”,¹⁹ sendo este processo chamado de *publicatio*, através do qual a titularidade do serviço é transferida ao Estado, passando este a ser um serviço público.

¹⁴ NOHARA, Irene. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 483-486.

¹⁵ NOHARA, Irene. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 483-486.

¹⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: Celso Farnandes Campilongo. Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luis Freire. (Org.). **Enciclopédia Jurídica da PUC/SP - Tomo Direito Administrativo e Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, v., p. 4.

¹⁷ GUGLIELMI, Gilles J. **Une Introduction au Droit des Services Publics**. p. 4. Disponível em: <<https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/INTRODSP.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁸ GUGLIELMI, Gilles J. **Une Introduction au Droit des Services Publics**. p. 4. Disponível em: <<https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/INTRODSP.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017. Tradução livre: “La Révolution n'est pas le point de départ de la domination du service public sur l'intervention publique. Seulement, le terme même de service public commence à faire son apparition. Il peut signifier plusieurs aspects de cette notion. Le service public est parfois assimilé à la fonction publique au sens de service du public. De temps en temps, ce terme qualifie une tâche d'intérêt général (le service ecclésiastique est un service public), une prestation fournie à un citoyen, un organe fournissant la prestation (les postes, un service public susceptible d'amélioration). Pourtant, c'est de cette époque que naît l'idée que l'ensemble des institutions publiques constitue un, ou des services publics”.

¹⁹ MEILÁN GIL, José Luis. **La clausula de progreso en los servicios públicos**. Madrid: IEA, 1968. p. 12.



A noção de serviço público em seu atual sentido apenas aparece no século XIX, a partir de uma decisão do Tribunal de Conflitos no Caso Blanco em 1873.²⁰ Contudo, é no século seguinte que a jurisprudência francesa desenvolveu com maior propriedade a noção de serviço público, sendo inicialmente utilizada como forma de distinguir as competências da jurisdição administrativas e comum.²¹

A partir dessa nova temática instaurada pelas Cortes francesas, surgiu a Escola Realista (ou Escola de Bordeaux), compostas por autores como León Duguit e Gaston Jèze, que, em seus estudos, buscaram embasar suas pesquisas teóricas em fatos sociais.

Para o primeiro, o serviço público é concebido como fundamento do Estado, sendo uma forma de legitimação deste e seu cumprimento deve ser assegurado e regulado pelos governantes.²² Para Duguit, o Estado é uma cooperação de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes, que assim como os governados estão submetidos ao direito e gerenciam aqueles.²³ O autor definia serviços públicos como “toda atividade cuja realização deve ser assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque a consecução dessa atividade é indispensável à concretização e ao desenvolvimento da interdependência social, e é de tal natureza que só pode ser realizada completamente pela intervenção da força governante”.²⁴ Desse modo, propunha uma teoria reducionista, que tinha como centro o serviço público e normas e princípios que gravitavam em torno deste²⁵. O entendimento do autor sobre o que era serviço público foi extremamente criticado, sobre tudo por tratar-se de um modelo reducionista do Direito Administrativo. À título de exemplo, Maurice Hauriou apresentava-se como um dos opositores das ideias de Duguit, sustentando que este teria deixado de incluir em sua teoria a noção de poder político.²⁶

²⁰ Neste caso o Tribunal de Conflitos entendeu o funcionamento de serviço público seria submetido à apreciação da jurisdição administrativa. Ver em: NOHARA, Irene. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 475.

²¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: Celso Fernandes Campilongo. Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luis Freire. (Org.). **Enciclopédia Jurídica da PUC/SP - Tomo Direito Administrativo e Constitucional**. 1ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 9.

²² DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, Apud: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: Celso Fernandes Campilongo. Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luis Freire. (Org.). **Enciclopédia Jurídica da PUC/SP - Tomo Direito Administrativo e Constitucional**. 1ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, v., p. 10-11.

²³ DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, Apud: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: Celso Fernandes Campilongo. Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luis Freire. (Org.). **Enciclopédia Jurídica da PUC/SP - Tomo Direito Administrativo e Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, v., p.12.

²⁴ DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 2. ed. Paris: Fontemoing et Cie Editours, 1921. p. 59.

²⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. P.35.

²⁶ NOHARA, Irene. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015. Ed. 5. p. 476.



Gaston Jèze, por sua vez, por ser um autor de caráter mais formalista, advogava a ideia de que o serviço público está relacionado ao procedimento e a um regime jurídico de Direito Público – sendo que o interesse público sobrepujado ao privado. Para o jurista não é toda a atividade realizada pelo Estado que se caracteriza como serviço público, mas apenas aquelas que o Poder Público decide realizar determinada atividade por meio do procedimento de direito público.²⁷

As noções apresentadas pela Escola de Bordeaux foram refutadas após a transição do Estado Liberal para o Welfare State (época conhecida como a Primeira Crise do Serviço Público). Nesta transição, a atuação do Estado foi ampliada e não seria possível explicar todas as áreas de atuação da Administração a partir da teoria proposta por Duguit e Jèze.²⁸ No entanto, não há como se negar a importância dos estudos e dos avanços doutrinários dos autores franceses para a temática do serviço público.

2.2 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

No Direito brasileiro não há como se falar no exercício da função pública por particulares sem qualquer ato jurídico de direito público, ainda que implícito ou que importe delegação do desempenho daquela função. Isto posto, “a atividade privada, por mais relevante ou útil que seja para toda a sociedade, não caracteriza por si só, via de regra, serviço público”.²⁹ Neste ponto sobreleva ressaltar a distinção entre titularidade e prestação, pois por mais que o Estado seja o detentor (ou titular) de tal serviço ele não é obrigado a prestá-lo de fato, mas deve sempre promover a sua prestação.³⁰ Dessa forma, cabe a outras entidades (como as empresas privadas) prestar, mediante concessão ou permissão, tais serviços observando as diretrizes e regras fixadas pela Administração, bem como a noção de complementariedade dos sistemas privado, público e estatal.³¹

O legislador ordinário regulamentou, ao editar a Lei nº 8.987/95, o disposto na Constituição Federal sobre a matéria dos serviços públicos, evidenciando que ela será regida nos termos do art. 175 da Constituição da República, nas normas legais pertinentes, nas cláusulas dos contratos e na própria lei infraconstitucional, sendo que a

²⁷ JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo.** Apud: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: Celso Farnandes Campilongo. Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luis Freire. (Org.). **Enciclopédia Jurídica da PUC/SP - Tomo Direito Administrativo e Constitucional.** 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, v., p. 13.

²⁸ NOHARA, Irene. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2015. Ed. 5. p. 477-478.

²⁹ Silva, A. R. M. C. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “À Brasileira”? . **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p. 45-74, 2002.

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2014. 32 ed. p. 694.

³¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 2017. 18. ed. p.132.



União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão realizar as adaptações necessárias para abranger suas modalidades de serviços. Quanto a identificação desses dois modelos de prestação de serviço (concessão e permissão), o contraste entre ambas fica evidente da leitura do art. 2º da Lei nº 8.987/95.³²

Inicialmente, a doutrina pátria costumava diferenciar permissão de concessão ao afirmar que esta tinha natureza jurídica contratual enquanto aquela era um ato unilateral precário. Contudo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.491/DF afastou as diferenças contratuais entre essas.³³

3. SERVIÇOS PÚBLICOS DE RADIODIFUSÃO SONORA E DE SONS E IMAGENS

Conforme esposado anteriormente no trabalho, a concessão do serviço ocorre em razão da prerrogativa do Poder Público (União, Estados e Municípios) exercer diretamente ou mediante regime de concessão, permissão ou autorização a prestação de serviços públicos.

Dessa forma, importa ressaltar a relevância constitucional do estudo. Inicialmente, tem-se que os artigos 21, inc. XII, e 22, inc. IV, da Constituição, reservam para a União, a fim de que ela explore, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão,

³² Veja-se a disposição legal: Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

³³ Retomado o julgamento da medida liminar requerida na ação direta requerida pelo Partido Democrático Trabalhista-PDT e pelo Partido dos Trabalhadores-PT, contra a Lei 9.295/96, que dispõe sobre serviços de telecomunicações e sua organização (v. Informativo 116). O Tribunal, por maioria de votos, indeferiu o pedido de suspensão cautelar da eficácia do art. 4º e seu parágrafo único da referida Lei, que autoriza o Poder Executivo a transformar em concessões de Serviço Móvel Celular, as permissões do Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Público-Restrito outorgadas anteriormente à vigência desta Lei. O Min. Sydney Sanches proferiu voto de desempate, acompanhando o entendimento do Min. Carlos Velloso, relator, no sentido de que o art. 175, parágrafo único, I da CF ("A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão") afastou qualquer distinção conceitual entre permissão e concessão, ao conferir àquela o caráter contratual próprio desta". Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves e Celso de Mello, que deferiam a medida cautelar por entenderem que os conceitos de "permissão" e "concessão" não são sinônimos e que a utilização, pelo referido art. 175, § único, I, da CF/88, da expressão "o caráter especial de seu contrato" para ambos os institutos, traduz mera impropriedade e não equiparação. Quanto ao § 2º do art. 8º da mesma Lei, o julgamento continua suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Nelson Jobim, formulado. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 1.7.1998. Informativo STF nº 117, jul. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo117.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2017.



os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. Ainda, conforme disciplina o art. 223 da Constituição Federal, “compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal”. Nessa medida, a concessão reveste a natureza de todo contrato administrativo de prestação de serviço público, uma vez que se trata de situação em que a Administração Pública transfere ao concessionário, pessoa jurídica de direito privado, o exercício de atividade em seu nome. Contudo, esta mantém o poder fiscalizatório, bem como torna-se responsável pelos possíveis riscos do empreendimento.³⁴

No âmbito dos serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens tem-se um regime tradicionalmente restrito e confuso. Vale pontuar que a Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), nos quais se encontrara um parâmetro legal para regular a matéria, dispõe expressamente que ela própria não se aplica à regulamentação das concessões/autorizações de rádio e TV (art. 41), que possuem regramento próprio (Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei nº 4.117/62).³⁵ Não obstante, embora o Poder Público busque adequar o ambiente institucional, as novas tecnologias – especialmente aquelas provenientes de aparatos ligados à rede mundial de computadores – dificultam a eficácia regulatória.³⁶

De acordo com José Afonso da Silva, os serviços públicos de telecomunicações podem ser divididos em duas espécies: a do “serviço público em geral” e “serviço público

³⁴ LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O contrato de concessão do serviço público. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 33, p. 161-192, jul./set. 2008.

³⁵ Reitera-se que as normas das concessões de radiodifusão não seguem a norma geral das concessões, de acordo com a Lei nº 8.987/95. Uma das diferenças está no processo licitatório, por exemplo: “as concessões de radiodifusão sofrem uma “mitigação”, pois a escolha do titular da frequência não segue os parâmetros concorrenciais de uma licitação típica (em que há, em tese, diversos aspirantes à prestação do serviço), mas se submete a um juízo de apreciação de condições do aspirante, segundo alterações introduzidas pelo Decreto 2.108/1996 sobre a redação do decreto 52.795/1962”. Ver em: NASSER JUNIOR, Adir. **As concessões de radiodifusão e sua natureza no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/31059>>. Acesso em: 15 set. 2017.

³⁶ Segundo Emerson Gabardo e Thiago Priess Valiati, “apesar da expressa redação constitucional incluindo tais atividades na categoria “serviço público”, cada vez mais torna-se difícil o seu enquadramento, seja em razão das peculiaridades formais trazidas na legislação, seja pela realidade prática do setor. Os meios de comunicação de massa resistem cada vez mais à regulação estatal de suas atividades e, desse modo, é estabelecida uma relação de forças”. Vale ressaltar que os autores elucidam que “no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3.944, de autoria do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em face de dispositivos do Decreto no 5.820/2006, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, ao votar pela improcedência da ADIn, entendeu que a “consignação de canal de radiofrequência (ou autorização de uso de espectro de radiofrequência) não se confunde com concessão ou autorização do serviço público de radiodifusão de sons e imagens. (...). No referido acórdão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a televisão digital não se trata de um novo serviço público, mas sim de uma adaptação tecnológica, isto é, uma atualização para fins de melhoramento na prestação do serviço”. In: GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess. A prática de subconcessão promovida por concessionárias de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens – “Aluguel” de horários para televendas e programas religiosos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 85-103, jul./set. 2014.



restrito". Enquanto a primeira está destinada ao público em geral, a segunda é facultada ao uso de passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não servidas pelo serviço público em geral.³⁷

Na esfera da radiodifusão não há exploração exclusiva, tendo em vista o art. 35 do Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT).³⁸ Essa também é a realidade nos casos dos Serviços de Acesso Condicionado – SeAC.³⁹ Nestes, "não haverá limite ao número de autorizações para prestação do serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação do serviço, nos termos da legislação", conforme o art. 11 da Resolução nº 581/2012 da ANATEL, que regula os SeAC. Contudo, no caso dos concessionários e autorizados prestadores de serviço público há um forte influxo regulatório, não sendo possível que a utilização do Netflix como um modelo que prejudique as TVs abertas e fechadas.⁴⁰

No entanto, as novas tecnologias e os novos modos de prestar serviços trazem diversas discussões para o mundo jurídico. E, principalmente, demonstram que nestes casos o desenvolvimento tecnológico está diretamente ligado ao poder da economia⁴² e à eventual regulação por conta da Administração Pública.

³⁷ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n.76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 503. Cumpre ressaltar que, para o autor, "telecomunicação é gênero que comprehende todas as formas de comunicação à distância, por processos de telegrafia, telefonia, radiodifusão sonora e de sons e imagens".

³⁸ *In verbis*: "As concessões e autorizações não têm caráter de exclusividade, e se restringem, quando envolvem a utilização de radiofrequência, ao respectivo uso sem limitação do direito, que assiste à União, de executar, diretamente, serviço idêntico".

³⁹ Segundo a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), o "serviço de Acesso Condicionado - SeAC é o serviço de telecomunicações de interesse coletivo, prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais de programação nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de programação de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalPaginaEspecial.do?acao=&codItemCanal=1714&nomeVisao=Cidad%E3o&nomeCanal=TV%20por%20Assinatura&nomeItemCanal=SeAC>>. Acesso em 9 set. 2017.

⁴⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicitário e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 17-48. Elucidam os autores que há "responsabilidade das concessionárias de radiodifusão quanto aos conteúdos difundidos para o público (artigo 4º, inc. IV, do Decreto nº 5.371/2005), ou no que concerne às obrigações de veiculação de conteúdo brasileiro das empresas exploradoras de SeAC (artigo 16 da Lei 12.485/2011)". Dessa maneira, as empresas prestadoras de serviços de streaming não poderiam introduzir um modelo de produção e disponibilização de conteúdo que inviabilizasse os conteúdos das TVs aberta e fechada".

⁴¹ Acerca do referido influxo regulatório para as concessionárias e permissionárias dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, vale citar o art. 221 da Constituição Federal, que estabelece os seguintes princípios para a produção e programação da televisão e do rádio: Art. 221 (...) I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

⁴² Insta destacar que a noção de desenvolvimento não se limita ao aspecto econômico. Dessa forma, se expõe o apontamento de André Folloni: "(...) a Constituição brasileira, ao mesmo tempo em que impõe como objetivo



4. O SERVIÇO DE STREAMING: O CASO NETFLIX

Derivada do vocábulo inglês *stream*, a palavra *streaming* traz a ideia de fluxo, algo que se move rapidamente. Nos serviços de *streaming* é pago o acesso livre em detrimento de guardar o arquivo em dispositivos, o que permite maior interação entre os usuários, bem como uma melhor organização dos arquivos.⁴³ Isso significa que esses serviços consistem na distribuição *online* de dados. Diferentemente dos *downloads*, não há armazenamento de conteúdo, sendo este reproduzido na medida em que o usuário o recebe.⁴⁴

Hodiernamente, a utilização dos serviços prestados via *streaming* por empresas como Netflix já são realidade no cenário nacional⁴⁵ e certamente merece a atenção dos pensadores do Direito, pois quanto mais se inova mais se dá espaço para que novos serviços sejam implementados através da rede mundial de computadores e, nesse momento, crê-se que o legislador falha em acompanhar as inovações tecnológicas.

De acordo com seu próprio sítio eletrônico, a Netflix pode ser definida como “um serviço de transmissão online que permite aos clientes assistir a uma ampla variedade de séries de TV, filmes e documentários premiados em milhares de aparelhos conectados à internet”. A variedade e a contínua inserção de novas séries, documentários ou filmes são características do serviço oferecido. Há sempre uma vasta quantidade de conteúdo a ser acessada pelo assinante do serviço da Netflix. Desta feita, conclui-se que, ao contrário do que acontece com a televisão aberta e com os Serviços de Acesso Condicionado, a liberdade do conteúdo oferecido por aquela é maior que o destas.

Segundo Ericson Scorsim, o Netflix e outras empresas que prestam serviços de *streaming* “fornecem conteúdo audiovisual, na modalidade vídeo (filmes, seriados, vídeos etc.), os quais não são propriamente programação de televisão”.⁴⁶ Dessa maneira, não

o desenvolvimento econômico, também prescreve a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades, (...). FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, jan-jun/2014, ano 14, n.1, p. 63-91.

⁴³ VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. **O streaming como execução pública e a gestão coletiva de direitos autorais do Brasil**. 2016. Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/46390>>. Acesso em: 18 set. 2017. Segundo a autora, um exemplo a ser citado é do Netflix, na medida em que “é possível criar uma lista de filmes e séries a serem assistidos”.

⁴⁴ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 267.

⁴⁵ Mesmo antes da ascensão do Netflix, importa ressaltar as palavras de Iggor Gomes Rocha acerca da universalidade dos serviços de radiodifusão. Veja-se: “O princípio da universalidade é uma verdadeira marca distintiva dos serviços de radiodifusão, pois, como é inclusive do conhecimento popular, o alcance das rádios e TVs no país é superior, muitas das vezes, a de serviços públicos como o transporte (...).” Ver em: ROCHA, Iggor Gomes. **Regime jurídico da concessão do serviço público de televisão**. 2010. Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/31503>>. Acesso em: 16 set. 2017.

⁴⁶ SCORSIM, Ericson Meister. **Direito das comunicações**. Regime jurídico: telecomunicações, internet, televisão e publicidade Curitiba: edição do autor, 2016.



estariam submetidas à Lei no 4.117/62, por não se tratar de serviço de radiodifusão. Não obstante, sustenta o autor que “também, estas espécies de serviços audiovisuais não são objeto da Lei da TV por assinatura porque não são propriamente canais de programação ofertados aos consumidores”. Para o autor, é necessário o debate do Poder Legislativo sobre o assunto.

Sendo assim, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas defendem que por mais que se entenda a Netflix como um serviço privado autônomo, não é cabível cogitar que ela está autorizada a comprometer a viabilidade do serviço de radiodifusão universal e gratuito ou então de um prestador do SeAC: ou seja, não é cabível se cogitar que a Netflix apresente um novo modelo que inviabilize a TV aberta e fechada. Desse modo, sustentam os juristas que deve haver uma “assimetria regulatória” que, por um lado, deverá regular a Netflix a fim de não permitir que ela dê fim das concessionárias e autorizadas do serviço de radiodifusão e, por outro, que esse regramento legal deve coibir a interdição do serviço de streaming, levando em consideração o conceito de neutralidade de rede (o respeito à neutralidade da rede impede que seja reduzido o tráfego de dados, *in casu*, a Netflix).⁴⁷ No Brasil, o princípio da neutralidade da rede se apresenta na Lei no 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que defende “a preservação e garantia da neutralidade da rede”, essencial para a continuidade dos serviços de streaming. O artigo 9º do referido diploma dispõe que “o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”.

Guilherme Siqueira Vieira sustenta que o serviço de *streaming* de vídeos não se encontra abarcado por nenhum dos regimes regulatórios da Agência Nacional do Cinema (ANCINE) ou da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Contudo, não defende uma nova regulação, mas sim a atualização do material legislativo existente, sob pena de criar obstáculos ao desenvolvimento desses empreendimentos no Brasil.⁴⁸

⁴⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicação e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 17-48. Para definir o significado de “neutralidade da rede”, os autores se utilizam das metáforas propostas por Guilherme Alberto de Almeida (In: ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Neutralidade de rede e o desenvolvimento: o caso brasileiro. Diplo Foundation, 2007), veja-se: “A primeira que a Internet contraria com a presença de porteiros, no caso, os operadores da rede ou provedores de banda larga, com poderes para deliberar sobre as condições, o tipo de conteúdo e velocidade com que ela é entregue aos usuários. A segunda que enxerga a rede como uma “avenida pedagiada”, na qual são cobrados pedágios para exigir que determinados fornecedores de conteúdo ou aplicativos pagassem a mais para que seus usuários possam usufruir determinado serviço”.

⁴⁸ VIEIRA, Guilherme Siqueira. A regulação dos novos serviços on-line no Brasil: o caso Netflix versus ANCINE e ANATEL. In: BONAT, Alan Luiz; NASCIMENTO NETO, José Osório do; QUETEES, Regeane Bransin. **Políticas públicas e desenvolvimento**. Curitiba: Íthala, 2016. p. 245. Segundo o autor, “criar regulações exclusivamente para obstar ao máximo a ampliação desses novos serviços também é contraproducente, ainda mais quando se



Portanto, não há que se crer na existência de um regime jurídico-administrativo que interdite a prestação concorrencial. A regulação deve acontecer de modo equilibrado a fim de equacionar “de um lado, o direito do cidadão de receber serviços essenciais; e, do outro, o direito de exploração das atividades econômicas por particulares”.⁴⁹

Vale ressaltar que o legislador infraconstitucional brasileiro já se imiscuiu no debate sobre a regulação dos serviços de *streaming*. No final de 2016, foi aprovado o projeto de lei que alterou a Lei Complementar nº 116/03, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza de competência dos Municípios e do Distrito Federal. A alteração legal adicionou os contratos de *streaming* à Lista de Serviços passíveis de incidência do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza.⁵⁰ Nesse diapasão, a necessidade de pagamento de impostos pela empresa prestadora do serviço tem como natural consequência o aumento do custo do serviço prestados, o que causa também o aumento usuários.⁵¹

Segundo Alexandre Santos de Aragão, são três os poderes essenciais da atividade regulatória: a possibilidade de editar normas, assegurar sua aplicação e reprimir seu descumprimento (poder de polícia administrativa).⁵² Nessa medida, a análise de Direito Econômico, Direito Administrativo e Direito Regulatório é de suma importância para a possível e eventual regulação da Administração Pública sobre os serviços

trabalha com o conceito de que desenvolvimento econômico é o atendimento de necessidades humanas para melhorar a qualidade de vida de cada pessoa e próprio crescimento econômico, com a devida oferta de bens e serviços com padrões mínimos de qualidade”.

⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 17-48. Vale ressaltar que os autores entendem que a concorrência não deve ser absoluta, sob pena de existir uma “concorrência predatória” entre os agentes envolvidos.

⁵⁰ O projeto de lei também garante a introdução do subitem “outros serviços de transporte municipal” na listagem ao final da legislação infraconstitucional, podendo também alcançar os serviços prestados pelo Uber, por exemplo.

⁵¹ Betina Treiger Grupenmacher entende que a alteração é inconstitucional. Segundo a jurista, “não há serviço enquanto obrigação de fazer de natureza física ou intelectual, desempenhada sobre regime de direito privado, nos contratos em questão”, o que viola o art. 156, inc. III, da Constituição Federal, que dispõe que os municípios só podem instituir o imposto sobre prestações de serviço que caracterizem obrigações de fazer. Além disso, também não entende “que os contratos de streaming não se subsumem também à materialidade do ICMS-Comunicação, uma vez que não há relação comunicativa entre o cedente e o cessionário, ou seja, entre a empresa que disponibiliza o conteúdo e o assinante que o contrata”. Ver em: GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Incidência de ISS sobre streaming é inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/betina-grupenmacher-iss-streaming-inconstitucional>>. Acesso em 20 agosto 2017.

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 24. De acordo com o jurista, a ideia de regulação compreende “(...) o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis”.



de radiodifusão sonora e de sons e imagens prestados através da rede mundial de computadores.

5. CONCLUSÃO

Não há como se olvidar que atualmente a circulação de conteúdo entre as pessoas depende da comunicação social e, nesse ponto, as novas tecnologias digitais se diferenciam em muito das trocas de informações comuns na era analógica.⁵³ Em uma realidade social dotada de aparatos e ferramentas que facilitam a acessibilidade aos serviços de radiodifusão de sons e imagens, sobreleva ressaltar para o usuário, ou telespectador, “o importante é ter um programa atrativo, prendendo a atenção, oferecendo conteúdos que ele queira assistir”, seja na televisão, no smartphone ou na internet.⁵⁴ Nesse sentido, por se tratar do Netflix de um serviço ainda novo no cenário brasileiro, é preciso, inicialmente, que seja realizado um trabalho político e de sensibilização em favor das transformações que ocorrem na esfera da comunicação e da radiodifusão, demonstrando o potencial dos serviços prestados a partir da atuação junto à internet.⁵⁵

No cenário brasileiro, é forte o influxo regulatório a que se submetem os concessionários de serviços de radiodifusão e aqueles autorizados a prestar o serviço enquanto Serviço de Acesso Condicionado, principalmente no que se refere à responsabilidade das concessionárias do serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens em razão do conteúdo que transmite ao público.⁵⁶

Em razão disso, o presente estudo segue a doutrina apresentada, a fim de concluir que o conflito entre os serviços públicos de radiodifusão (sonora e de sons e imagens) deve passar por uma prudente assimetria regulatória entre os prestadores – seja pela televisão aberta, fechada e a Netflix (bem como as demais empresas que oferecem o serviço via *streaming*). Uma realidade em que os serviços públicos de radiodifusão tradicionais e os Serviços de Acesso Condicionado possuem forte regulação e na qual os

⁵³ CARVALHO, Mariana Martins de; ESCH, Carlos Eduardo. Os desafios de gestão para a incorporação de novas tecnologias digitais os serviços públicos de radiodifusão do Brasil e de Portugal. **Comunicação e Sociedade**, vol. 30, 2016, p. 119 – 136. Disponível em <[http://dx.doi.org/10.17231/comsoc.30\(2016\).2481](http://dx.doi.org/10.17231/comsoc.30(2016).2481)>. Acesso em 18 set. 2017. Como bem sustentam os autores, “o desenvolvimento da tecnologia digital permitiu as pessoas poderem interagir através das diversas ferramentas sociais disponibilizadas pela rede”.

⁵⁴ BECKER, Valdecir. A interatividade na TV Digital brasileira. **Revista Comunicação Midiática** (Online), Bauru/SP, v. 10, n. 1, p. 138-153, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www2.faac.unesp.br/comunicacaomidiatica/index.php/comunicacaomidiatica/article/download/564/297>>. Acesso em 15 set. 2017.

⁵⁵ CARVALHO, Mariana Martins de; ESCH, Carlos Eduardo. Os desafios de gestão para a incorporação de novas tecnologias digitais os serviços públicos de radiodifusão do Brasil e de Portugal. **Comunicação e Sociedade**, vol. 30, 2016, p. 119 – 136. Disponível em <[http://dx.doi.org/10.17231/comsoc.30\(2016\).2481](http://dx.doi.org/10.17231/comsoc.30(2016).2481)>. Acesso em 18 set. 2017.

⁵⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicitário e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 17-48.



serviços de *streaming* não se submetam a qualquer influxo regulatório aparenta causar uma concorrência predatória em favor da Netflix, pois teria como efeito o crescimento desta em desfavor daquelas.

Em conclusão, o presente estudo defende a regulação assimétrica do serviço prestado pelas empresas de *streaming*, a fim de se adequar ao cenário brasileiro e para não prejudicar os serviços tradicionais e de Acesso Condicionado de radiodifusão, devendo ser respeitada a neutralidade da rede.

6. REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BECKER, Valdecir. A interatividade na TV Digital brasileira. **Revista Comunicação Midiática** (Online), Bauru/SP, v. 10, n. 1, p. 138-153, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www2.faac.unesp.br/comunicacaomidiatica/index.php/comunicacaomidiatica/article/download/564/297>>. Acesso em 15 set. 2017.
- CARVALHO, Mariana Martins de; ESCH, Carlos Eduardo. Os desafios de gestão para a incorporação de novas tecnologias digitais os serviços públicos de radiodifusão do Brasil e de Portugal. **Comunicação e Sociedade**, vol. 30, 2016, p. 119 – 136. Disponível em <[http://dx.doi.org/10.17231/comsoc.30\(2016\).2481](http://dx.doi.org/10.17231/comsoc.30(2016).2481)>. Acesso em 18 set. 2017.
- DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 2. ed. Paris: Fontemoing et Cie Editours, 1921.
- FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming: ECAD, Direito autoral e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016.
- FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, jan-jun/2014, ano 14, n.1, p. 63-91.
- GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003.
- GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess. A prática de subconcessão promovida por concessões de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens – “Aluguel” de horários para televendas e programas religiosos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 85-103, jul./set. 2014.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.



GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: Celso Fernandes Camplongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luis Freire. (Org.). **Enciclopédia Jurídica da PUC/SP** - Tomo Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, v.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Incidência de ISS sobre streaming é inconstitucional.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/betina-grupenmacher-iss-streaming-inconstitucional>>. Acesso em 20 agosto 2017.

GUGLIELMI, Gilles J. **Une Introduction au Droit des Services Publics.** Disponível em: <<https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/INTRODSP.pdf>>. Acesso em 08 dez. 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2009. 4. ed.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias.** Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 17-48.

MEILÁN GIL, José Luis. **La clausula de progreso en los servicios públicos.** Madrid: IEA, 1968.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Tendências atuais do direito administrativo: a luta pelo controle do arbítrio do poder. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 90, ago. 2008. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=54490>>. Acesso em: 01 agosto 17.

NASSER JUNIOR, Adir. **As concessões de radiodifusão e sua natureza no ordenamento jurídico brasileiro.** 2009. Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/31059>>. Acesso em: 15 set. 2017.

NOHARA, Irene. **Direito administrativo.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ROCHA, Iggor Gomes. **Regime jurídico da concessão do serviço público de televisão.** 2010. Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/31503>>. Acesso em: 16 set. 2017.

SCORSIM, Ericson Meister. **Direito das comunicações.** Regime jurídico: telecomunicações, internet, televisão e publicidade Curitiba: edição do autor, 2016.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n.76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2012.



UOL. Netflix se aproxima de 100 milhões de assinantes, metade fora dos EUA. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/01/1851185-netflix-se-aproxima-de-100-milhoes-de-assinantes-metade-fora-dos-eua.shtml>> . Acesso em 17 agosto 2017.

VIEIRA, Guilherme Siqueira. A regulação dos novos serviços on-line no Brasil: o caso Netflix versus ANCINE e ANATEL. In: BONAT, Alan Luiz; NASCIMENTO NETO, José Osório do; QUETES, Regeane Bransin. **Políticas públicas e desenvolvimento**. Curitiba: Íthala, 2016.

VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. **O streaming como execução pública e a gestão coletiva de direitos autorais do Brasil**. 2016. Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/46390>>. Acesso em: 18 set. 2017.