

A REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE VÍDEO POR DEMANDA E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA COBRANÇA DE CONDECINE: O CASO NETFLIX E CONGÊNERES

Beatriz Fernanda Pinheiro

Graduanda em Direito,
Faculdades Integradas de Três Lagoas – FITL/AEMS

Juliana Miranda Alfaia da Costa

Esp. em Direito Tributário – UNIDERP; Mestre em Direito – UNIMAR;
Docente das Faculdades Integradas de Três Lagoas – FITL/AEMS

RESUMO

O presente artigo teve por fim a análise dos serviços de vídeo por demanda no Brasil e a necessidade de sua regulamentação por meio da Agência Nacional do Cinema - ANCINE, bem como se discutiu o cabimento da incidência da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica - Condecine, para tais segmentos, em especial empresas como *Netflix* e congêneres. Primeiramente se promoveu um apanhado geral dos serviços *over the top*, suas características e evolução. Também foi apreciado o segmento dos vídeos por demanda e sua previsão legal. Abordou-se quanto ao *Netflix* e congêneres. Posteriormente se constatou o papel desenvolvido pela ANCINE e a intervenção do Estado no setor audiovisual, apurando-se em sequência a falta da regulamentação do vídeo por demanda no cenário nacional, os caminhos até então adotados, e ainda os pontos cruciais do encargo tributário que lhe é pertinente. Por fim discutiu-se quanto à necessidade de reformulação do tributo Condecine, dado que a Medida Provisória 2.228-1/01 não comporta adequação do fato gerador, base de cálculo e alíquotas para o vídeo por demanda. Foi utilizado do método de raciocínio dedutivo com aplicação dos procedimentos histórico, dogmático-jurídico e de estudo hermenêutico.

Palavras-chave: condecine; regulamentação; vídeo por demanda.

1 INTRODUÇÃO

A necessidade de informação e o aumento das tecnologias decorrentes das novas mídias fez com que o saber demandasse uma redistribuição de sua configuração. Tanto é assim, que a informática, a partir da década de noventa do século passado, começou a modernizar os meios de comunicação, propagando o conhecimento que até então só era possível por meio dos livros, jornais, periódicos, revistas, dentre outras mídias escritas.

A *internet* se tornou o principal veículo de propagação do conhecimento, o que não extinguiu a grade televisiva, que para sua manutenção, vem buscando se adaptar a esse novo cenário globalizado.

Atualmente, as plataformas audiovisuais de distribuição via *internet* disputam

concorrentemente a atenção do público, inovando cada vez mais em sua prestação de serviços.

Se de um lado a programação televisiva precisa de padrões de conteúdo a serem introduzidos em sua transmissão, de outra banda, as plataformas de vídeo *online* concedem autonomia ao usuário que pode escolher qual conteúdo quer ter acesso, isso sem considerar as demais ferramentas interativas utilizadas para garantir o sucesso do serviço.

Tais plataformas de vídeo estão inseridas no que se considera *over the top* (OTT), que nada mais são do que sistemas distribuídos onde se é possível o acesso por qualquer meio que possua *internet*, ou seja, seja por meio de suportes como computadores, celulares, *tablets* e televisores com acesso digital.

Referida plataforma, que pode estar integrada a segmentos como o vídeo por demanda (VOD) possui plena dependência com a rede computacional e *internet*. Esta traz consigo uma praticidade de escolha ao usuário já que geralmente o conteúdo que lhe é disponibilizado é colocado em prateleiras, consideradas estantes virtuais.

No Brasil, uma das plataformas mais recentes utilizada é a promovida pela empresa *Netflix*, que promove serviço doméstico de vídeo, só que com roupagem superior e alcance peculiar de suas ferramentas, ao ponto de estar substituindo o tradicional trabalho desempenhado até então pelas videolocadoras. Todavia, apesar da revolução provocada com tais tecnologias, a utilização de tais serviços no país é palco de grande discussão, uma vez que tal plataforma é deficitária de regulação nacional, inclusive perante a Agência Nacional de Cinema (ANCINE), sendo questionada também sobre o cabimento ou não de cobrança de tributos, como é o caso da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (CONDECINE), o que é de suma relevância para produção, veiculação, distribuição e licenciamento do conteúdo audiovisual.

Assim, questiona-se se é possível a regulação do vídeo por demanda, como é o caso da *Netflix* perante a ANCINE? É cabível a cobrança de CONDECINE devido à utilização de tais plataformas OTT/ VOD?

Estas são as questões a serem suscitadas na presente pesquisa. O trabalho realizou-se por meio de estudo da análise econômica do direito, apreciando quais os possíveis impactos gerados com a regulamentação dos serviços de vídeo por

demanda e conseqüentemente a cobrança de Condecine em referido segmento. Utiliza-se do método de raciocínio dedutivo, com aplicação dos procedimentos histórico, dogmático-jurídico e de estudo hermenêutico.

2 OBJETIVOS

O presente artigo teve por fim a análise dos serviços de vídeo por demanda no Brasil e a necessidade de sua regulamentação por meio da Agência Nacional do Cinema - ANCINE, bem como se discutiu o cabimento da incidência da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica (CONDECINE), para tais segmentos, em especial empresas como *Netflix* e congêneres.

3 MATERIAL E MÉTODOS

O método utilizado foi o dedutivo, constituindo o estudo a partir de pesquisa bibliográfica em livros de direito, levantamento legislativo e jurisprudencial.

4 ASPECTOS GERAIS DOS SERVIÇOS OVER THE TOP

4.1 Evolução e Características dos Serviços Over The Top (Ott)

Novas formas de comunicação surgiram com a expansão global da rede de computadores. Hoje em dia, não há quem sobreviva sem o acesso à informação por meio da *internet*, ainda que sua aderência se dê indiretamente.

E isso porque, atualmente, se consegue ter acesso por vários suportes, seja pelos celulares, *tablets*, ou por meio de computadores, permitindo uma interligação entre tais meios sem que estes necessitem possuir similar tecnologia.

Neste sentido, André Castro Carvalho assevera que:

Os computadores estiveram intimamente ligados com a história do século XX e, seguramente, influirão ainda mais no desenrolar histórico do século XXI. Desde o aparecimento do ENIAC, cuja sigla significa *ElectricalNumericalIntegratorAnd Computer* - o primeiro computador criado, datado de meados da década de quarenta do século passado -, até os dias de hoje, não há ser humano que não tenha sua vida influenciada - direta ou indiretamente - por um sistema ou banco de dados. [...].(CARVALHO, 2009, p. 25).

A colaborar Angela Maria da Motta Pacheco que relata

[...] a informática invadiu todos os setores do conhecimento humano. Através de computadores, disquetes, *softers* tem-se acesso os dados de qualquer assunto em qualquer quadrante da Terra. Podemos, com poucos comandos que duram segundos, penetrar em bibliotecas, bancos e colher as informações de que necessitamos (PACHECO, 2003, p. 20).

Assim, nesse contexto em que se é permitido o acesso por vários suportes sem a necessidade de tecnologia similar surge os serviços *over the top* (OTT).

O conteúdo geralmente é propagado por *streaming*, ou seja, é recebido e transmitido simultaneamente, com mínimo intervalo entre etapas para evitar oscilações na velocidade da rede, que demanda maior banda para adequada exibição.

Em definição mais sistêmica, “[...] *streaming* é um meio de transmissão de forma instantânea de dados de áudio e vídeo através de redes. Assim, os usuários podem assistir programas e também escutar músicas sem a necessidade de fazer *download* [...]” (POZZEBON, 2017) (grifo nosso).

Referida mudança na distribuição de conteúdo tem impactado abruptamente os setores de propagação do saber, que necessitam buscar melhores formas de adaptação do consumidor, que passou a ser usuário de tais tecnologias.

A transmissão pelo sistema *over the top* – OTT, aproveita-se da *internet* apenas como meio de transmitir os dados para a exibição dos dispositivos *online*, como é o caso de empresas como o *Netflix* e a *Crackle*.

Assim referido serviço promove a entrega de áudio, vídeo ou outros sem a necessidade de conter um operador no controle e distribuição de seus conteúdos.

Carreira, Ribeiro e Paiágua asseveram que:

Um serviço de *OTT streaming* caracteriza-se essencialmente pela distribuição de conteúdo de áudio e vídeo através da *Internet*, suportando-se numa infraestrutura que não lhe pertence e que é, por norma, gerida e mantida por *ISPs*, *Internet Service Providers*, ou *telcos*, num sentido mais lato. (CARREIRA, RIBEIRO, PAIÁGUA, 2017) (grifo nosso).

Em verdade, a plataforma nada mais faz do que oferecer conteúdo fora do que convencionalmente se fazia por meio de transmissão de TV digital terrestre. O OTT permite a transmissão ao vivo, por exemplo, inclusive com oferecimento de venda pela transmissora, e ainda o oferecimento do vídeo por demanda (VOD), hoje comumente integrado a referido tipo de serviço.

No Brasil, a assinatura de serviços de distribuição de conteúdo digital, a

considerar o segmento OTT apresenta grande aceitação do público, tanto que o rápido crescimento da plataforma é fruto de considerável liderança de referido mercado no país, que hoje pode ser identificado como um dos principais meios de consumo em termos de entretenimento pelos brasileiros.

4.2 Do Vídeo por Demanda (VOD) e sua Previsão Legal

É certo que o setor do *vídeo por demanda* (VOD) pode estar integrado à plataforma *over the top* (OTT), sendo tal segmento um tipo de transmissão pelo qual o usuário tem liberdade para gerir o instante da transmissão, ou seja, pode assistir, pausar, retroceder, parar, prosseguir, etc.

Carreira, Ribeiro e Paiáguas alertam que:

[...] importante notar que, apesar de partilharem algumas características, tal como o protocolo HTTP, o OTT streaming difere dos serviços de *videoondemand*, popularizados por portais como o *Youtube*. Nestes casos, não existem restrições de tempo-real, sendo que o ficheiro a ser visualizado já existe no servidor na sua totalidade e é progressivamente transferido para o utilizador, enquanto a fracção já transferida é reproduzida (CARREIRA; RIBEIRO; PAIÁGUAS, 2017) (grifo nosso).

No Brasil, não há uma conceituação legal de vídeo por demanda. Existe apenas uma definição inserida na Instrução Normativa 104/2012 da Agência Nacional do Cinema – ANCINE, localizada em seu artigo 1º, inciso L.

Segmento de Mercado Audiovisual - Vídeo por Demanda: conjunto de atividades encadeadas, realizadas por um ou vários agentes econômicos, necessárias à prestação dos serviços de oferta de um conjunto de obras audiovisuais na forma de catálogo, com linha editorial própria, para fruição por difusão não-linear, em horário determinado pelo consumidor final, de forma onerosa (ANCINE, 2017).

O tema ainda é palco de discussão no cenário nacional, especialmente em razão da sua falta de regulamentação. De fato, o grande aumento de usuários da *internet* torna necessário o oferecimento de novos serviços tecnológicos e aperfeiçoamento da banda larga para suportar todo o público.

Desse modo, o segmento VOD mostra-se plenamente viável para o mercado produtor e distribuidor de audiovisual, inclusive tanto na modalidade de assinatura (SVOD), quanto transacional (TVOD) e gratuito (FVOD).

Hoje circulando no país, os mais conhecidos serviços de *vídeo por demanda* são o *Netflix*, *Clarovideo*, *Crackle*, *Globo Play*, *Looke*, sem prejuízo de outros

disponibilizados no setor.

4.3 Netflix e Serviços Congêneres

Destacando-se como um dos serviços de *streaming* de vídeos mais acessados do mundo, o Netflix invadiu a vida da população de uma forma inesperada. O provedor global comporta um catálogo com uma enorme variedade de filmes e séries de TV que podem ser acessados de diversos suportes.

Seu marco inicial foi em 1997, por Reed Hastings e Marc Randolph, tratando-a em um primeiro momento como um serviço *online* de locação de filmes. Em 1998, a Netflix lança o primeiro *site* de vendas e aluguel de DVDs; “em 1999 lança o serviço por assinatura, oferecendo locação ilimitada de DVDs por um preço mensal; em 2000 lança um sistema de recomendação personalizada de filmes, que usa classificações dos próprios assinantes da plataforma para recomendar títulos”. (NETFLIX MEDIA CENTER, 2017)

Mas foi a partir de 2007 que a empresa procedeu ao serviço de transmissão *online*, permitindo assistir filmes e séries de forma instantânea no computador, inclusive devido a implantação do sistema *streaming*, surgido em mesma época.

A partir daí a empresa só veio a expandir cada vez mais, hoje tendo se espalhado por todo o mundo. No Brasil, o início de suas atividades se deu no ano de 2011.

Atualmente, insta asseverar que:

A Netflix é o principal serviço de TV por *Internet* do mundo, com mais de 81 milhões de assinantes em mais de 190 países assistindo a mais de 125 milhões de horas de filmes e séries por dia, incluindo séries, documentários e filmes originais. O assinante Netflix pode assistir a quantos filmes e séries quiser, quando e onde quiser, em praticamente qualquer tela com conexão à *Internet*. (NETFLIX MEDIA CENTER, 2017) (Grifo nosso).

O serviço funciona de forma muito simples, bastando realizar cadastro, efetuando pagamento bem acessível se comparado a outros serviços, como o de TV por assinatura, por exemplo. E na sequência efetuando o *login* em qualquer dispositivo compatível, o consumidor terá a sua disposição todo o catálogo, podendo assistir, pausar, reiniciar os filmes, séries, etc., quantas vezes quiser. Todavia, a plataforma demanda uma boa qualidade de vídeo, dado o *streaming*, para que a velocidade da conexão não apresente falhas. Tanto é assim, que a empresa utiliza

de provedor próprio ou se destinada a sua prestação de serviço, exige bom desempenho geral, constantemente realizando análises para se manter com boa média no mercado, inclusive no que diz respeito a horários nobres e de alto pico de consumo de seus clientes.

Além do serviço ofertado pelo *Netflix*, existem no mercado outros tipos de serviços *online* semelhantes e que desempenham mesma função *over the top* (OTT).

Distinguem-se apenas pela área de alcance, seja no campo da TV e vídeo, no âmbito musical, de comunicação, produtividade, tecnologia, dentre outros.

No campo do vídeo por demanda (VOD), como exemplo pode-se citar o *Crackler*, “estúdio e rede de entretenimento de vídeo de múltiplas plataformas que distribui filmes, programas de TV e programação original completa, sem cortes [...]” (CRACKLER, 2017).

O sistema, semelhante ao *Netflix* também permite o acesso a vídeos de forma direta em qualquer suporte que contenha *internet*, sem interrupções ou propagandas. Aliás, é disponibilizado de forma gratuita ao consumidor, que para ter acesso a rede basta realizar cadastro em seu endereço eletrônico.

Já o conhecido *Hulusplus* trata-se de aplicativo gratuito para celulares *android* e *IOS*. Por meio dele é possível assistir de forma *online* filmes e séries. Possui catálogo com enorme variedade de produtos. Movido por meio de *streaming*, é necessário uma assinatura mensal para sua utilização. Entretanto, ainda não está disponível no Brasil.

Além de tais sistemas, no setor do VOD pode-se citar ainda o *Amazoninstantvideo*, *youtube* e o *google play*.

No campo da música, um dos mais conhecidos serviços OTT vislumbrados é o chamado *Spotify*, que é um serviço de música digital que permite o acesso a milhares de músicas por variados suportes, reservado os direitos digitais de gravadoras e empresas de mídias. Também comportado por *streaming*, este sistema permite conexão e sincronização de músicas conforme o gosto do usuário. É comportado por meio de assinatura, porém, possui versão gratuita com conteúdo limitado.

Acompanham ainda a lista de serviços musicais mais conhecidos *iTunes Match*, *pandora*, *amazoncloud player*, dentre outros.

No campo da comunicação tem-se como o mais popular o *whatsApp*, o *Skype*, o *Messenger*, e etc. Na produtividade, serviços como o *outlook.com*, *evernote*. Na tecnologia o *dropbox*, o *icloud*. E referente às comunidades virtuais, o *facebook*, *foursquare*, etc.

5 AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA (ANCINE) E SEU PAPEL NACIONAL

5.1 Evolução no Brasil

A ANCINE tem origem em 2001, por meio da Medida Provisória 2228-1. Sua criação se deu em um momento em que as agências reguladoras visavam questões e mercados estratégicos.

Segundo Martins “criada como um órgão regulador, fiscalizador e fomentador da atividade cinematográfica e videofonográfica, a Ancine atua até os dias atuais, tendo o escopo de suas competências bastante ampliado com o advento da Lei 12.485/2011” (MARTINS, 2015, p. 19).

Inclusive insta asseverar que a MP 2.228-1/2001 tem validade como se fosse lei, ainda que até hoje a mesma não tenha sido convertida em sentido estrito.

É considerada uma autarquia especial, pertencente à administração indireta. Faz parte das denominadas agências de segunda geração. Suas competências quanto à regulação, fomento e fiscalização da atividade cinematográfica e audiovisual, em sua maioria é prestada no regime privado, como é o caso dos segmentos de cinema, vídeo doméstico e de TV por assinatura. No entanto, nos casos de TV aberta, como é o caso de serviços de radiodifusão de sons e imagens, tem-se um serviço de competência da União, a teor do artigo 21, inciso X, da Constituição Federal. É serviço delegado por meio de concessão a empresas privadas. Seus objetivos estão inseridos no artigo 6º da MP 2.228-1/01.

Ademais, conforme se aprecia em sua atuação, referida autarquia visa aprimorar seus instrumentos regulatórios, atuando em todos os lados da cadeia produtiva do setor, para que mais produtos audiovisuais nacionais e independentes sejam verificados pela população, inclusive em razão do incentivo ao investimento privado.

5.2 Intervenção do Estado no Setor Audiovisual

A intervenção do Estado na atividade econômica possui caráter excepcional

na medida em que se tem por base os princípios enumerados no artigo 1º da Constituição Federal, chegando ao artigo 170 da referida Magna Carta.

Eduardo Sabbag pontua que “o poder de tributar (*iusimperium*) não é, assim, absoluto. Limita-se por regramentos que vêm refrear o exercício arbitrário da tributação, amoldando-o de acordo com a carga valorativa ínsita ao texto constitucional. [...]” (SABBAG, 2016, p. 60). Assim, o exercício de dado poder deve ser realizado de modo justo e equilibrado.

No tocante a intervenção no setor cinematográfico e do audiovisual no Brasil prepondera Martins:

Quanto às formas de intervenção do Estado no domínio econômico do cinema e do audiovisual no Brasil, há uma mistura que vai desde uma participação direta na prestação de serviço relacionado ao audiovisual por empresa do Estado até a intervenção na modalidade indireta – como agente normativo e regulador, inclusive incentivando a atividade (MARTINS, 2015, p. 16).

Verifica-se que de um lado o Estado participa diretamente, inclusive uma vez que criou uma empresa pública (Empresa Brasil de Comunicação), que delegada a particulares por meio de concessão, permissão e autorização promove os serviços de radiodifusão de sons e imagens. De outro, também promove domínio econômico prevalentemente privado, como é o caso do serviço de acesso condicionado, onde este normatiza e regula, apesar de ter atuação do particular.

Além disso, “outros segmentos vêm explorando a atividade audiovisual como a *Internet*, mas a regulação sobre a intervenção efetiva do Estado nestes segmentos ainda é alvo de grandes discussões, como a criação do Marco Civil da *Internet*”. (MARTINS, 2015, p. 17). (grifo nosso).

No Brasil, os principais marcos que regulamentam o mercado audiovisual e de cinema são a Medida Provisória 2.228-1/2001 e a Lei 12.485/2012.

6 REGULAÇÃO DO NETFLIX E A POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DA CONDECINE

6.1 Da Falta de Regulamentação Nacional

Atualmente os serviços *over the top* e de vídeo por demanda não estão regulamentados em território nacional.

A ANCINE e seu Conselho Superior do Cinema têm realizado pesquisas,

fazendo levantamentos e propostas visando em um futuro próximo estabelecer um modelo regulatório a ser implantado especialmente para os serviços VOD.

De fato, referido mercado está em evidência no país sendo cada vez maior a expansão do setor audiovisual.

6.2 Dos Caminhos Adotados pela ANCINE

Visando elencar um modelo de regulação para os serviços de vídeo por demanda, a Agência Nacional do Cinema incorporou o assunto em sua Agenda Regulatória Biênio 2015/2016. O objetivo além de regular a atividade econômica do setor é garantir a existência de obras brasileiras no segmento. Visa também a expansão dos serviços de acesso consignado e de novos segmentos. Secundariamente, a proposta tende a desenvolver os serviços de TV por assinatura e de vídeo por demanda, em todos os seus suportes, ampliando a participação de programas e conteúdo nacional nesses segmentos.

Segundo a Assessoria de Imprensa da ANCINE “o foco é garantir um ambiente competitivo, que permita a pluralidade dos prestadores do serviço, e ao mesmo tempo gere empregos e riquezas no Brasil. Essas conversas incluem todas as empresas que prestam o serviço de VOD no território brasileiro” (ANCINE, 2017).

Assim, verifica-se que a Agência Nacional do Cinema enxerga no vídeo por demanda a oportunidade de promover a diversidade de conteúdo, estimulando o setor nacional, com considerável preocupação com as empresas menores e entrantes tendo atenção quanto à concorrência dos serviços VOD e serviços lineares, bem como das adequações com a legislação brasileira e critérios de tributação justa e adequada ao segmento, com intervenção do Estado apenas em situações essenciais e preservação da experiência dos usuários.

Os parâmetros para tal regulação destoam da própria Lei de TV paga, e em critérios econômicos que analisam a preponderância econômica da atividade e a potencial competição com serviços lineares, isso sem deixar de lado a experiência internacional que já regulamenta o assunto.

No final de 2015, o Conselho Superior de Cinema consolidou o entendimento sobre a construção do marco regulatório do serviço de vídeo por demanda, apresentando documento onde reúne os pontos relevantes para a regulação e os desafios para o desenvolvimento de dado segmento.

Dentre as principais medidas encontra-se a necessidade de garantir tratamento isonômico aos agentes de diversos portes, promover a diversidade de conteúdo, estimulando o setor nacional; preocupação com as empresas menores, a livre concorrência e a segurança jurídica, em especial frente aos segmentos VOD e serviços lineares; adequação da legislação brasileira, inclusive com critérios de tributação justa e adequada ao segmento.

O texto ainda precisa ser objeto de análise pelas instâncias do governo e do Congresso Nacional.

6.3 Da Tributação: Aspectos Gerais da Condecine

Com a regulamentação dos serviços de vídeos por demanda, a ANCINE pretende inserir a cobrança de tributação perante tal setor audiovisual, certo que a espécie tributária cabível ao setor é a considerada Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico-CIDE, e em especial a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional- CONDECINE.

A previsão constitucional da CIDE está contida no artigo 149 da Magna Carta que abre espaço para a União intervir no domínio econômico de interesses das categorias profissionais ou econômicas, a colaborar com o previsto nos artigos 21 e 177 da Constituição Federal. Entretanto, conforme pondera Vinícius Alves Portela Martins “[...] a intervenção do Estado na economia, por meio de uma Cide, deve ser encarada como excepcional (limitada às hipóteses constitucionais de intervenção do Estado no domínio econômico privado e nas competências da União [...])”. (MARTINS, 2015, p. 175). Deve-se, portanto, respeito aos princípios constitucionais estabelecidos no Título VII da Constituição Federal, quanto à ordem econômica.

O objetivo da cobrança é gerar um instrumento de intervenção no domínio econômico, e sua receita será usada com o fim de custear a intervenção da União neste domínio. Desse modo, tão somente os setores que a União intervém é que podem criar CIDE.

Ademais, há possibilidade de tal tributo ser proveniente do exercício de poder de polícia de um dado órgão ou autarquia, apesar de que a sua prioridade dever ser a intervenção no domínio econômico. Além disso, demanda transitoriedade, ou seja, a exação só pode ser cobrada até que a intervenção

provocada equilibre o determinado mercado.

As funções da Cide e sua forma de intervenção tem natureza distinta das taxas e impostos, uma vez que pode albergar finalidade tanto fiscal como extrafiscal repressora.

Assevera ainda Martins que “[...] no setor cinematográfico/audiovisual no que se refere à Condecine prevista no parágrafo único do artigo 32 da MP 2.228-1/2001 (Condecine Rendimento), observa-se essa finalidade fiscal repressora, especificamente em se tratando da isenção prevista no artigo 39, X. [...]”. (MARTINS, 2015, p. 178).

Assim, no que se refere ao setor cinematográfico e audiovisual a CIDE que lhe é afeta é chamada de Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica-CONDECINE, instituída pela Medida Provisória 2.228-1/2001.

A contribuição incide:

[...] sobre a veiculação, a produção, o licenciamento e a distribuição de obras cinematográficas e videofonográficas com fins comerciais, bem como sobre o pagamento, o crédito, o emprego, a remessa ou a entrega, aos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior, de importâncias relativas a rendimento decorrente da exploração de obras cinematográficas e videofonográficas ou por sua aquisição ou importação, a preço fixo (ANCINE, 2017).

O inciso I do artigo 32 da referida Medida Provisória diz quanto à denominada Condecine Licença. Seus fatos geradores são quatro, qual sejam, a produção, veiculação, distribuição e licenciamento, que devem ser geradas com intuito comercial. A dificuldade surge quanto a verificação da intenção do sujeito de veicular, distribuir, produzir ou licenciar uma obra audiovisual, que ficará condicionada a verificação do requerimento do CRT pelo detentor da licença da obra, vez que só com a exação do tributo que se alcançará a licença da ANCINE.

O inciso II do referido artigo 32 denomina a Condecine Telecom sendo está destinada a prestação de serviços “que utilizem meios que possam, efetiva ou potencialmente, distribuir conteúdos audiovisuais nos termos da lei que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado”. (MARTINS, 2015, p. 184).

Referido encargo tem valor fixo a depender do tipo de serviço prestado pela empresa e deriva da taxa de fiscalização de instalação identificada pela Lei 5.070/1966. Em verdade o seu recolhimento termina por diminuir o repasse dado ao Fistel - Fundo de Fiscalização das Telecomunicações, que passa a ser direcionada

ou compor referida CONDECINE, o que tem por fundamento o artigo 28 da Lei 12.385/2011.

De sequência, o inciso III ainda do artigo 32, trata da considerada Nova CONDECINE publicitária e tem por fato gerador a veiculação e distribuição de obras publicitárias implantadas em programação internacional. O fim buscado é a cobrança de obras publicitárias estrangeiras colocadas em programação internacional que sejam contratadas juntamente com o conteúdo não publicitário do canal. O valor do fato deve ser o mesmo das obras publicitárias nacionais, quando de sua veiculação com fins comerciais.

Por fim, o parágrafo único denomina o Condecine Rendimento que possui o mesmo fato gerador do imposto de renda inserido no artigo 13 do Decreto-lei 1.089/1970, com modificações pelas Leis 8.6485/1993 e 9.430/1996.

E observa-se que conforme artigo 33, da MP 2.228-1/2001, com redação da Lei 12.485/2011, a CONDECINE será devida para cada segmento de mercado por título ou capítulo de obra cinematográfica ou videofonográfica destinada as salas de exibição, vídeo doméstico, em qualquer suporte, serviço de radiodifusão de sons e imagens, serviços de comunicação eletrônica de massa por assinatura e outros mercados. Ressalta-se que para a configuração de tais fatos geradores haverá a necessidade de pagamento da CONDECINE por título de obra em cada um dos segmentos. E também nos casos de título de obra publicitária cinematográfica ou videofonográfica para cada segmento dos mercados a que se destinar, além de prestadores de serviços, constante em seu Anexo I da correspondente Medida Provisória.

A CONDECINE terá correspondência com os valores apontados em tabela constante no Anexo I. Por fim, insta asseverar que a sua receita será destinada ao Fundo de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES.

6.4 Da Possibilidade de Cobrança de Condecine Perante os Vídeos por Demanda: Caso Netflix e Congêneres

Uma vez diagnosticada as hipóteses de CONDECINE, insta asseverar que uma vez regulamentado os vídeos por demanda, e via de consequência o *Netflix* no Brasil, surge então a necessidade de se analisar se referida empresa deve arcar com o pagamento de referida contribuição de intervenção no domínio econômico.

Observando preliminarmente sob o ponto de vista tributário, e pautando em

uma concepção puramente legalista, poder-se-ia dizer que a *Netflix* incorreria no fato gerador da considerada Condecine Licença, uma vez que licencia e compra obras para oferecer seu catálogo aos seus assinantes, e desse modo, deveria ser passível de cobrança de referido encargo, em atendimento ao princípio da legalidade consagrado no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal. No entanto, a discussão não se resolve apenas em simples análise a este aspecto, sendo palco de grande embate.

Sob o critério do pragmatismo jurídico:

Não obstante as formas variadas de pragmatismos, todas elas apresentam três características comuns, a saber: a) antifundacionalismo: rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; b) contextualismo: a interpretação jurídica é norteadada por questões práticas e o direito é visto como prática social; e c) consequencialismo: as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado). (OLIVEIRA, 2011, p. 129-63).

Assim, relacionando-se ao assunto em tela, a CONDECINE não deveria incidir sobre a atuação dos serviços de vídeo por demanda, em especial ao *Netflix*, pois deve-se analisar os efeitos sobre a intervenção econômica, ou seja, os efeitos que ela irá gerar. Apesar de a CONDECINE ser um tributo, obrigatório e compulsório, ela incide mediante intervenção no domínio econômico. Assim, ao cobrar o tributo, estar-se-ia atingindo até mesmo os direitos dos consumidores, pois o alto valor a ser recolhido, se repassado ao consumidor, pode inviabilizar o negócio, inclusive quando se trata de empresas menores que queiram concorrer no negócio.

Veja-se a seguinte hipótese: Conforme Anexo 01 da MP 2.228-1/01, o valor a ser cobrado de CONDECINE totaliza a quantia de R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais) por título ou capítulo de obra estrangeira. Considerando hipoteticamente que a empresa *Netflix* no Brasil disponibiliza de 1.000 (mil) obras em seu catálogo, uma vez regulamentado os vídeos por demanda no país, a empresa desembolsaria o equivalente a R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), se quisesse dispor de seus produtos no país, e isso considerando ainda que o pagamento do tributo é renovado a cada 5 (cinco) anos. Logo, verifica-se que o alto investimento poderia não ser atrativo para a empresa que ou deixa de investir ou encarece o produto para não ter prejuízos no negócio, o que atinge em cheio o consumidor.

Junte-se ao caso citado a hipótese de uma pequena empresa de VOD que quer ingressar no mercado brasileiro. Independente de sua colocação no setor, esta arcaria com o adimplemento de CONDECINE em mesmo montante a ser pago por outra empresa já estabelecida e de renome no mercado. Logo, os impactos provocados desestabilizam o setor econômico, inclusive podendo incidir no próprio consumidor final dos serviços, o que o torna inviável.

De outro ângulo, avaliando a possibilidade do cabimento de sua cobrança, busca-se a resposta por meio da aplicação do princípio da igualdade, dado que não se pode conceder privilégio a uns em detrimento de outros, ou seja, não há razão para não exigir o encargo da *Netflix* e de outra banda cobrar o CONDECINE das tradicionais locadoras de vídeo, visto que competem em mesmo mercado. Veja-se que não se afirma a aplicação de referido tributo para as locadoras, mas é crível que estas se sujeitem ao arcabouço da tributação.

Os princípios da isonomia, segurança jurídica tributária e da própria justiça tributária poderiam restar afrontadas.

Logo, mister que a CONDECINE Licença, prevista no artigo 32, inciso I, da Medida Provisória 2.228-1/01 deve ser reformulada, pois o cerne da questão circunda o próprio tributo e não o seu pagamento em si.

Ora, se permitida a cobrança, o recolhimento de CONDECINE poderá ferir princípios como o da livre iniciativa, dos direitos dos consumidores, livre concorrência, dentre outros, incorrendo em desproporcionalidade das empresas do setor dada a sua estrutura e estratégias a serem desenvolvidas por meio do vídeo por demanda. Há violação de um dos subprincípios da proporcionalidade que é a adequação e o custo benefício. Mas se não se proceder à cobrança, é possível considerar também que haverá ofensa aos princípios constitucionais contidos no artigo 170 da Constituição Federal.

Nas lições de Calixto Salomão Filho

Se uma determinada atividade econômica tiver externalidades sociais, sejam positivas ou negativas (respectivamente, benefícios ou malefícios), é preciso considerar o mercado elemento organizador eficaz, pois nesses casos este não é capaz de recompensar os benefícios ou compensar os malefícios (CALIXTO FILHO, 2001, p. 27).

Neste íterim, é preciso avaliar não apenas o critério da eficiência da norma, mas também seu aspecto positivista.

Analisando tais problemas, a própria ANCINE por meio do seu Conselho Superior de Cinema considera que uma vez regulamentado os vídeos por demanda no país, a incidência do CONDECINE deverá sofrer adequação, pois o atual modelo usado para o vídeo doméstico e outros mercados limitam a expansão do segmento VOD.

Nesse sentido, acredita-se que é preciso traçar novo modelo que aponte alíquotas claras e justas, com base de cálculo transparente e fato gerador de fácil verificação. Questiona-se inclusive a verificação do fato gerador por meio do montante arrecadado pelo setor, o que ainda é palco de apreciação.

Somente assim os impactos gerados atenderão as exigências do setor econômico sem que com isso atinja outros valores protegidos pelo Estado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do novo cenário tecnológico desempenhado pelos serviços *over the top*, integrados pelos vídeos por demanda, vislumbra-se a necessidade de sua adequada regulamentação no Brasil, seja em razão de seu alcance e impacto na ordem econômica e financeira, seja sob o ângulo de resguardo aos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna.

Em relação aos vídeos por demanda, a Agência Nacional do Cinema-ANCINE tem realizado pesquisas e análise sobre o tema com vistas a implantar o marco regulatório dos considerados VOD, em território nacional, regulando assim serviços prestados, por exemplo, pelo *Netflix*.

O documento elaborado pela ANCINE foi aceito pelo Conselho Superior de Cinema e agora segue os trâmites cabíveis pelas demais instâncias, inclusive pelo Congresso Nacional. Assim, pode-se considerar que em um futuro próximo ter-se-á regulamentado tal segmento.

E uma vez regulamentado, digna-se quanto à necessidade de recolhimento da CONDECINE pelos setores de vídeo por demanda.

Todavia, o que se verifica é que a considerada Condecine Licença deve ser reformulada, visto que se aplicada ao VOD poderá esbarrar em princípios constitucionais de suma relevância como a livre iniciativa, concorrência, igualdade, proporcionalidade, segurança jurídica, dentre outros. Assim, a CONDECINE prevista no artigo 32, inciso I, da Medida Provisória 2.228-1/01 deve ser reformulada, pois o

cerne da questão circunda o próprio tributo e não o seu pagamento em si.

Já ciente de tais impasses, a própria ANCINE aponta que o modelo atual utilizado para o vídeo doméstico e outros mercados não comportam o considerado vídeo por demanda, sendo preciso a formulação de fato gerador de fácil verificação, com base de cálculo transparente e alíquotas que sejam claras e justas ao setor.

REFERÊNCIAS

ANCINE - Agência Nacional do Cinema. Instrução Normativa 104, de 10 julho de 2012. Dispõe sobre o Registro de Obra Audiovisual Não Publicitária Brasileira, a emissão de Certificado de Produto Brasileiro e dá outras providências. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/?q=legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas/instru-o-normativa-n-104-de-10-de-julho-de-2012>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Nota de esclarecimento sobre a regulação do serviço de vídeo por demanda. 31/7/2015. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/?q=sala-imprensa/noticias/nota-de-esclarecimento-sobre-regula-o-do-servi-o-de-v-deo-por-demanda-no>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. O futuro da regulamentação de VOD: ANCINE apresenta estudo sobre regulação do vídeo por demanda no Rio Content Market 2016. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/?q=sala-imprensa/noticias/o-futuro-da-regulamenta-o-de-vod-ancine-apresenta-estudo-sobre-regula-o-do-v>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. Recolhimento de Condecine. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/condecine>. Acesso em: 19 mai. 2017.

BRASIL. Vademecum Saraiva. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CALIXTO FILHO, S. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001.

CARREIRA, L.; RIBEIRO, M.; PAIÁGUA, S. Serviços de streaming over the top. Disponível em: <http://docplayer.com.br/3335019-Servicos-de-streaming-over-the-top.html>. Acesso em: 17 mai. 2017.

CARVALHO, A. C. Tributação de bens digitais: Interpretação do art. 150, VI, d, da Constituição Federal. São Paulo: MP, 2009.

CRACKLER. O que é Crackler? Disponível em: <http://www.crackle.com.br/outreach/faq>. Acesso em: 18 de mai. 2017.

MARTINS, V. A. P. Agência Nacional do Cinema - ANCINE. Comentários à Medida Provisória n. 2.228-1/01, ao Decreto n. 4.121/02 e à Lei n. 12.485/11. São Paulo: Atlas, 2015. v. 24.

NETFLIX MEDIA CENTER. Sobre o Netflix. Disponível em: https://media.netflix.com/pt_br/about-netflix. Acesso em: 18 mai. 2017.

OLIVEIRA, R. C. R. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-63, jan./abr. 2011.

PACHECO, A. M. da M. Imunidade tributária do livro. In: Hugo de Brito (Coord.). *Imunidade tributária do livro eletrônico*. 2. ed. São Paulo: Altas, 2003.

POZZEBON, R. O que é Netflix? *Oficina da net*. 19/5/2015. Disponível em: <https://www.oficinadanet.com.br/post/14513-o-que-e-netflix>. Acesso em: 16 mai. 2017.

SABBAG, E. Manual de Direito Tributário. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

UOL. *Netflix domina 66% do mercado OTT na América Latina*. *Convergência Digital*. 1/2/2016. Disponível em: <http://m.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&%25253Bpost%2525252525252525Fdata=&infoid=41652&sid=4>. Acesso em: 10 abr. 2017.