

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

Ao Senhor Geraldo Alckmin

Governador do Estado de São Paulo

Palácio dos Bandeirantes

Av. Morumbi, 4.500 – Portão 2

Morumbi – São Paulo – SP – CEP 05650-905

secretariaparticular@sp.gov.br

gabinetedogovernador@sp.gov.br

Assunto: Recomendação de sanção do Projeto de Lei 844, de 2017, que garante ao cidadão a aquisição de aparelho de recepção universal em pontos adicionais de TV por assinatura

Excelentíssimo Senhor Governador,

O Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – é uma associação de consumidores, sem fins lucrativos, criada em julho de 1987 e dedicada à defesa dos direitos dos consumidores no Brasil. O Instituto não possui ligação com empresas ou com órgãos de governo. Todo o trabalho desenvolvido pelo Idec baseia-se em doações de seus associados e de projetos financiados por filantropias internacionais. Ao longo de trinta anos, o Idec firmou sua reputação como entidade independente em defesa dos direitos coletivos no Brasil.

Entre as muitas áreas de atuação do Idec na defesa dos direitos dos consumidores em serviços de telecomunicações, está a garantia dos direitos daqueles que contratam serviços de televisão por assinatura, chamados tecnicamente de “Serviços de Acesso Condicionado” (SeAC), nos termos da Resolução nº 581, de março de 2012, da Agência Nacional de Telecomunicações¹.

¹ “Art. 4º O 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

Um dos aspectos mais sensíveis da proteção de direitos dos consumidores de serviços de televisão por assinatura consiste na **liberdade do consumidor de utilizar livremente decodificadores para pontos adicionais** - os chamados “pontos extras”² - e a liberdade das empresas de cobrar pelo serviço de empréstimo ou comodato da “Unidade Receptora Decodificadora” (URD).³

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor possui um posicionamento histórico, construído há mais de dez anos, sobre a abusividade da cobrança de mensalidade pelo ponto adicional⁴ e pela liberdade do consumidor de utilizar URDs de sua livre escolha. Evidentemente que a empresa prestadora do Serviço de Acesso Condicionado tem o direito de cobrar pelo aluguel do decodificador necessário para que a transmissão seja obtida desde que haja expressa disposição contratual a respeito, porém há uma obrigação clara no direito brasileiro de que a empresa fica vedada de restringir a ativação, em sua rede, de decodificador (URD) de propriedade do consumidor (art. 76, Resolução nº 581/2009, Anatel). Essa regra foi desenhada para evitar abuso de poder econômico e para estimular a liberdade de escolha do consumidor, evitando vendas casadas e práticas ilegais para induzir o consumidor a utilizar *exclusivamente* o aparelho decodificador oferecido pela prestadora do serviço de televisão por assinatura.

Essa discussão está no centro do Projeto de Lei Estadual n. 488, de 2017, de autoria do Deputado José Américo, que recebeu parecer favorável da Comissão de Defesa dos Direitos do Consumidor (Parecer nº 2281/2017) em 22 de dezembro de 2017, sendo aprovado na 76ª Sessão

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. (...) § 3º O SeAC é considerado, para todos os efeitos, serviço de televisão por assinatura”. Ver: <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/34-2012/139-resolucao-581>

² Juridicamente, o “ponto extra” é o ponto adicional ao “ponto principal”, de acesso à programação contratada, ativado no mesmo endereço do ponto principal do assinante. O “ponto principal”, por sua vez, é o “primeiro ponto de acesso à programação contratada com a prestadora instalado no endereço do assinante” (art. 2º, Resolução n. 488/2007 da Anatel).

³ Art. 3º Para os efeitos deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições, além de outras adotadas pela legislação e pela regulamentação: (...) XXXII - Unidade Receptora Decodificadora (URD): equipamento ou conjunto de equipamentos e dispositivos necessários para receber e decodificar os sinais provenientes da Prestadora, converter para um padrão compatível com o Dispositivo Terminal do Assinante e transmitir sinais para os equipamentos e sistemas da Prestadora, quando for o caso.

⁴ A regulação setorial é muito clara nesse ponto. A Resolução nº 528/2009 da Anatel afirma, em seu artigo 29, que “a programação do ponto-principal, inclusive programas pagos individualmente pelo assinante, qualquer que seja o meio ou forma de contratação, deve ser disponibilizada, sem cobrança adicional, para pontos-extras e para pontos-de-extensão, instalados no mesmo endereço residencial, independentemente do plano de serviço contratado”.

Extraordinária da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo em 27 de dezembro de 2017.

Não é sem razão que o projeto foi apoiado pela Comissão de Defesa dos Direitos do Consumidor. De acordo com a regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações, ele prevê que as empresas de telecomunicações estão proibidas de cobrar pelo ponto-extra ao consumidor final (art. 1º, PL 844/2017). Para solucionar o problema da venda casada e do abuso de poder econômico por parte das prestadoras do serviço de televisão por assinatura, o projeto de lei prevê que o “maquinário para o ponto adicional poderá ser cobrado, todavia, o sinal não poderá ser restrito a um modelo único de aparelho” (art. 3º, PL 844/2017). Neste ponto, o projeto cria uma arquitetura institucional que pune as empresas que falhem na garantia da liberdade de escolha da Unidade Receptora Decodificadora por parte do consumidor. Primeiro, afirma-se que “deverá ser garantida ao consumidor a aquisição de aparelho de recepção universal” (art. 3º, §1º, PL 844/2017), em consonância com regulamentação federal sobre os direitos básicos dos consumidores do Serviço de Acesso Condicionado. Segundo, define-se que “caso a prestadora não possua meio de disponibilizar o sinal ao ponto adicional por meio de um aparelho universal, deverá oferecer ao consumidor o aparelho sem qualquer ônus adicional” (art. 3º, §2º, PL 844/2017).

No entendimento do Idec, **o projeto de lei possui plena juridicidade e validade constitucional, pois trata de assunto exclusivo de defesa do consumidor**, conforme justificativa apresentada pelo Deputado José Américo e pela própria interpretação da Agência Nacional de Telecomunicações e do Superior Tribunal de Justiça de que o contrato de aluguel da URD (decodificador) **é relação jurídica que não se encaixa como serviço de telecomunicações, considerada como serviço adicional**. Explicamos tal ponto no item “da constitucionalidade do projeto de lei”.

Com relação ao conteúdo do projeto, consideramos que ele é meritório ao buscar **solucionar um impasse de efetividade dos direitos dos consumidores de serviços de televisão por assinatura**. Há pleno alinhamento com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do Recurso Especial nº 1.449.289/RS, no sentido de que “caso o consumidor não pretenda pagar o aluguel pelos aparelhos disponibilizados pela própria fornecedora do serviço de TV por assinatura em razão direta dos pontos adicionais requeridos, pode optar por comprar ou alugar ou obter em comodato de terceiros os equipamentos necessários para a decodificação do sinal

nos exatos termos da faculdade conferida pela normatização regente”⁵. A questão, no entanto, é quando o **consumidor opta por usar um decodificador de terceiros, mas é informado pela operadora que, motivos técnicos, o sinal é incompatível com o decodificador de sua propriedade ou posse**. Como explicaremos em seção subsequente, o projeto de lei soluciona esse problema ao criar um sistema de punição para empresas que falhem em garantir a liberdade de escolha do consumidor e seu direito de utilização de outros decodificadores para sinal de pontos adicionais.

1. Da constitucionalidade do projeto de lei e competência concorrente do Estado para elaborar norma de direitos do consumidor: Anatel trata conversores/decodificadores de sinal como serviço comum e não de telecomunicações

A primeira dúvida a ser sanada pelo Governador do Estado de São Paulo, em sua análise para sanção do projeto de lei, é a constitucionalidade do projeto de lei. Afinal, o PL 844/2017 trata de questão de direito do consumidor na qual há competência concorrente do Estado de São Paulo para criação normativa?

Uma primeira questão que poderia surgir é se o Projeto de Lei 844/2017 trata de objeto específico de telecomunicações, aplicando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre competência exclusiva da União para legislar sobre o assunto. Com a simples leitura do posicionamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dos votos no caso paradigmático do Superior Tribunal de Justiça sobre legalidade da cobrança de ponto-extra (REsp nº 1.449.289/RS), *tal interpretação fica plenamente afastada*.

É evidente que o Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) configura-se em serviço de telecomunicações. Porém, a **Agência Nacional de Telecomunicações faz uma diferenciação clara entre o fornecimento do serviço de televisão por assinatura, que envolve a programação adquirida para o ponto-principal, e o fornecimento de equipamentos codificadores, que não constitui prestação do serviço de telecomunicações** e que não é regulado pela agência reguladora. Na condição de *amicus curiae* no julgamento do Recurso Especial nº 1.449.289/RS no Superior Tribunal de Justiça, a Anatel manifestou-se nos seguintes

⁵ Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.449.289/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14 de novembro de 2017.

termos:

“(…) destaca-se que foi editada pelo Conselho Diretor da Anatel a Súmula nº 9, de 19 de março de 2010, no intuito de dirimir as divergências de interpretação sobre o tema e esclarecer que **o fornecimento de equipamentos conversores/decodificadores não constitui prestação de serviço de telecomunicações** e, portanto, o Regulamento de Proteção e Defesa dos Direitos dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura não veda que a Prestadora e o Assinante disponham livremente sobre a forma de contratação do referido equipamento (...) Em verdade, somente os serviços são, por competência, regulamentados pela Anatel. Salienta-se que o fornecimento de equipamentos não é prestação de serviço e, **portanto, a sua comercialização não é regulada pela Agência.**”

O ministro Luís Felipe Salomão, em voto-relator no Recurso Especial, também reforçou a interpretação de que o fornecimento de equipamentos conversores/decodificadores não constitui prestação de serviço de telecomunicações:

“(…) deve ser ressaltado que é permitida a contraprestação pela instalação, uma vez, e a cobrança pelo reparo da rede interna e pela locação (ou similar) dos conversores/decodificadores de sinal ou equipamentos similares, a cada solicitação. Com efeito, nos termos da norma, a cobrança dos serviços apontados deve dar-se por evento, sendo que seus valores não podem ser superiores àqueles cobrados pelos mesmos serviços referentes ao ponto principal (§2º do art. 30 da Resolução Anatel n. 488/2007, com redação dada pela Resolução n. 528/2009). Importante assinalar, aliás, que, em 19/03/2010, a Autarquia editou a Súmula 9/2010, **com intuito de dirimir as divergências de interpretação sobre o tema e esclarecer que o fornecimento de equipamentos conversores/decodificadores não constitui prestação de serviço de telecomunicações**, deixando mais claro ainda o âmbito da Resolução n. 528/2009”

Resta, assim, afastada qualquer interpretação de que o Projeto de Lei 844/2017 trata de serviços de telecomunicações, pois seu objeto é unicamente a relação jurídica entre o consumidor e o fornecedor no que toca à disponibilização de um aparelho decodificador universal para televisão por assinatura, garantindo que o consumidor exerça sua liberdade de escolha sobre qual decodificador irá utilizar ao requisitar o ponto-extra.

No entendimento do Idec, o PL trata de tema exclusivo de defesa do consumidor, existindo competência concorrente do Poder Legislativo do Estado de São Paulo para

complementar lacunas da legislação federal. Resgata-se, aqui, a interpretação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 2.818/RJ, em 2013, cujo relator foi o ministro Dias Toffoli. Diz a ementa da decisão:

“3. Ao tempo em que dispõe sobre a competência legislativa concorrente da União e dos estados-membros, prevê o art. 24 da Carta de 1988, em seus parágrafos, duas situações em que compete ao estado-membro legislar: (a) quando a União não o faz e, assim, o ente federado, ao regulamentar uma das matérias do art. 24, não encontra limites na norma federal geral - que é o caso ora em análise; e (b) quando a União edita norma geral sobre o tema, a ser observada em todo território nacional, cabendo ao estado a respectiva complementação, a fim de adequar as prescrições às suas particularidades locais. 4. Não havendo norma geral da União regulando a matéria, os estados-membros estão autorizados a legislar supletivamente no caso, como o fizeram os Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, até que sobrevenha disposição geral por parte da União”⁶.

Em se tratando de assunto no qual não há legislação federal aplicável diretamente - a liberdade do consumidor para utilização de seu próprio decodificador para televisão por assinatura e a punição para fornecedor que falhe em garantir um sinal universal adaptável a diferentes decodificadores -, há plena competência concorrente cumulativa por parte do Estado de São Paulo, conforme precedente de 2006 do Supremo Tribunal Federal:

“(…) O art. 24 da CF compreende competência estadual concorrente não-cumulativa ou suplementar (art. 24, § 2º) e competência estadual concorrente cumulativa (art. 24, § 3º). Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1º), poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais (art. 24, § 2º); na segunda hipótese, poderão os Estados e o DF, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa plena 'para atender a suas peculiaridades' (art. 24, § 3º)”⁷

Além da garantia da capacidade normativa dada pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição do Estado de São Paulo é clara ao estabelecer a defesa do consumidor e sua competência legislativa nos artigos 19 e 275:

⁶ Supremo Tribunal Federal, ADI 2.818/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, Julgado em 05/03/2013.

⁷ Supremo Tribunal Federal, ADI nº 3.098/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10/03/2006.

“Art. 19. Compete à Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, ressalvadas as especificadas no art. 20, e especialmente sobre: I - sistema tributário estadual, instituição de impostos, taxas, contribuições de melhoria e contribuição social; II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e empréstimos externos, a qualquer título, pelo Poder Executivo; III - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o artigo 47, XIX, “b”; IV - autorização para a alienação de bens imóveis do Estado ou a cessão de direitos reais a eles relativos, bem como o recebimento, pelo Estado, de doações com encargo, não se considerando como tal a simples destinação específica do bem; V - autorização para cessão ou para concessão de uso de bens imóveis do Estado para particulares, dispensado o consentimento nos casos de permissão e autorização de uso, outorgada a título precário, para atendimento de sua destinação específica; VI - criação e extinção de Secretarias de Estado e órgãos da administração pública; VII - bens do domínio do Estado e proteção do patrimônio público; VIII - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Procuradoria Geral do Estado; IX - normas de direito financeiro.

Art. 275. O Estado promoverá a defesa do consumidor mediante adoção de política governamental própria e de medidas de orientação e fiscalização, definidas em lei. Parágrafo único - A lei definirá também os direitos básicos dos consumidores e os mecanismos de estímulo à auto-organização da defesa do consumidor, de assistência judiciária e policial especializada e de controle de qualidade dos serviços públicos”.

Da leitura dos artigos supra-transcritos, resta claro que ao Estado é facultado o poder/dever de elaborar leis que tratem de direitos dos consumidores, sendo a iniciativa legislativa dos Ilustres Deputados vista com bons olhos pelo Idec, dada a relevância do tema para os consumidores paulistas. Portanto, restando nítida a constitucionalidade do PL em comento, a sanção por Vossa Excelência é medida que mais se adequa aos interesses dos consumidores paulistas e quiçá, possa vir a ser utilizada como exemplo ao demais entes federativos, como forma de coibir os abusos praticados pelas operadoras de TV por Assinatura diuturnamente.

2. Do mérito do projeto de lei e sua adequação para a defesa do consumidor

Uma vez resolvida a questão da legalidade e plena constitucionalidade do Projeto de Lei em questão, vale destacar seu conteúdo e mérito para a defesa do consumidor.

Conforme explicado no início desta carta, um dos impasses para a efetivação das normas da Agência Nacional de Telecomunicações e do Regulamento Geral dos Direitos dos Consumidores de Serviços de Telecomunicações (RGC) é o fato de que quando o consumidor *opta por usar um decodificador de terceiros*, ele é informado pela operadora que, motivos técnicos, *o sinal é incompatível* com o decodificador de sua propriedade ou posse.

Essa prática de mercado acaba por configurar uma espécie de venda casada. O **consumidor tenta exercer seu direito, porém encontra um duplo desafio**. Primeiro, a dificuldade de encontrar decodificadores universais homologados pela Anatel. Em matéria intitulada *Refêns das operadoras*, publicada em setembro de 2013 na Revista do Idec, discutimos as dificuldades dos consumidores de encontrarem tais decodificadores no mercado.⁸ Segundo, o consumidor torna-se refém de práticas contratuais que impõem que as operadoras determinarão critérios técnicos para disponibilização do sinal, o que gera, ao final, uma situação de *indisponibilidade de sinais* para decodificadores de terceiros. Com essa estratégia comercial, as operadoras de SeAC acabam impondo seus decodificadores como a *única opção disponível*. Fecha-se assim o ciclo “legalizado” de cobrança pelo aluguel do decodificador.

O Projeto de Lei analisado pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo é pioneiro ao apresentar um desenho institucional que fomenta a livre utilização de decodificadores e pune empresas que sejam incapazes de promover a disponibilização do sinal da TV por assinatura de modo compatível com decodificadores disponíveis no mercado. Nos termos do projeto, caso a prestadora não possua meio de disponibilizar o sinal ao ponto adicional por meio de um aparelho universal, *deverá oferecer ao consumidor o aparelho sem qualquer ônus adicional*. Essa internalização dos custos de não oferecimento do sinal universal -- por meio da obrigação de oferecimento do aparelho sem custo -- promove uma calibragem de incentivos econômicos para que empresa cumpra as normas federais de livre utilização dos decodificadores universais de propriedade do consumidor. Em síntese, o Projeto de Lei avança na promoção da liberdade do consumidor e cria um arranjo voltado ao interesse público.

⁸ Ver a matéria completa em https://www.idec.org.br/uploads/revistas_materias/pdfs/180-pesquisa-tv-assinatura1.pdf

Por esses motivos, **sugerimos ao Governador do Estado de São Paulo, Sr. Geraldo Alckmin, a sanção do Projeto de Lei 844/2017**, em coerência com o histórico do nobre governador pela defesa dos direitos dos consumidores no Estado de São Paulo e no Brasil.

Respeitosamente,



Elici Mª Checchin Bueno
Coordenadora Executiva
Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor



Rafael A. F. Zanatta
Líder do programa de Telecomunicações e Direitos Digitais