

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

OLAVO SEVERO GUIMARÃES

NEUTRALIDADE DE REDE:
A PRÁTICA DE *ZERO-RATING* SOB AS ÓTICAS REGULATÓRIA E
CONCORRENCIAL

Porto Alegre

2018

OLAVO SEVERO GUIMARÃES

NEUTRALIDADE DE REDE:
A PRÁTICA DE *ZERO-RATING* SOB AS ÓTICAS REGULATÓRIA E
CONCORRENCIAL

Trabalho de Conclusão de Curso elaborado como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre

2018

OLAVO SEVERO GUIMARÃES

NEUTRALIDADE DE REDE:
A PRÁTICA DE *ZERO-RATING* SOB AS ÓTICAS REGULATÓRIA E
CONCORRENCIAL

Trabalho de Conclusão de Curso elaborado como requisito parcial para a
obtenção de título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Dr. Augusto Jaeger Junior
Orientador

Prof. Dr. Eduardo Wendling

Prof^a. Daniela Copetti Cravo

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior, por abraçar este projeto de trabalho e por todo o auxílio na elaboração do mesmo.

À professora Daniela Copetti Cravo, pela disposição a ajudar e pelas úteis indicações de leitura.

Ao meus amigos, por estarem sempre presentes.

À minha família, em especial aos meus pais, aos meus avós, ao meu padrasto e à minha irmã pelo suporte e amor incondicionais, pela compreensão e pelos exemplos e ensinamentos de vida.

RESUMO

A neutralidade de rede é um princípio criado para combater discriminações injustas no tratamento de pacote de dados por parte das provedoras de conexão e assim defender a natureza inovadora da internet. Não há um consenso quanto à abrangência do princípio: há posições mais rígidas e outras mais flexíveis. Um dos dissensos existentes é se a discriminação positiva de custos - cobrar menos dos usuários para acessar um conteúdo ou aplicação - seria sempre maléfica. Este trabalho analisa juridicamente a isenção de cobrança para o acesso de um conteúdo ou aplicação, prática chamada de *zero-rating*, sob os vieses regulatório (Marco Civil da Internet - Lei nº 12.965 e Decreto 8.771/2016) e concorrencial (Lei nº 12.529/2011). Apesar das opiniões contrárias, a ANATEL entende hoje que a neutralidade de rede adotada pelo Brasil não veda expressamente a prática de *zero-rating*, estando tal estratégia comercial permitida desde que não infrinja outros dispositivos do ordenamento brasileiro e em especial do Marco Civil da Internet. Quanto ao âmbito concorrencial, o *zero-rating* pode gerar restrições verticais, categoria que exige análise pormenorizada para o escrutínio da existência de infração econômica. Assim, ambas as abordagens jurídicas, em verdade, exigem atenção às peculiaridades concretas de cada caso. Este trabalho inicialmente elabora um panorama geral sobre a discussão a respeito da neutralidade de rede; no segundo capítulo, a delimitação do referido princípio no ordenamento brasileiro é abordada; no terceiro capítulo, a monografia foca exclusivamente na prática de *zero-rating*, suas nuances e seu tratamento jurídico.

Palavras-chaves: *Zero-rating*; neutralidade de rede; Marco Civil da Internet; concorrência; regulação.

ABSTRACT

Network neutrality is a principle created to combat unfair discriminations in the treatment of data packets by the internet service providers and thus defend the innovative nature of internet. There is no consensus about the reach of the principle: there are more rigid and more flexible positions. One of the existing dissents is whether the positive costs discrimination - charging less from users to access some content or application - would always be malefic. This work legally analyzes the exemption of charging for the access of a content or an application, practice called zero-rating, under the regulatory (Brazilian Internet Civil Mark - Act n. 12.965 and Decree n. 8.771/2016) and the antitrust approaches (Act n. 12.529). Despite the existing contraries opinions, the ANATEL understands today that the network neutrality adopted by Brazil does not ban expressly the practice of zero-rating, thus the commercial strategy is allowed provided that it does not infringes another dispositions of the Brazilian legal order and of the Brazilian Internet Civil Mark specially. In the antitrust ambit, zero-rating may generate vertical restrictions, category which requires detailed analysis for the assessment of the existence of economic infraction. Thus, both legal approaches actually require attention to the concrete peculiarities of each case. This work elaborates initially a general overview over the discussion regarding network neutrality; in the second chapter, the delineation of the referred principle in the Brazilian legal order is analyzed; in the third chapter, the monograph focuses exclusively on the practice of zero-rating, its nuances and its legal treatment.

Key words: *Zero-rating*; network neutrality; Marco Civil da Internet; competition; regulation.

LISTA DE QUADROS E ILUSTRAÇÕES

Quadro 1: Principais atores envolvidos no conflito da neutralidade de rede	13
Quadro 2: Outros conceitos pertinentes com base no MCI	14
Figura 1: Formas de discriminação de dados	18
Figura 2: <i>Market share</i> por operadora, Brasil, 2008 a 2015	57

ABREVIATURAS E SIGLAS

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

BEREC – *Body of European Regulators for Electronic Communications*

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CGI.BR – Comitê Gestor da Internet no Brasil

DMCI – Decreto Regulamentador do Marco Civil da Internet

e2e – *End-to-End*

FCC – *Federal Communications Commission*

IP – *Internet Protocol*

MCI – Marco Civil da Internet

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

ZR – *Zero-rating*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. NEUTRALIDADE DE REDE: ORIGEM E CERNE DA DISCUSSÃO.....	12
2.1 O PRINCÍPIO <i>END-TO-END</i>	14
2.2 A POSIÇÃO PRÓ-NEUTRALIDADE.....	16
2.3 A CRÍTICA.....	19
3. A NEUTRALIDADE DE REDE NO BRASIL.....	23
3.1. O ÂMBITO REGULATÓRIO: A NEUTRALIDADE DE REDE NO MARCO CIVIL E NO DECRETO Nº 8.771/2016.....	23
3.2 O ÂMBITO CONCORRENCIAL.....	35
4. A PRÁTICA DE ZERO RATING.....	42
4.1 O QUE É?	42
4.2 A ECONOMIA DO ZERO RATING.....	44
4.3 NO BRASIL: MPF X CLARO, TIM, OI E VIVO.....	54
4.4 ANÁLISE CONCORRENCIAL.....	59
4.5 ANÁLISE REGULATÓRIA.....	69
5. CONCLUSÃO.....	74

1. INTRODUÇÃO

É lugar-comum hoje a afirmação de que a internet e suas inovadoras formas de rede foram as grandes forças-motrices do progresso tecnológico das últimas décadas. Ademais, ao que tudo indica, será ainda a mesma tecnologia a base para outros processos disruptivos em curso, como o *blockchain*, o *streaming*, a economia do compartilhamento e outros tantos frutos da "destruição criativa" de Schumpeter. Só no Brasil, a internet conta com 120 milhões de usuários, cerca de 59% da população¹. A internet não é só o correio de ontem, mas também o rádio, a televisão, o jornal.

Apesar de a internet já ser parte do nosso dia-a-dia, questões cruciais sobre sua regulação, com alto repercussão em seu desenvolvimento, ainda não foram pacificadas na academia, nem positivadas em muitos ordenamentos jurídicos mundo afora. É o caso da neutralidade de rede. Em que casos uma operadora deve poder gerenciar seu tráfego ou discriminar pacotes de dados? A resposta é complexa e deve levar em conta diversos fatores como o impacto na inovação, na liberdade de expressão, na eficiência econômica, na defesa ao consumidor, entre outros - não é à toa que, no mínimo, especialistas de quatro áreas diferentes (Direito, Informática, Economia e Comunicação) estão envolvidos no debate.

Nosso trabalho estabelecerá um panorama sobre o assunto acima exposto, mas intenta se aprofundar em um dos itens que o compõem: a prática de *zero-rating* - ZR. Esta conduta, que se manifesta de diferentes formas, configura-se com a oferta de acesso a determinado conteúdo ou aplicação de forma gratuita ou sem consumir um pacote de dados contratado. Tal prática, ao favorecer certas aplicações e conteúdos com a isenção, estaria rompendo com a neutralidade da rede? Estaria o protagonismo do internauta sendo lesado? Ou estaria ele sendo beneficiado, ao poupar seu pacote de dados diante de alguns acessos? Seria o ZR sempre uma distorção do mercado, uma prática anticompetitiva? Ou seria o ZR apenas uma saudável diferenciação de produtos? Estas são as perguntas que motivam este trabalho. Colocando de maneira mais objetiva, pretendemos analisar se o ZR fere a neutralidade de rede positivada pelo Marco Civil da Internet ou a nossa ordem concorrencial. Dado que as discussões sobre neutralidade de rede são recentes e relativamente pouco exploradas pela doutrina brasileira, demos maior ênfase introdutória para o assunto.

Esta monografia está dividida em três partes.

¹EXAME. *Brasil é o 4º país em número de usuários de internet*. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/brasil-e-o-4o-pais-em-numero-de-usuarios-de-internet/>>. Acesso em: 13 de dez. de 2017.

A primeira parte abordará a origem da discussão sobre neutralidade de rede, bem como delineará seu cerne e exporá os principais argumentos pró e contra o referido princípio.

Na segunda parte, estudaremos quais são os contornos da neutralidade de rede positivada no Brasil, através de uma análise do Marco Civil da Internet e do Decreto 8.771/2016. Além disso, abordaremos também o aspecto concorrencial da questão, qual seja, a pertinência da aplicação da Lei nº 12.529/2011.

Na terceira parte, estudaremos em específico a prática de ZR. Neste capítulo será feita a conceituação e descrição da prática, bem como será procedida sua análise econômica. Ademais, será estudado o principal caso sobre ZR no Brasil, chegando-se finalmente às análises concorrencial e regulatória de nosso objeto.

Para efetuar nossa pesquisa, o método utilizado será dedutivo, indutivo, histórico e dialético, a partir de análises bibliográficas da doutrina jurídica e da literatura econômica, bem como da legislação vigente e da jurisprudência pátria. Uma vez delimitado o tema, esclarecido o método e destacados os objetivos desta monografia, passa-se ao desenvolvimento dos tópicos centrais.

2. NEUTRALIDADE DE REDE: ORIGEM E CERNE DA DISCUSSÃO

Uma considerável parte da discussão sobre *zero-rating* é, em verdade, uma discussão sobre a chamada "neutralidade de rede": qual é seu alcance, o que ela protege e quais são suas consequências sociais e econômicas. O objetivo deste capítulo é introduzir o leitor a este debate, que não é tão conhecido e é importante para entendermos o contexto em que o ZR se insere.

A "neutralidade de rede" é uma expressão surgida para abordar o tratamento discricionário de conteúdos e aplicações por parte dos provedores de conexão. A autoria do termo remete ao pesquisador estadunidense Tim Wu em 2002;² contudo, provavelmente encontra-se a inspiração de Wu em um artigo de Lawrence Lessig e Mark Lemely publicado no ano anterior.³ Desde então, o tópico vem ganhando crescente importância no que tange à regulação dos serviços de Internet. No Brasil, a expressão é encontrada duas vezes no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965 de 2014), que, em seu artigo 3º, positivou a preservação e a garantia da neutralidade de rede como princípio da disciplina do uso da internet no Brasil.

O termo atualmente abrange um espectro grande de significados na literatura, além de diversas gradações em sua aplicação. Não obstante, procuramos neste capítulo introduzir o leitor ao debate, ainda que não seja possível cobrir todas as correntes de pensamento. Assim, far-se-á uma análise retrospectiva do termo, seguindo-se aos principais argumentos dos defensores e dos críticos, para que se possibilite uma análise panorâmica das facetas envolvidas no debate.

Antes de iniciarmos, dada a não familiaridade da maioria com este debate, elaboramos dois quadros de conceitos; o primeiro, sobre os principais atores envolvidos no conflito, com as definições e comentários da obra de Ramos;⁴ o segundo, sobre outros conceitos pertinentes à discussão, com base no Marco Civil da Internet.

²WU, Tim. *A Proposal for Network Neutrality*. Charlottesville: University of Virginia, junho, 2002. Disponível em: <<http://www.timwu.org/OriginalNNProposal.pdf>> Acesso em 24 de dez. de 2017.

³LEMLEY, Mark A. e LESSIG, Lawrence, The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era. *UCLA Law Review*, Vol. 48, 2001. p. 925. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=247737>>. Acesso em 16 de out. de 2017.

⁴RAMOS, Pedro H. S. *Arquitetura da Rede e Regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2015.

Gênero	Atores
Provedores de Conexão	<p>Provedores de Acesso – são empresas cuja principal atividade é prover acesso à internet para usuários finais, em modalidades como dial-up, banda larga fixa ou banda larga móvel – 2G, 3G ou 4G –, cujas tarifas de acesso representam a maior parte das receitas dessas empresas. Provedores de acesso também oferecem serviços de acesso à internet para provedores de aplicações, e alguns proporcionam ainda serviços específicos na camada de conteúdo (por exemplo, seus próprios serviços de streaming de músicas e vídeos). O desenvolvimento de uma infraestrutura física de redes própria é o maior custo das atividades de provedores de acesso; quando essa estrutura é insuficiente para atingir determinado usuário ou provedor de aplicação, essas empresas contratam banda <i>upstream</i> de outros provedores de conexão, por meio de acordos de interconexão.</p> <p>Provedores de trânsito - são empresas cujas atividades principais envolvem a prestação de serviços de telecomunicações a outros provedores de acesso e, em diversos casos, para grandes provedores de aplicações. Essas empresas possuem infraestrutura física e lógica para oferecer a provedores de acesso interconexões entre suas redes, incluindo <i>backbones</i> – linhas de alta capacidade de transmissão de dados, responsáveis pelas conexões de longa distância entre as redes que integram a internet..</p>
Provedores de conteúdos e aplicações	<p>São empresas que entregam conteúdo e aplicações de software próprias ou de terceiros para usuários finais. Suas fontes de receita geralmente transitam entre cobrar diretamente de usuários finais (planos de assinatura de acesso, <i>fees</i> por licença de software, venda de produtos e/ou serviços) ou modelos indiretos de monetização, como publicidade online ou cessão de base dados de usuários. Ramos divide-os em dois grupos:</p> <p>Grandes provedores de aplicação: Consomem uma quantidade enorme de recursos de infraestrutura, como hospedagem de dados e contratação de tráfego <i>upstream</i> para entregar seu conteúdo para usuários finais, o que tem levado muitas dessas empresas a buscar alternativas para reduzir esses custos por meio de integrações verticais com <i>players</i> da camada de infraestrutura da rede, ou mesmo desenvolver sua própria estrutura de rede.</p> <p>Pequenos provedores de aplicações: Em geral, esses são pequenos provedores de serviços de tecnologia e/ou software em nível local ou <i>startups</i> cujas atividades, ainda que possam concorrer diretamente com grandes <i>players</i>, trazem algum tipo de inovação disruptiva que pode convertê-los em um novo gigante da internet.</p>
Usuários	<p>Usuários: São contratantes de serviços de acesso à internet, especialmente tráfego <i>downstream</i>, ofertados por provedores de acesso, e também são contratantes de provedores de aplicações. Todavia, diferente do que acontece na mídia tradicional, não há aqui uma relação necessária de mero receptor de serviços, pois a internet permite que usuários também possam tornar-se provedores de conteúdo, desenvolvendo seus próprios aplicativos, participando em redes sociais, criando sites, publicando em canais de vídeo, vendendo produtos em <i>marketplaces</i> etc.</p>

Fonte: Elaboração do autor a partir da obra de Ramos.

	Conceito
Internet	O sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes.
Terminal	O computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet.
Endereço de protocolo de internet (endereço IP)	O código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais.
Administrador de sistema autônomo	A pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País.
Conexão à internet	A habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP.
Registro de conexão	O conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados.
Aplicações de	O conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal

internet	conectado à internet.
Registros de acesso a aplicações de internet	O conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

Fonte: Elaboração do autor com base no MCI.⁵

2.1 O PRINCÍPIO *END-TO-END*

A expressão "neutralidade de rede", ainda que levante objeções, definitivamente popularizou-se na academia, entrou na discussão política e foi incorporada pela técnica jurídica. Desta forma, para que os operadores do direito possam criar posições e doutrinas sobre o assunto, é fundamental entender mais claramente as origens de tal princípio cibernético, que remonta ao artigo "*The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*"⁶ e à arquitetura de rede *End-to-End*.

A arquitetura de rede *End-to-End* foi primeiramente adotada por razões técnicas de informática e foi utilizada na programação de rede por muitos anos. Todavia, foi somente em 1981⁷ que tal design foi explicitamente articulado como um princípio. Neste sentido, podemos considerar o design "e2e" (como é eventualmente abreviado) como um dos princípios fundacionais da Internet. No entanto, diferente dos princípios jurídicos, que costumam ser produto de deliberações filosóficas acerca de valores morais abstratos, o *End-to-End* tem sua origem em considerações práticas acerca de como otimizar a rede diante de possíveis falhas. O princípio dialoga com a divisão de funções dentro de uma rede e aconselha que a inteligência da mesma deve ser colocada nos seus "fins" (onde os usuários colocam informações e aplicações na rede), enquanto os protocolos de comunicação da transferência de dados entre as máquinas ("meios") devem ser o mais simples e universais quanto possível for.

Ainda que o dito design de rede tenha emergido originalmente por questões práticas, certos autores também apontam para um aspecto social do princípio *End-to-End*, baseados em

⁵BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. *Planalto*. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> Acesso em: 13 de out. de 2017.

⁶LEMLEY, Mark A. e LESSIG, Lawrence, *The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*. *UCLA Law Review*, Vol. 48, 2001. p. 925. Disponível em:

<<https://ssrn.com/abstract=247737>>. Acesso em 16 de out. de 2017.

⁷Ver: SALTZER, J.h.; REED, D.p.; CLARK, D.d.. *End-to-end arguments in system design*. *Acm Transactions On Computer Systems* 2, v. 2, n. 4, 1984. p. 277-288. Disponível em:

<<http://web.mit.edu/Saltzer/www/publications/endtoend/endtoend.pdf>>. Acesso em: 24 de out. de 2017.

suas consequências positivas promovendo a inovação e a competitividade. Destacamos aqui Lemley e Lessig:⁸

Ao invés de confiar na criatividade de um pequeno grupo de inovadores que trabalham para as companhias que controlam a rede, o design e2e possibilita qualquer um com uma conexão à Internet a designar e implementar um jeito melhor de usar a Internet. Ao modelar a rede para ser **neutra** entre usos, a Internet criou um ambiente competitivo onde os inovadores sabem que suas invenções vão ser usadas se úteis. Ao manter o custo de inovação baixo, ela encorajou uma extraordinária quantidade de inovações em vários contextos diferentes. Ao manter a rede simples e a sua interação universal, a Internet facilitou o design de aplicações que poderiam não ter sido originalmente visualizadas.⁹ (Tradução nossa, grifo nosso)

Consoante reforça nosso grifo, a posterior ideia de neutralidade de rede de Wu parece estar ligada às preocupações de Lessig e outros autores à época. Os princípios convergem como reações a uma alegada ameaça ao modelo original da Internet, no qual o poder de decisão, a inteligência da rede, efetiva-se nas pontas da conexão, que vêm a ser milhares de internautas, sendo os provedores de rede apenas responsáveis pelo transporte de dados requisitados. Conforme os próprios autores do artigo seminal já então reconheciam, algumas alterações do princípio pareciam inevitáveis devido a questões de segurança da rede, com a introdução de *firewalls* e outras medidas que adicionavam mais inteligência ao "meio" da rede. Outras alterações, no entanto, traziam o medo de que o ambiente catalisador de inovações, que sempre foi a Internet, poderia estar em risco - que é a mesma preocupação que estimulou Wu a cunhar a expressão neutralidade de rede para representar o princípio que guiaria a Internet a manter seu potencial inovador.¹⁰

⁸LEMLEY, Mark A. e LESSIG, Lawrence, The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era. *UCLA Law Review*, Vol. 48, 2001. p. 925. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=247737>>. Acesso em 16 de out. de 2017.

⁹"Rather than relying upon the creativity of a small group of innovators who work for the companies that control the network, the e2e design enables anyone with an Internet connection to design and implement a better way to use the Internet. By designing the network to be neutral among uses, the Internet has created a competitive environment where innovators know that their inventions will be used if useful. By keeping the cost of innovation low, it has encouraged an extraordinary amount of innovation in many different contexts. By keeping the network simple, and its interaction general, the Internet has facilitated the design of applications that could not have originally been envisioned".

¹⁰Não é objetivo deste trabalho perquirir se o princípio *End-to-End*, dentro de sua "resignificação social", seria um sinônimo de neutralidade de rede. Registramos aqui apenas o forte indício de inspiração.

2.2 A POSIÇÃO PRÓ-NEUTRALIDADE

Inicialmente, valemos-nos do próprio autor da expressão para explicitar certos pressupostos da ideia. Conforme coloca Wu,¹¹ a neutralidade da rede deve ser entendida como a expressão concreta de um sistema de crenças sobre inovações, o qual tem diversos nomes, sendo chamado por ele de modelo evolucionário. Segundo este modelo, há uma competição entre as inovações para que a mais apta sobreviva. Aplicado à internet, esta é vista como uma plataforma de competição entre os desenvolvedores de conteúdo e aplicações. Os defensores de tal modelo não confiam que um potencial titular da rede vá saber de antemão apontar o caminho ótimo de inovação. Isto porque o melhor caminho é difícil de prever e qualquer que seja o encarregado de tal função irá sofrer de vieses cognitivos (como a predisposição a continuar fazendo as coisas do modo atual de negócios), que faz com que seja improvável que ele faça as decisões certas, mesmo que tenha ótimas intenções - pondera ainda Wu.¹²

Neste sentido, a neutralidade de rede garantiria que a disputa de atenção dos consumidores na internet permanecesse isonômica, apenas baseada nos julgamentos dos consumidores internautas. Estes, diante de conexões sem bloqueios ou discriminação de custos ou de velocidade por motivos de conteúdo, origem, destino, aplicação ou equipamentos utilizados, iriam premiar os melhores e mais aptos conteúdos e plataformas com sua conexão. Então, em uma abordagem básica, podemos dizer que a neutralidade de rede está essencialmente ligada à ideia de não discriminação injusta de conteúdos e aplicações por parte dos provedores de conexão.

Wu considera que a neutralidade de rede é um jeito útil de falar sobre discriminação; ao mesmo tempo, no entanto, ele pontua que nem ele, nem ninguém acredita em um sistema que afaste completamente a discriminação.¹³ O autor oferece metáforas que podem ajudar a elucidar a posição dele. Na área trabalhista, as pessoas querem ter o direito de demitir um funcionário ruim, de discriminar com base na habilidade. Em eleições, aceitamos que o governo não deixe que crianças de doze anos votem, que ele discrimine com base na idade.

¹¹WU, Tim, Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, 2003. p. 145. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=388863>>. Acesso em: 12 de out. de 2017.

¹²Ibidem, p.146. Acesso em: 12 de out. de 2017.

¹³WU, Tim e YOO, Christopher "Keeping the Internet Neutral? Tim Wu and Christopher Yoo Debate" *Federal Communications Law Journal* : Vol. 59: Artigo 6, 2007. p. 577. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol59/iss3/6>>. Acesso em: 1 de out. de 2017.

Mas ainda que um banimento absoluto de discriminações seja ridículo, argumenta o autor, isto não nos faz questionar a pertinência de leis contra a discriminação. Isto porque a discriminação seria como a gordura: há boas e ruins. Discriminações de conteúdo para evitar congestionamentos de rede ou para evitar ataques de *hackers* são exemplos de situações para as quais a neutralidade de rede não se aplicaria.

Wu usa uma metáfora com a rede elétrica para ilustrar o problema a que a neutralidade de rede é direcionada: a hipótese de que uma companhia elétrica fizesse um acordo com a Samsung para que os refrigeradores da General Electric abastecidos por tal rede não funcionassem mais tão bem.¹⁴ Na seara da Internet, imaginemos outro exemplo. A neutralidade da rede determina que um usuário que escolhe usar o Google como site de pesquisa deve ter as mesmas condições de acesso de um usuário do mesmo plano de banda larga que acessa o Bing, pois, do contrário, caracterizar-se-ia um direcionamento de conteúdo por parte do provedor de rede, enviando esta.

O possível interesse de um direcionamento como este é visível sobretudo em casos nos quais o grupo empresarial da provedora de conexão possui alguma empresa prestando um serviço semelhante ou concorrente: a quebra da neutralidade seria uma medida para prejudicar a concorrência. Por exemplo, em 2004, usuários da Brasil Telecom relataram não terem conseguido usar o Skype.¹⁵ O suposto bloqueio foi negado pela operadora; a equipe técnica do Skype, no entanto, desacreditou tal narração. Independentemente da versão que adotarmos como verdadeira, não é irrazoável supor que, a menos a curto prazo, poderia haver um interesse da Brasil Telecom em prejudicar uma aplicação que dispensasse o uso do telefone. Assim, a presença de regulação garantindo a neutralidade de rede como regra seria fundamental.

Alguns defensores da neutralidade de rede estendem tal princípio não só à concorrência entre aplicações diretamente concorrentes; a neutralidade de rede também impediria o provedor de banda larga de oferecer velocidades de conexão diferentes para pesados pacotes de vídeos e pequenos pacotes de dados de um e-mail escrito. Esta foi a situação no caso norte-americano Netflix versus Comcast (2014), quando a empresa de *streaming* alegou que seus usuários estavam recebendo conexão de inferior qualidade da

¹⁴WU, Tim and YOO, Christopher "Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate" *Federal Communications Law Journal* : Vol. 59: Artigo 6, 2007. p. 582. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol59/iss3/6>>. Acesso em: 1 de out. de 2017.

¹⁵FOLHA DE SÃO PAULO, *Brasil Telecom bloqueia soft de telefonia via web, dizem usuários*. 13 nov. 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u17342.shtml>>. Acesso em: 12 de nov. de 2017.

provedora de conexão, enquanto esta afirmou se tratar de congestão sistêmica. Ao fim, um polêmico acordo de conexão direta resolveu a lentidão, estabelecendo-se uma *fast lane* ("raia rápida") para a Netflix em troca de contraprestações financeiras.¹⁶ De qualquer forma, o caso endossou o movimento pela neutralidade de rede.

O caso do Skype, se de fato ocorreu, tratou-se de uma discriminação por bloqueio. Já a Comcast teria discriminado a Netflix através da diminuição da velocidade de conexão, o que seria uma discriminação negativa de velocidade. O *zero rating*, gênero de prática comercial que é objeto do nosso trabalho, enquadra-se na discriminação por preço positiva. Ramos sintetiza assim as formas de discriminação possíveis:

Figura 1: Formas de discriminação de dados

<u>Forma de discriminação</u>	<u>Descrição</u>
bloqueio	Restrição completa de acesso a determinadas aplicações.
discriminação por velocidade (negativa)	Redução de velocidade de acesso a determinadas aplicações ou classe de aplicações.
discriminação por velocidade (positiva)	Aumento de velocidade de acesso a determinadas aplicações específicas
discriminação por preço (negativa)	Cobrança de tarifas adicionais para acesso a determinadas aplicações ou classe de aplicações
discriminação por preço (positiva)	Redução de tarifas para acesso a determinadas aplicações

Fonte: Ramos, Pedro H. S. (2015). *Arquitetura da Rede e Regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, p. 30.

Para auxiliar a compreensão do âmago deste debate, e considerando que as diretivas de uma neutralidade de rede podem variar conforme o autor, valemos-nos novamente do trabalho de Ramos.¹⁷ Para o autor, os principais elementos constitutivos da neutralidade de rede, abordados na maior parte dos trabalhos sobre o assunto, são os seguintes:

- O princípio da neutralidade da rede impõe a provedores de acesso a obrigação de não bloquear o acesso de usuários a determinados sites e aplicações, sendo também vedado aos provedores de acesso arbitrariamente reduzir a velocidade ou dificultar o acesso entre aplicações idênticas ou similares;
- A neutralidade da rede impede a cobrança diferenciada para acesso a conteúdos e aplicações específicas, sendo livre a cobrança de tarifas diferenciadas conforme a velocidade de acesso ou volume de banda utilizada; e

¹⁶CNN, *Netflix and Comcast strike deal to allow faster speeds*. 23 fev. 2014. Disponível em: <<http://money.cnn.com/2014/02/23/technology/netflix-comcast-streaming-deal/index.html>>. Acesso em: 12 de nov. de 2017.

¹⁷RAMOS, Pedro H. S.. *Arquitetura da Rede e Regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. 2015. p. 25.

- Os provedores de acesso devem manter práticas transparentes e razoáveis a respeito de seus padrões técnicos de gerenciamento de tráfego.

Sintetizando, os defensores da neutralidade de rede acreditam haver suficientes incentivos econômicos para os provedores de conexão discriminarem injustamente - isto é, sem motivos técnicos razoáveis - contra conteúdos ou aplicações, por motivos de integração vertical, parcerias comerciais ou técnicas anticoncorrenciais. Tais discriminações, sejam prejudicando provedores de conteúdo e aplicação menores, sejam beneficiando *players* maiores, teriam efeitos devastadores na inovação e no bem-estar do consumidor, podendo afetar até a liberdade de expressão na internet em hipóteses extremas. Por isso, haveria a necessidade de uma regulação estabelecendo a neutralidade de rede e vedando certas condutas.

2.3 A CRÍTICA

A neutralidade de rede, embora até positivada esteja em nosso país, está longe de ser uma unanimidade entre especialistas da área do Direito, da Informática e da Economia. Nos Estados Unidos da América, enquanto a defesa da neutralidade de rede é encabeçada por Lawrence Lessig e Tim Wu, temos Christopher Yoo como um dos críticos mais ferozes. Iremos sintetizar aqui os pertinentes levantamentos opostos, sobretudo baseadas na obra do referido crítico.

Yoo considera que o próprio princípio *End-to-End*, muito citado pelos defensores da neutralidade de rede, em verdade não corrobora com a ideia.¹⁸ Conforme exposto anteriormente, o dito design de rede foi antes fundado sob constatações técnicas, posteriormente adquirindo significado de ideal social. Com base na primeira ideia, o crítico entende que uma regulação impondo a neutralidade de rede como regra não seria aconselhada. A razão para a inteligência estar nas pontas seria advinda de uma análise custo-benefício. Adicionar inteligência e funções ao meio da rede, ao invés de mantê-la simples e universal, poderia aumentar suas funcionalidades; contudo, o custo seria uma performance de rede reduzida. Todas as aplicações, então, teriam de arcar com tal custo, ainda que elas não recebessem nenhum benefício decorrente daquela função específica. A solução para esse

¹⁸YOO, Christopher. Beyond Network Neutrality. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 19, n. 1, 2005. p. 23. Disponível em: <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v19/19HarvJLTech001.pdf>>. Acesso em: 2 de out. de 2017.

tradeoff teria sido manter funções específicas para as aplicações nas pontas da rede. Assim, Yoo entende que a correta aplicação do princípio *End-to-End* implica uma complexa análise custo benefício, que seria muito mais condizente com a análise caso a caso das discriminações de tráfego de rede do que com a imposição do padrão de neutralidade de rede.

Yoo¹⁹ defende que a neutralidade de rede, no estado atual da Internet, não é nem viável, nem desejável, sequer pelos defensores do dito princípio. O autor considera que a Internet atual, que é um verdadeiro fenômeno de massa, é muito diferente daquela uma vez usada basicamente para comunicação acadêmica com arquivos de texto. Uma mudança fundamental apontada pelo crítico é o contínuo crescimento dos serviços de *streaming* de vídeo e VoIP (*Voice over IP*²⁰), que são extremamente sensíveis a qualquer atraso no recebimento de dados. Neste sentido, o desvio da neutralidade de rede poderia dar margem a serviços mais adaptados ao consumidor, como, por exemplo, o surgimento de provedores *last mile*²¹ especializados em conexão para conteúdos e aplicações sensíveis a pequenos atrasos (vídeos e VoIP), ou especializados em operações comerciais que envolvam maior segurança de rede.

Ademais, a rede de hoje já não seria neutra, conforme alguns críticos, que exemplificam que mesmo o TCP/IP há vários anos tem padrões de direcionamento e favorecimento de pacotes de dados. Desta forma, o termo neutralidade de rede seria algo mais esteticamente atraente (ao remeter à liberdade de escolhas) do que efetivamente desejável, se levado ao extremo. Além disso, Yoo²² e Faulhaber²³ desdenham da comprovação empírica de consequências negativas da violação da neutralidade de rede, considerando-as mais especulações do que problemas realmente enfrentados na atualidade.

Portanto, Yoo opina que, ao invés de estabelecer o ônus da prova às partes que quiserem desviar da arquitetura de rede desenhada pelos defensores da neutralidade, o legislador não deveria se comprometer com quaisquer dos lados do debate, permitindo que ambas as abordagens sigam adiante até que os efeitos econômicos fiquem mais claros. O

¹⁹YOO, Christopher. Beyond Network Neutrality. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 19, n. 1, 2005. p. 23. Disponível em: <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v19/19HarvJLTech001.pdf>>. Acesso em: 2 de out. de 2017.

²⁰Tecnologia que permite o envio de mensagens de voz por meio de redes baseadas no protocolo TCP/IP. Exemplos populares são o Skype e o Whatsapp.

²¹"Última milha" refere-se ao último ponto de ligação de uma estrutura de telecomunicação, aquele que faz a ligação ao usuário final.

²²Ver item 19.

²³FAULHABER, Gerald. Economics of Net Neutrality: A Review. *Communications & Convergence Review*, v. 3, n. 1, 2011. p. 5-6. Disponível em: <http://assets.wharton.upenn.edu/~faulhabe/Econ_Net_Neut_Review.pdf>. Acesso em: 24 de dez. de 2017.

crítico considera que presunções a favor de uma arquitetura de rede impedem de antemão qualquer benefício de outras abordagens e que determinar se uma particular prática vai ajudar ou lesar a competição entre provedores de conteúdo é frequentemente difícil, se não impossível.

Além disso, a teoria econômica é usada por críticos para pontuar que os proponentes da neutralidade de rede estão mirando no objeto errado. Yoo argumenta que um dos fundamentos básicos da teoria econômica da integração vertical é que qualquer cadeia de produção será tão eficiente quanto seu menos competitivo elo.²⁴ Como resultado, políticas concorrenciais deveriam focar em identificar os elos de produção que são mais concentrados e mais protegidos por barreiras de entrada e então arquitetar regulações para aumentar sua competitividade. Na indústria de banda larga, o *level* de produção que é mais concentrado e protegido por barreiras seria a *last mile*. Assim, políticas sobre a regulação da Internet deveriam ser guiadas pelo impacto na concorrência no referido nível de produção, e a neutralidade de rede, ao contrário disto, direciona sua atenção para preservar e promover competição entre os provedores de conteúdo e aplicações, o qual já é o *level* de produção mais competitivo e que teria a maior probabilidade de se manter desta forma.

Yoo argumenta ainda que a regulação com alvo no elo dos conteúdos e aplicações, além de ser um erro de foco, pode desestimular a entrada de novos *players* no mercado de provedores de conexão, bem como reduzir os investimentos em infraestrutura de rede.²⁵ Isto porque acarreta em uma restrição nas possibilidades de negócio, o que diminuiria o valor de mercado e a viabilidade econômica para diversas empresas atuarem.

Economistas também apontam para o fato de serem os custos com a rede física da internet praticamente bancados pelos usuários finais, posto que os provedores de conteúdo e aplicações não arcam com nenhum custo pelo aumento da conexão por eles estimulados. Por este motivo, uma visão de neutralidade de rede muito estrita poderia impedir que os custos fossem repassados também para os provedores de conteúdo, o que levaria os usuários a pagarem mais. Sob essa ótica, a neutralidade de rede, em termos de custos econômicos, poderia não estar sempre alinhada ao interesse do usuário. Posto de outra forma, haveria um *tradeoff*: de um lado, menor preço de conexão aos usuários; do outro, diminuição na diversidade de conteúdos.

²⁴YOO, Christopher. Beyond Network Neutrality. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 19, n. 1, 2005. p. 15. Disponível em: <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v19/19HarvJLTech001.pdf>>. Acesso em: 2 de out. de 2017.

²⁵Ibidem, p. 16.

Conforme exposto, as críticas aparecem por diferentes abordagens: seja apontando, sob a ótica da informática, para uma inconsistência da neutralidade de rede enquanto continuação dos princípios fundacionais da Internet; seja levantando, sob a ótica da economia, possíveis consequências nefastas, como a redução do investimento em infraestrutura física de rede e a manutenção de altos custos para os usuários finais. Vale frisar que as referidas críticas deram margem a posições intermediárias, concepções de neutralidade de rede mais flexíveis. Foge do escopo deste trabalho esgotá-las. Assim, já introduzida a discussão sobre neutralidade de rede, paira o questionamento: qual visão adotou o nosso legislador? Esta questão, que ainda está incipiente, será objeto de análise do próximo capítulo.

3. A NEUTRALIDADE DE REDE NO BRASIL

Conforme afirmamos anteriormente, a discussão sobre ZR está hoje muito associada ao debate sobre neutralidade de rede. Já introduzido tal debate numa perspectiva mais ampla, pretendemos neste capítulo analisar qual foi a neutralidade de rede positivada no Brasil. Afinal, como já registrado anteriormente, o debate é amplo e abrange posições intermediárias àquelas de defesa da neutralidade estrita e de rejeição total do princípio. Por conseguinte, diante da escolha do país de adotar a neutralidade de rede como princípio, faz-se necessário perquirir qual neutralidade foi escolhida, se foi uma versão mais rígida ou uma mais flexível.

No Brasil, o princípio foi positivado pelo MCI, importante diploma que regula várias facetas da internet. Começamos este capítulo com um curto histórico do surgimento do MCI como um todo. Analisaremos brevemente então os princípios do diploma, tecendo ligações com o princípio em pauta neste capítulo. Em um próximo momento, o art. 9º e sua regulamentação serão analisados, completando a análise da estrutura regulatória da neutralidade de rede no Brasil. Por fim, analisaremos a possibilidade de enquadramento da questão enquanto objeto também do direito concorrencial.

3.1 O ÂMBITO REGULATÓRIO: A NEUTRALIDADE DE REDE NO MARCO CIVIL E NO DECRETO Nº 8.771/2016

3.1.1 O Marco Civil da Internet: um breve histórico

No Brasil, após um longo processo deliberativo, em 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet foi sancionado pela então presidente Dilma Rousseff, entrando em vigência dois meses após a sua publicação, marcando a primeira clara regulação sobre internet no país e estabelecendo o princípio da neutralidade de rede como prática padrão. Em 11 de maio de 2016, foi publicado em edição extra do Diário Oficial da União o Decreto nº 8.771, editado também pela então presidente Dilma Rousseff em um de seus últimos atos legislativos antes da suspensão de suas funções. O decreto regulamentou o Marco Civil, sendo um dos seus objetos a especificação das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados e de degradação de tráfego na internet, ou seja, a melhor delimitação das exceções à neutralidade de rede. Tais exceções serão posteriormente tratadas no subitem 3.1.3; neste subitem, faz-se breve histórico das discussões sobre o MCI em âmbito nacional.

As primeiras discussões legislativas sobre internet apareceram na década de 1990, com a criação do Comitê Gestor da Internet (CGI.br) em 31 de maio de 1995 através da Portaria Ministerial nº 147 (posteriormente sua existência foi reforçada pelo Decreto nº 4.829 de 2003²⁶). Logo após a dita criação, foram surgindo propostas legislativas para regular a internet, entre elas tendo destaque, segundo Papp, questões como comércio eletrônico, assinatura virtual e crimes digitais, como fraude e pornografia.²⁷

Já em 1999 surgiu na Câmara dos Deputados o PL 84/1999, que, conforme Papp, agrupava as proposições legislativas de crimes digitais defendidas até então.²⁸ Este projeto de lei viria a ser a famosa "Lei Azeredo", por conta das modificações que o então Senador Eduardo Azeredo (PSDB-MG) havia introduzido no texto original em seus trabalhos na Comissão de Educação do Senado Federal, no ano de 2006.

A "Lei Azeredo" - que chegou a ser aprovada no Senado e voltou à Câmara por conta das modificações havidas - causou imensa polêmica e provocou críticas de diversos setores da sociedade. Muitos apontaram que a lei, além do teor questionável e da técnica precária, iria contra a experiência internacional, que recomendava um marco regulatório cível antes de um criminal.²⁹ A lei criaria vários tipos penais digitais e era dotada de diversas imprecisões geradoras de insegurança, sendo o projeto até acusado de "AI-5 Digital" por alguns ativistas.

A indignação nos parece compreensível. A título de exemplo de imperícia legislativa, em seu artigo 163, o referido diploma tipificava como crime (pena de 1 a 6 meses ou multa) "destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia ou dado eletrônico alheio". Já o artigo 298 criminalizava "falsificar ou alterar, no todo ou em parte, dado informático ou documento particular verdadeiro". Ora, é extremamente vaga a definição de "dado", podendo tais artigos abranger condutas triviais, como a de um sujeito que delete ou modifique um arquivo qualquer do *pendrive* de outrem.

Por sua vez, o artigo 22 do projeto, em seu inciso III, determinava a obrigação dos provedores "de informar, de maneira sigilosa, à autoridade policial ou judicial, informação em seu poder ou que tenha conhecimento e que contenha indícios da prática de crime sujeito a

²⁶BRASIL. Decreto n. 4.829, de 3 de setembro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4829.htm>. Acesso em: 20 de set. de 2017.

²⁷PAPP, A. C. *Em nome da internet: os bastidores da construção coletiva do Marco Civil*. São Paulo, 2014. p. 21. Disponível em: < https://issuu.com/annacarolinapapp/docs/em_nome_da_internet>. Acesso em: 20 de set. de 2017.

²⁸PAPP, loc. cit.

²⁹Destacamos a voz de Ronaldo Lemos, fundador do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV-Rio. Ver: LEMOS, Ronaldo. *Internet brasileira precisa de marco regulatório civil*. UOL Notícias. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. Acesso em: 20 de set. de 2017.

acionamento penal, cuja prática haja ocorrido no âmbito da rede de computadores sob sua responsabilidade". O mesmo artigo dispunha que os provedores eram obrigados a guardar por três anos os dados de endereçamento eletrônico da origem, destino, hora, data e a referência GMT da conexão efetuada por meio de rede de computadores.

Sem o objetivo de nos aprofundar na análise do referido projeto de lei, cabe notar sua importância histórica, na medida em que a indignação com a defeituosa e impertinente proposta legislativa mobilizou setores da sociedade civil e evidenciou a necessidade de um marco civil para a internet, que, de tal forma, acabou nascendo como uma reação à "Lei Azeredo".³⁰

No ano de 2009, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça reuniu esforços com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas para a elaboração de uma plataforma que efetuasse de maneira colaborativa uma consulta pública a respeito do MCI. Para tal, foi usado o Cultura Digital – site que fora há pouco criado, mantido pelo Ministério da Cultura em conjunto com a Rede Nacional de Pesquisa (RPN). Assim, em 29 de outubro daquele ano, o site faz a convocação oficial à sociedade para que se inaugurassem os debates.³¹

Após 160 dias e mais de 800 contribuições de internautas, no dia 8 de abril de 2010, um anteprojeto de lei foi disponibilizado no mesmo portal para que se iniciasse a segunda fase de discussões. A segunda fase viria a ter mais comentários, que foram divididos conforme artigo ao qual se referiam, sendo ela encerrada no dia 30 de maio de 2010, com 1.168 contribuições. O tema da responsabilidade civil por conteúdos publicados, nesta fase, foi o que chamou maior atenção das participações, conforme relata Papp.³²

Então, após análise dos comentários e com a contribuição de profissionais como Guilherme de Almeida, Paulo Rená, Ronaldo Lemos, Carlos Affonso, Pedro Mizukami, Joana Varón, Pedro Augusto, entre outros, foi enfim elaborado um projeto a ser enviado à Casa Civil.³³ Tal texto, no entanto, foi encaminhado ao Congresso para análise (PL 2.126/2011) somente em 24 de agosto de 2011, sendo o Deputado Alessandro Molon (PT-RJ), posteriormente, designado relator. Finalmente, após meses de tramitação, em 23 de abril de

³⁰Em novembro de 2012, a Lei Azeredo, aprovada, foi sancionada pela presidente Dilma Rousseff (Lei nº 12.735/2012). No entanto, já bastante modificada - restaram apenas 4 dos 23 artigos originais. Ver: BRASIL, Lei Nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112735.htm>. Acesso em: 03 de out. de 2017.

³¹Ver: <<http://migre.me/mN58e>>. Acesso em: 02 de out. de 2017.

³²PAPP, A. C. *Em nome da internet: os bastidores da construção coletiva do Marco Civil*. São Paulo, 2014. p. 58. Disponível em: <https://issuu.com/annacarolinapapp/docs/em_nome_da_internet>. Acesso em: 20 de set. de 2017.

³³*Ibidem*, p. 62.

2014, o MCI foi sancionado pela então presidente Dilma Rousseff, entrando em vigência dois meses após a sua publicação.

Como podemos ver, o MCI é um diploma recente, e mais ainda é o DMCI. A neutralidade de rede brasileira, portanto, ainda é uma figura em construção, existindo pouca doutrina atualizada sobre o assunto e menos ainda consensos sólidos. Com a escassez de fontes, demos significativo enfoque às manifestações existentes da agência competente e quais pistas elas nos dão sobre futuras interpretações. Trata-se da ANATEL, que, forte no artigo 19, XVIII³⁴ da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº. 9.472), bem como no artigo 17 do DMCI,³⁵ é o órgão competente para tratar da questão em seu âmbito regulatório.

O MCI e o DMCI intencionalmente deixaram ainda diversas questões bem abertas a interpretações, e será a agência a encarregada pelo estabelecimento de melhores parâmetros para as análises de neutralidade. Justamente por estarem pendentes, coube-nos apenas demonstrar possíveis posições e vias interpretativas sobre muitas questões.

3.1.2 Princípios, fundamentos e objetivos

O MCI elenca a preservação da neutralidade de rede como princípio logo em seu artigo 3º, IV. No entanto, já no inciso seguinte, o legislador a baliza ao equiparar tal princípio à preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede por meio das medidas técnicas compatíveis. Vejamos:

- Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
 - II - proteção da privacidade;
 - III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
 - IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;**
 - V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;**
 - VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
 - VII - preservação da natureza participativa da rede;

³⁴Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...) XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;

XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários;

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;

³⁵Art. 17. A Anatel atuará na regulação, na fiscalização e na apuração de infrações, nos termos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (Grifos nossos)

Desta maneira, nosso legislador demonstrou sua preocupação de que uma visão de neutralidade muito engessada pudesse impedir o país de adotar técnicas benéficas de segurança e estabilidade de rede, o que, conforme já registramos, é praticamente um consenso no debate. No entanto, chamamos atenção para a preservação da funcionalidade de rede, que, conforme entendimento da ANATEL, inclui não só a funcionalidade da rede como um todo, mas também de suas aplicações e serviços individualmente considerados:

(...) é fato, contudo, que a lei reconheceu, como não poderia deixar de fazê-lo, que variados serviços e aplicações exigem tratamentos distintos para que possam funcionar adequadamente. Ambos os princípios de uso da internet estão claramente dispostos no art. 3º da referida lei: (...)³⁶

Entendemos que tal distinção é importante. Afinal, já que a preservação de ambos são princípios, a funcionalidade de rede será considerada conjuntamente com a neutralidade de rede - eventualmente ocorrendo conflitos. Se a primeira abrange também a funcionalidade de aplicações e serviços individualmente considerados, inferimos que o desempenho satisfatório da função para a qual uma aplicação ou serviço foi desenvolvido é um elemento que pode vir a balizar a neutralidade de rede - e vice-versa, a ser ponderado pela ANATEL.

Continuando nossa análise, em seu artigo 2º, a referida lei ainda se fundamenta no respeito à liberdade de expressão, bem como no respeito a outros valores e objetivos, dos quais destacamos para nossa análise o exercício da cidadania em meios digitais, a abertura, a livre iniciativa, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a finalidade social da rede.

É digno notar, ainda, o potencial conflitante do princípio da neutralidade de rede com o fundamento da lei no respeito à livre iniciativa (art. 2º, V) e o princípio da liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet (art. 3º, VIII) - ainda que a lei estabeleça claramente, para a prevalência do segundo, o requisito de não conflitar com outros princípios, incluso o da neutralidade. Uma interpretação mais originalista sugeriria que o segundo princípio foi inserido na lei principalmente para deixar claro que o MCI não veda a possibilidade de as provedoras de rede oferecerem planos com diferentes velocidades ao

³⁶BRASIL. ANATEL. *Manifestação sobre a regulamentação da neutralidade de rede prevista no MCI*. Maio, 2016. Disponível em: <goo.gl/DFvtPP>. Acesso em: 08 de dez. de 2017.

consumidor.³⁷ De qualquer forma, o fato é que os dinâmicos mercados da internet, em seus múltiplos modelos negociais, diversas vezes suscitam análises quanto à obediência à neutralidade de rede - como é o caso da execução de *zero-rating*. Neste sentido, os referidos dispositivos oferecem uma via argumentativa de defesa.

Adiante, estabelece o MCI, em seu artigo 4º, o objetivo do diploma, qual seja, a promoção (I) do direito de acesso à internet a todos, (II) do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos, (III) da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e (IV) da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados. Tais objetivos comunicam-se com vários tópicos abordados até aqui, inclusive gerando *tradeoffs*.

A promoção do direito de acesso à internet a todos está diretamente relacionada a um baixo custo da contratação da internet. Todavia, como vimos no item 2.2, uma das principais críticas à neutralidade de rede é o fato de haver uma escolha econômica entre promoção da diversidade de conteúdos e baixas tarifas de uso da internet. Seguindo tal linha de raciocínio, este é mais um inciso que deverá ser ponderado em conjunto com o princípio da neutralidade de rede.

A inclusão da promoção do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos sugere consideração especial a iniciativas de negócio que facilitem a conexão da população com sites de informação pública governamental, bem como a iniciativas que facilitem o exercício do direito à informação e fomentem a educação de maneira geral.

A promoção da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso guarda relação com a neutralidade de rede, por ser a promoção da inovação, sobretudo a nível de conteúdos e serviços, o grande foco da neutralidade de rede. Contudo, tal objetivo estende-se além do nível de conteúdos e pode gerar discussões. É possível entender que a promoção da inovação, ao abranger também o mercado a nível de provisão de conexão, e considerando a menção à difusão de novos modelos de uso e acesso, seria uma brecha para novas modalidades de negócio, tais como serviços de internet especializados em certos tipos de pacotes de dados. Por exemplo, uma conexão especial para certos conteúdos audiovisuais.

³⁷FALCÃO, Márcio e BORBA, Júlia. Nova versão do Marco Civil da Internet libera venda de pacotes sem discriminar conteúdo, *Jornal Folha de São Paulo*, 11 de dezembro de 2013, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/12/1384035-nova-versao-do-marco-civil-da-internet-libera-venda-de-pacotes-sem-discriminar-conteudo.shtml>>. Acesso em: 23 de out. de 2017.

Por outro lado, o próprio DMCI, em seu artigo 10º, preceitua que as ofertas comerciais devam preservar uma internet única.³⁸

Finalmente, a promoção da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados reforça a visão do Legislador sobre a internet, que deve prezar pelo caráter universal e pela receptividade e compatibilidade técnica a novas aplicações.

Vimos neste item que o MCI estabeleceu uma série de princípios, fundamentos e objetivos que devem orientar a aplicação do diploma. Percebemos também que, enquanto dispositivos abertos, sua interpretação pode não ser uníssona, havendo a possibilidade de conflitos entre eles. Sobre tais conflitos, Ramos sugere como solução uma hermenêutica teleológica:

A resposta a esses conflitos não pode ser uma mera exclusão de um princípio em favor de outro; seria errado presumir a contradição per se entre as regras do Marco Civil sem antes buscar uma investigação hermenêutica mais profunda que parta da premissa de que o Marco Civil é, na verdade, um sistema jurídico dotado de coerência interna (entre suas próprias disposições) e externa (considerando seu locus no ordenamento brasileiro). O objetivo de uma hermenêutica teleológica da neutralidade da rede no Marco Civil é, portanto, a superação de contradições por meio da integração da moldura teleológica em si, e não pela mera eliminação de prescrições normativas específicas em favor de regras gerais abstratas.³⁹

Uma vez estudadas as diretrizes gerais de aplicação do MCI, guiemo-nos para a análise do artigo da lei que trata da neutralidade de rede.

3.1.3 O artigo 9º e sua regulamentação

No Capítulo III do MCI, que trata da provisão de conexão e de aplicações de internet, temos a primeira Seção dedicada à neutralidade de rede, composta por um único artigo, o qual dispõe o seguinte:

Art. 9º 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.

§ 1º **A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada** nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê

³⁸Art. 10. As ofertas comerciais e os modelos de cobrança de acesso à internet devem preservar uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, compreendida como um meio para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.

³⁹RAMOS, Pedro H. S. *Arquitetura da Rede e Regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2015. p. 133.

Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e

II - priorização de serviços de emergência.

§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no caput deve:

I - abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e

IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

§ 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo. (Grifos nossos)

O caput estabelece como regra o tratamento isonômico entre os pacotes de dados, independentemente tanto de critérios objetivos (serviço, aplicação ou conteúdo), quanto de critérios subjetivos (terminal, origem e destino). Novamente colacionamos pertinente entendimento da ANATEL:

Entende-se que a discriminação (ou degradação) de tráfego vedada é aquela eventual ou sistematicamente aplicada entre serviços e aplicações com os mesmos requisitos funcionais, **não sendo uma infração ao princípio da neutralidade de rede o tratamento diferenciado (ou seja, a discriminação) de serviços e aplicações que apresentem distintos requisitos funcionais**. Considera-se isonômica a manipulação dos pacotes de dados de cada serviço ou aplicação de acordo com as “leis” que governam sua adequada prestação aos usuários da internet. Trata-se de assegurar a qualidade dos serviços prestados e de se atingir uma boa experiência para os consumidores.⁴⁰ (Grifo nosso)

Neste sentido, entende-se que há categorias diferentes de serviços e aplicações, cada qual com seus requisitos funcionais, sendo vedadas a discriminação ou a degradação de tráfego apenas quando praticadas internamente em um grupo de aplicações funcionalmente homogêneas. Em verdade, o entendimento bem cristaliza o conceito de isonomia. Conforme coloca Ramos,⁴¹ "pacotes com requisitos técnicos diferentes ou com fins sociais específicos poderão ser discriminados, sempre que o objetivo for promover uma 'igualdade material' entre eles".

⁴⁰BRASIL. ANATEL. *Manifestação sobre a regulamentação da neutralidade de rede prevista no MCI*. Maio, 2016. Disponível em: <goo.gl/DFvtPP>. Acesso em: 08 de dez. de 2017.

⁴¹ RAMOS, Pedro H. S.. *Arquitetura da Rede e Regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2015. p. 100.

Adiante, o §1 do referido artigo estabelece a exceção decorrente da priorização de serviços de emergências, que, como o DMCI especificou, abrange as situações de (i) comunicações destinadas aos prestadores dos serviços de emergência, ou comunicação entre eles e de (ii) comunicações necessárias para informar a população em situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública.

O dispositivo também estabelece outro desvio à regra, este mais sujeito a posteriores debates sobre sua extensão: a quebra do tratamento isonômico por conta de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações. Tal desvio também foi aprofundado pelo DMCI, que assim dispõe:

Art. 5º Os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações devem ser observados pelo responsável de atividades de transmissão, de comutação ou de roteamento, no âmbito de sua respectiva rede, e têm como objetivo manter sua estabilidade, segurança, integridade e funcionalidade.

§ 1º Os requisitos técnicos indispensáveis apontados no **caput** são aqueles decorrentes de:

I - tratamento de questões de segurança de redes, tais como restrição ao envio de mensagens em massa (**spam**) e controle de ataques de negação de serviço; e

II - tratamento de situações excepcionais de congestionamento de redes, tais como rotas alternativas em casos de interrupções da rota principal e em situações de emergência.

O caput do artigo determina os sujeitos jurídicos que devem observar os ditos requisitos técnicos. Fora isso, tal dispositivo coloca a estabilidade, a segurança, a integridade e a funcionalidade da rede como finalidades dos tais quesitos, em harmonia ao princípio da preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, já visto no artigo 3º do MCI. Ademais, fica expressa a vontade do Legislador de melhor delinear o que seriam os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações, estabelecendo ele as hipóteses de (i) tratamento de questões de segurança de redes e (ii) tratamento de situações excepcionais de congestionamentos de redes. Dentro de cada inciso são dados exemplos, os quais não devem ser considerados taxativos.

Para vislumbrarmos melhor a linha interpretativa do dispositivo supracolacionado que a ANATEL provavelmente deve seguir, devemos considerar que há algum tempo a agência vem manifestando posição por uma regulação não exaustiva, que possibilite a adequação a novos padrões tecnológicos. A respeito disto, pertinente é este excerto da manifestação da ANATEL sobre a regulamentação da neutralidade de rede à época da elaboração do DMCI (partes selecionadas):

TEMA 1: PRESTAÇÃO ADEQUADA DE SERVIÇOS E APLICAÇÕES

(...)

Ao ver da Anatel, a regulamentação do referido inciso [I do art. 9º, MCI] não deve buscar ser exaustiva e detalhada demais, sob pena de se tornar obsoleta rapidamente frente à dinâmica evolução das tecnologias de telecomunicações. Assim, os requisitos técnicos suficientes para garantir a qualidade e a prestação adequada dos serviços e aplicações devem ser previstos como critérios e princípios gerais, sem, contudo, serem abstratos por demais de maneira a possibilitar exceções além das previstas no Marco Civil da Internet.⁴²

Digno de registro é que, independentemente do motivo da discriminação de tráfego ou gerenciamento de rede, sempre deverá o provedor de conexão tornar transparentes suas motivações, conforme dispõe o DMCI, em alinhamento ao art. 9º, § 2º III do MCI:

Art. 7º O responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento deverá adotar medidas de transparência para explicitar ao usuário os motivos do gerenciamento que implique a discriminação ou a degradação de que trata o art. 4º, tais como:

I - a indicação nos contratos de prestação de serviço firmado com usuários finais ou provedores de aplicação; e

II - a divulgação de informações referentes às práticas de gerenciamento adotadas em seus sítios eletrônicos, por meio de linguagem de fácil compreensão.

Parágrafo único. As informações de que trata esse artigo deverão conter, no mínimo:

I - a descrição dessas práticas;

II - os efeitos de sua adoção para a qualidade de experiência dos usuários; e

III - os motivos e a necessidade da adoção dessas práticas.*

3.1.4 Considerações

O MCI e o DMCI estabeleceram diretrizes básicas a respeito do tratamento de pacote de dados por parte dos provedores de conexão e confirmaram que o Brasil adotou o princípio da neutralidade de rede e sua preocupação com a internet enquanto ambiente aberto, inovação e guiado pela autonomia dos usuários. Contudo, algumas questões e práticas não foram expressamente solucionadas pelos diplomas.⁴³ Pode-se perceber, contudo, a diretriz geral adotada pelo legislador e principalmente a linha interpretativa que a ANATEL tende a seguir nestes primeiros períodos. Assim manifestou-se a agência, já em momento ulterior ao DMCI, ao opinar sobre a prática de *zero-rating*:

⁴²BRASIL. ANATEL. *Manifestação sobre a regulamentação da neutralidade de rede prevista no MCI*. Maio, 2016. Disponível em: <goo.gl/DFvtPP>. Acesso em: 08 de dez. de 2017.

⁴³Assim percebeu também Roberta Westin, em momento anterior ao DMCI, no entanto: "Nota-se que, apesar da lei em questão [MCI] ter contemplado pilares básicos relacionados ao uso e funcionamento da Internet, muitas respostas às particularidades e práticas envolvendo o gerenciamento de rede ainda não foram efetivamente dadas". WESTIN, Roberta. *Neutralidade de Rede: Quem Ganha e quem perde?* In ARTESE, Gustavo. *Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015. p. 136-157.

(...) fundamentada nos distintos atos que se sucederam no tratamento da questão neutralidade, observadas as competências institucionais dos órgãos envolvidos, é possível atestar antecipadamente que: **i) qualquer visão estrita e fundamentalista do princípio neutralidade de redes resta completamente afastada no arranjo brasileiro** e ii) dispõe o país do aparato regulatório-institucional necessário, adequado e suficiente para enfrentamento de eventuais questões associadas à matéria, por complexas que sejam.⁴⁴ (Grifo nosso)

Tal visão, conforme o seguinte relato, parece congruente com a posição final adotada pelo MCI. O projeto de lei do relator adotara uma perspectiva mais radical sobre a neutralidade de rede, o que foi alterado durante o trâmite do projeto. Neste sentido, cabe a análise da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados apresentada no Texto de Referência acerca do Marco Civil da Internet para o "fique por dentro":⁴⁵

1) Neutralidade de redes

Nesse quesito, **os Substitutivos apresentados pelo relator ao longo da tramitação da matéria foram alterando o conceito de neutralidade**. As versões anteriores só permitiam a interferência no tráfego para resolver problemas técnicos e priorizar tráfego de serviços de emergência. Essa neutralidade quase absoluta, que poderia dar maior transparência para o usuário, poderia transformar-se em aumento de custos, pois, para se manter a mesma velocidade para todos os serviços (por exemplo, email e vídeos), seria necessária maior infraestrutura. Para as operadoras de telecomunicações, esse conceito de neutralidade dificultaria a otimização da rede e a geração de novos negócios (por exemplo, priorização de determinados parceiros).

(...)

A atual redação suaviza o conceito de neutralidade, pois indica que a “degradação do tráfego” poderá ser feita para dar suporte a serviços de emergência e para atender “requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços”. A versão em análise evoluiu também ao prever que o gerenciamento da neutralidade deverá ser realizado com “proporcionalidade, transparência e isonomia”, deverá “informar previamente ... as práticas de gerenciamento” e “abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais”.

(Grifos nossos)

Podemos também analisar a escolha do legislador usando-se da divisão temática adotada pela ANATEL à época da manifestação sobre a regulamentação da neutralidade de rede. A agência dividiu o debate em cinco tópicos: (1) Prestação adequada de serviços e aplicações, (2) Relações entre os agentes envolvidos e (3) Modelos de negócios, (4) Comunicações de emergência e (5) Bloqueio de conteúdo a pedido do usuário.

⁴⁴ BRASIL. ANATEL. *Manifestação no Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71*.

⁴⁵ NAZARENO, Cláudio. *Nota técnica: Texto referência acerca do Marco Civil da Internet para o “fique por dentro”*. Brasília: Consultoria Legislativa, 2014. p. 6. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/acamara/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/marco-civil/texto-base-da-consultoria-legislativa-pdf> >. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

O primeiro tópico trata das exceções à neutralidade de rede baseadas em requisitos técnicos indispensáveis para a adequada prestação de serviços e aplicações. Para esta temática, nosso Legislador optou por não se ater a detalhes, estabelecendo diretrizes e critérios gerais, a partir dos quais a ANATEL, frente a casos concretos, analisará a legalidade das condutas.

O segundo e o terceiro tópico versam sobre a relação entre os agentes do mercado da internet e os potenciais modelos de negócios que ela origina. Nesta seara, nosso legislador não elencou *a priori* nenhum modelo de negócio proibido. Assim, os diferentes tipos de acordos e práticas, tais como *zero rating* e *fast lanes*, devem ser compatíveis com o objetivo de uma internet única, aberta e acessível, sendo o veredito de legalidade apenas dado após análise *ex post* do negócio, em que custos e benefícios sociais serão sopesados. É neste sentido que a ANATEL, bem como os órgãos de defesa concorrencial e consumerista, devem monitorar os acordos comerciais de forma extensiva, mas intervir de modo cirúrgico, sempre após detalhada análise concreta de potenciais prejuízos e benefícios. Estes tópicos dialogam diretamente com o objeto de nosso trabalho e serão ainda retomados.

O quarto tópico diz respeito às exceções do inciso II do art. 9º do MCI, das quais o art. 8º do DMCI trata. Aqui, opta o legislador por elencar duas situações específicas (comunicação para aviso de desastre e para/entre serviços de emergência), mas ao mesmo tempo faz ele remissão à já existente normatização sobre o assunto vinda da ANATEL, confiando na experiência legislativa da agência.

Por fim, o quinto tópico diz respeito à possibilidade de o provedor de conexão bloquear o acesso a determinados conteúdos (pornografia, por exemplo) a pedido dos usuários. Esta exceção à neutralidade de rede não foi acolhida pelo legislador, que deixou que tal limitação de conteúdo ocorra apenas utilizando-se de ferramentas digitais nos próprios terminais de uso.

Abordamos neste item o novíço marco regulatório sob o qual está regido o princípio da neutralidade de rede e o objeto de nosso estudo. Trata-se de uma regulação que cuidou em ser maleável, trazendo dispositivos que serão calibrados no momento em que se configurar necessária a manifestação da ANATEL.⁴⁶ São, enfim, diplomas conscientes de que lidar com

⁴⁶No mesmo sentido, conclui Ramos: "(...); o Marco Civil não é uma lei perfeita; está longe disso, e há uma textura aberta para que aplicadores do Direito atuem. A regulação da neutralidade da rede no Brasil trouxe consigo custos e benefícios aos atores do mercado, e é papel dos reguladores não ficar em presos a análises unicamente gramaticais, devendo manter um olhar vigilante nas consequências de aplicação dessa regra para a sociedade e para o desenvolvimento do País; (...)". In: RAMOS, Pedro H. S.. *Arquitetura da Rede e Regulação*: a

um mercado inovador como o da internet exige todo o cuidado possível, sob pena da obsolescência. No próximo item trataremos da dimensão concorrencial da neutralidade de rede, que dialoga, mas não se confunde com a faceta regulatória.

3.2. O ÂMBITO CONCORRENCIAL

Diferentemente da regulação sobre a neutralidade da internet, cujo debate ainda é relativamente recente, o Direito Concorrencial moderno conta com mais de um século de história.⁴⁷ Credita-se o pioneirismo das legislações anticoncorrenciais ao Canadá, que editou, em 1889, o *Act for the Prevention and Supression of Combinations formed in Restraint of Trade*, seguido pelos Estados Unidos da América com seu *Sherman Act* (1890). Desde então, cada vez mais países vêm adotando legislações para reprimir abusos econômicos.

No Brasil, há sólida doutrina a respeito do assunto, bem como sedimentada experiência. O primeiro esboço de proteção econômica antitruste veio no governo de Getúlio Vargas. Neste sentido, em conformidade com as Constituições de 1934 e 1937, que já promoviam a defesa da economia popular, sobreveio o Decreto-lei 431/1938, que, na alínea 23 do seu art. 3º, criminalizava quem promovesse, por meio de artifícios, alta ou baixa dos preços de gêneros de primeira necessidade com o objetivo de tirar lucro ou proveito. No entanto, maior continuidade com o Sistema de Defesa Econômica atual se vê a partir do Decreto-lei 7.666/1945, diploma da seara administrativa, e não penal, que criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica - antecessora do atual Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

O momento atual brasileiro é o de celebração do sexto aniversário da atual Lei de Defesa da Concorrência, de nº 12.529/2011 que veio a substituir a Lei nº. 8.884/1994. Em seu art. 1º, o novo diploma dispôs como seus ditames a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientado pelos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Em relação ao diploma anterior, o atual consolidou mudanças institucionais, unificando funções outrora de secretarias no CADE, com o fim de evitar sobreposição de competências. Ademais, entre outras alterações, houve uma

neutralidade da rede no Brasil. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2015. p. 196.

⁴⁷OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2.ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2013. p. 18.

modernização do sistema de análise de atos de concentração, além de alterações no procedimento para análises de condutas e no controle em si, com avanços no programa de leniência.⁴⁸

3.2.1 A aplicação da Lei nº 12.529/2011 diante da provisão de conexão

A interpretação da CF, da Lei 12.529/2011, do MCI e do DMCI, seja conjunta, seja separadamente, parece-nos inequívoca ao apontar a aplicação do nosso Sistema de Defesa da Concorrência ao âmbito dos mercados de provisão de conexão para a internet.⁴⁹ Em seu artigo 170, IV, a Carta Magna prevê a livre concorrência como um dos princípios da nossa ordem econômica. O artigo 173, § 4º acrescenta que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". Conforme bem notou a representação do MPF que deu origem ao inquérito sobre ZR no CADE, "a Constituição Federal, ao tratar da repressão ao abuso do poder econômico (art.173, §4º), não excepciona quaisquer setores, situação corroborada pelo quanto disposto no artigo 31 da Lei 12.529/2011".⁵⁰

Ademais, em seu artigo 2º, V, o MCI elenca como seu fundamento o respeito à livre concorrência; no artigo 9º, § 2º, IV, por sua vez, reforça o diploma que, mesmo nas hipóteses admitidas de discriminação ou degradação do tráfego, são vedadas condutas anticoncorrenciais. Para que não restem dúvidas, dispõe o DMCI em seu artigo 19 que "a apuração de infrações à ordem econômica ficará a cargo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos da Lei nº 12.529".

Ou seja, não há nada em nosso ordenamento isentando o mercado de internet da análise concorrencial. Tampouco a regulação sobre o assunto indica qualquer substituição do controle concorrencial pela regulação e fiscalização da ANATEL: pelo contrário, os diplomas regulatórios enfatizam a competência do CADE, conforme já demonstramos. Assim, claro fica que no controle jurídico da internet, como ocorre em outras áreas de nossa economia,

⁴⁸Para ler mais sobre as inovações do diploma atual, ver: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31-41.

⁴⁹Assim considerou também a Superintendência Geral do CADE na Nota Técnica 34 do Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71: "(...) não há dúvidas sobre a competência do CADE para analisar práticas anticoncorrenciais concretas dos agentes econômicos envolvidos no mercado de Internet, por força da Lei nº 12.529/11 e ainda da previsão expressa no Decreto nº 8.771". BRASIL, CADE. *Nota técnica 34/2017*. Setembro, 2017. Disponível em: <goo.gl/2x5ogx>. Acesso em: 28 de nov. de 2017.

⁵⁰Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

coexistem perfeitamente os âmbitos regulatórios e concorrenciais: o SBDC fiscaliza as condutas anticoncorrenciais e a ANATEL fiscaliza as infringências ao MCI e ao DMCI.

3.2.2 A neutralidade de rede como uma questão concorrencial

A possibilidade jurídica de aplicação do diploma antitruste ao âmbito da internet não só existe, como também a própria questão da neutralidade de rede em diversos aspectos carrega uma tonalidade claramente concorrencial, ao se preocupar com o poder de mercado e os potenciais abusos de poder econômico, bem como com integrações verticais e distorções na concorrência. De fato, esta é a principal ótica de muitos economistas sobre o assunto, como expressa Faulhaber:

Bem pode haver outras imperfeições de mercado (como externalidades associadas com mercados de duas pontas), mas poder de mercado e a habilidade para agir de modo anticompetitivo é como muitos economistas veem a questão da neutralidade de rede.^{51 52} (Tradução nossa)

Não é por menos que há autores que até defendem ser o direito concorrencial por si só já suficiente ou ao menos mais adequado para solver o problema que a neutralidade de rede combate.⁵³ De qualquer forma, mesmo convictos defensores de uma incisiva abordagem regulatória reconhecem a evidente ligação entre os assuntos. Um exemplo disso é a comparação de Lawrence Lessig:

"End-to-end" or, to update the language, "**network neutrality**" is the equivalent of **perfect competition** because it creates an environment, or platform, upon which competition among applications and content happens with minimum interference by

⁵¹"There may well be other market imperfections (such as externalities associated with two-sided markets), but market power and the ability to behave anticompetitively is how many economists see the issue of net neutrality"

⁵² FAULHABER, Gerald. Economics of Net Neutrality: A Review. *Communications & Convergence Review*, v. 3, n. 1, 2011. p. 11. Disponível em: <http://assets.wharton.upenn.edu/~faulhabe/Econ_Net_Neut_Review.pdf>. Acesso em: 24 de dez. de 2017.

⁵³Neste sentido, ver, por exemplo:

(a) Baumol, William; Cave, Martin; Cramton, Peter; Hahn, Robert; Hazlett, Thomas; Joskow, Paul; Kahn, Alfred; Litan, Robert; Mayo, John; Messerlin, Patrick; Owens, Bruce; Pyndick, Robert; Savage, Scott; Smith, Vernon; Wallsten, Scott; Waverman, Leonard; e White, Lawrence. *Economist's Statement on Network Neutrality Policy*. AEI Brooking Institutions, Março, 2007; (b) TEREPINS, Sandra. *Neutralidade de rede: uma análise concorrencial da discriminação do conteúdo e aplicativos pelo detentor de rede de internet banda larga*. V Prêmio SEAE (2010). Concurso de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica (categoria profissionais). Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda. 2010. Disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2010/v-premio-seae-2010/Tema_1_3_lugar_Sandra_Diagramado.pdf>. Acesso em: 14 de nov. de 2017. (c) FERRONATO, Fernanda. *Regulação e poder na Internet: o direito antitruste como alternativa à imposição da neutralidade da rede proposta pelo Marco Civil*. 10.º Concurso de Monografia Levy & Salomão. São Paulo, 2014.

the network or platform owner. Like a traditional marketplace, or a modern stock market, a neutral network assures that in the negotiation between buyer and seller, or innovator and consumer, the network itself plays little or no substantive role. All the power within this negotiation is shifted to the edge, to those economic actors directly responsible for innovation and growth in network applications and content—namely, consumers and innovators.^{54 55} (Grifo nosso)

Em nosso estudo, observamos que os autores pró-neutralidade de rede não só reconhecem a conexão do tema com a defesa da concorrência, como também não se opõem à uma análise concorrencial - ocorre apenas que eles acreditam que a questão exceda tal área.⁵⁶ Sobre a transcendência da neutralidade de rede em relação à política antitruste, assim opinam Barbara van Schewick e Frischmann:⁵⁷

There are many related normative commitments at stake in the network neutrality debate, including market values such as promoting allocative and productive efficiency, innovation, and economic growth but also various nonmarket values such as education and increased participation in cultural and political processes. As has become apparent above, network neutrality regulation may have countervailing effects on some of these values. Thus, ultimately, the decision for or against network neutrality may require a trade-off. This makes it even more important to identify and take account of the various values at stake.⁵⁸

Desta forma, para a maioria dos defensores da neutralidade de rede, valores que não são essencialmente mercadológicos, como a educação e a participação cultural e política, têm um papel importante na discussão e talvez não sejam completamente abarcados pela discussão concorrencial. Neste sentido, em matéria de regulação, justificativas não econômicas também existem, conforme sustentam autores como Cass Sunstein e Stephen Breyer:

⁵⁴LESSIG, Lawrence. Hearing on the future of the internet. Testemunho realizado no *U.S. Senate Committee on Commerce, Science and Transportation* em 22/04/2008. Disponível em: <<http://msl1.mit.edu/furdlog/docs/hearings/2008-04-22/lessig.pdf>>. Acesso em: 14 de nov. de 2017.

⁵⁵"Ponta-a-ponta ou, para atualizar a linguagem, "neutralidade de rede" é o equivalente à competição perfeita porque ela cria um ambiente, ou plataforma, sob o qual a competição entre aplicações e conteúdos acontece com a mínima interferência da rede ou do titular da plataforma. Como em um tradicional mercado, ou uma moderna bolsa de valores, uma rede neutra assegura que nas negociações entre comprador e comprador, ou inovador e consumidor, a rede em si tem pouco ou nenhum papel substantivo. Todo o poder dessa negociação é transferido para a ponta, para aqueles atores econômicos diretamente responsáveis pela inovação e o crescimento em aplicações e conteúdo de rede - isto é, consumidores e inovadores." (Tradução nossa, grifo nosso).

⁵⁶Exemplo disso encontra-se em: Ramos, Pedro H. S.. *Arquitetura da Rede e Regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2015. p. 33.

⁵⁷FRISCHMANN, B. M.; VAN SCHEWICK, B. *Network neutrality and the economics of an information superhighway: A reply to Professor Yoo*. *Jurimetrics*, 2007. p. 426-427.

⁵⁸"Em jogo no debate sobre neutralidade de rede há vários compromissos normativos relacionados, incluindo valores de mercado como promover eficiência produtiva e alocativa, inovação e crescimento econômico, mas também vários valores que não são de mercado, como educação e maior participação nos processos cultural e político. Como ficou aparente acima, a regulação da neutralidade de rede pode ter efeitos compensatórios em alguns desses valores. Logo, em última instância, a decisão a favor ou contra neutralidade de rede pode requerer um *trade-off*. Isso faz com que seja ainda mais importante identificar e levar em conta os vários valores em jogo." (Tradução nossa)

Some regulatory programs can be understood as an effort to promote nonmarket values, or democratic aspirations, or considered judgments on the part of some segments of society. Some people, for example, may want public affairs and educational programming on television, even though their own consumption patterns favor situation comedies; they may want environmental law to protect pristine areas whether or not they use public parks; they may support regulation to protect endangered species even if they do not take steps to visit or study such species. Social or cultural norms may encourage political participants to seek regulation of this kind even if there is no conventional market failure. Similar justifications have been offered for regulation of the Internet; some defenders of such regulation argue that traditional economic justifications are out of place because the Internet is a mixed commercial, public, and social infrastructure that supports an incredible variety of market and nonmarket systems and user activities that yield private, public, and social goods. The social value of the Internet exceeds its market value.⁵⁹

⁶⁰

Fazemos a ponderação, ainda, de que, cada vez mais, a internet é o jornal, o rádio e a televisão de ontem. As mídias sociais, por exemplo, atualmente têm um peso enorme na distribuição de conteúdos jornalísticos. Aspectos como a apresentação das notícias e a visibilidade das mesmas para os leitores, que eram definidos pela edição de um jornal, hoje muitas vezes são definidos por algoritmos de redes sociais. Com efeito, em nossa visão, a internet, por conta de todos os seus aspectos funcionais, atualmente tem valor de comunicação social. Portanto, o debate em relação a ela deve considerar dimensões políticas que transcendem àquelas econômicas que são tratadas no direito concorrencial, tarefa para qual o direito da regulação aparece como adequado. A experiência europeia aponta para a mesma direção, conforme podemos ver neste relatório da Comissão Europeia sobre ZR:

(...) much of the literature recognises that the effects of zero-rating arise from its impact on competition amongst ISPs and content providers, and therefore antitrust authorities may need to address zero-rating practices. Such assessments will take place in parallel to the regulatory constraints on zero-rating practices that arise from net neutrality regulation.^{61 62}

⁵⁹"Alguns programas regulatórios podem ser compreendidos como um esforço para promover valores que não são do mercado, ou aspirações democráticas, ou julgamentos tomados por parte de algum segmento da sociedade. Algumas pessoas, por exemplo, podem querer assuntos públicos e programas educativos na televisão, ainda que seu próprio padrão de consumo favoreça comédias de situação; eles podem querer leis ambientais para proteger áreas intocadas usando eles parques públicos ou não; eles podem apoiar regulação para proteger espécies ameaçadas mesmo que eles não tomem medidas para visitar ou estudar tais espécies. Normas sociais ou culturais podem encorajar participantes políticos para buscar regulação desse tipo mesmo que não haja nenhuma falha de mercado convencional. Justificativas similares têm sido oferecidas para a regulação da Internet; alguns defensores de tal regulação argumentam que justificativas econômicas tradicionais estão deslocadas porque a Internet é uma mistura de infraestrutura comercial, pública e social que suporta uma incrível variedade de sistemas mercadológicos e não-mercadológicos e atividades de usuários que produzem bens públicos, privados e sociais. O valor social da Internet excede o seu valor de mercado." (Tradução nossa)

⁶⁰BREYER, Stephen G. et al. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Texts and Cases*. 7. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 2011. p. 11.

⁶¹Comissão Europeia (Org.). *Zero-rating practices in broadband markets*. Bruxelas: Dotecon Ltd, 2017. p.11. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0217687enn.pdf>>. Acesso em: 25 de nov. de 2017.

De qualquer forma, ainda que não seja a única esfera a abranger a questão, o direito concorrencial deve ser aplicado. No nosso ordenamento jurídico, tal potencial subsunção encontra abrigo. Embora não haja nenhuma referência direta à neutralidade de rede na Lei de Defesa da Concorrência, vemos que diversas condutas que violariam tal princípio, ou o colocariam em risco, poderiam também ser enquadradas como anticoncorrenciais. Isto fica claro ao observarmos os comandos do artigo 36 da referida lei, que delinea as infrações da ordem econômica. Grifamos alguns deles de especial pertinência:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

(...)

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

(...)

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

Concluindo este item, demonstramos que a discussão jurídica concorrencial também é legal e pertinente ao âmbito da neutralidade de rede e do *zero rating*. No próximo capítulo,

⁶²(...) muito da literatura reconhece que os efeitos do ZR resultam dos seus impactos na competição entre provedores de conexão e provedores de conteúdo, e portanto as autoridades antitrustes podem precisar tratar de práticas ZR. Tais avaliações vão ocorrer em paralelo com as restrições regulatórias na prática de ZR que advêm da regulação de neutralidade de rede." (Tradução nossa)

nos dedicaremos à análise direcionada de nosso objeto, quando iremos também analisar a aplicabilidade dos dispositivos grifados à prática.

4. A PRÁTICA DE ZERO-RATING

Nos capítulos anteriores, ambientamos o leitor à discussão sobre neutralidade de rede, delineamos os contornos nos quais o princípio foi positivado no Brasil e demonstramos como a análise concorrencial também se mostra pertinente à temática. Neste capítulo, aprofundamos a análise e a direcionamos para o nosso objeto. Neste sentido, inicialmente é feita uma breve conceituação e descrição da prática. Em um segundo momento, é procedida uma análise econômica do ZR, balanceando-se os fatores em jogo com uso do instrumental e da linguagem daquela ciência. Adiante, tratamos então de descrever o principal caso sobre ZR no Brasil, relatando alguns argumentos e considerações trazidos no processo, os quais já adiantam, de certa forma, os itens posteriores. Nestes últimos, finalmente tecemos a análise concorrencial e regulatória de nosso objeto.

4.1 O QUE É?

O termo *zero-rating* abrange mais de um tipo de prática; o aspecto em comum é que todas resultam na oferta de acesso a determinado conteúdo ou aplicação de forma gratuita ou sem consumir um pacote de dados contratado. A ANATEL assim sintetizou as diferentes manifestações de tal tática comercial:⁶³

- a) Tarifação zero por escolha da própria prestadora** - a prestadora de serviço de telecomunicações elege, segundo critérios pautados em uma decisão interna, certos conteúdos ou aplicações que, quando acessados pelo usuário, não gerarão qualquer tipo de custo;
- b) Tarifação zero para aplicações ou serviços de emergência** - o acesso a aplicações ou serviços de utilidade pública específicos não são cobrados do usuário;
- c) Dados patrocinados** - nesse caso, o patrocinador arca com os custos dos dados trafegados pelo usuário final quando destinarem-se ao acesso a *website* específico ou utilização de determinado aplicativo;
- d) Gerenciamento de dados** - consiste no gerenciamento de tráfego direcionado a provedores de conteúdo, a fim de que estes se utilizem de períodos de menor demanda de tráfego, os quais são consequentemente mais baratos, para entrega de seu conteúdo de forma mais eficiente;
- e) Dados como recompensa** - ocorre quando uma marca, desejando engajar determinado consumidor, lhe oferece a possibilidade de acesso a dados móveis, com custo zero, como recompensa por assistir um vídeo específico, baixar certo aplicativo ou realizar determinada ação desejada;
- f) Publicidade direcionada** - nesse caso, direciona-se a publicidade de determinado produto àqueles consumidores que, segundo informações de seu acesso, efetivamente têm interesse. Nesse caso, o usuário que baixar o aplicativo ou acessar o conteúdo desejado não pagará por tê-lo feito;

⁶³BRASIL. ANATEL. *Manifestação no Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71*.

g) Dados corporativos - permite que determinada instituição arque apenas com acesso a dados corporativos. Os dados pessoais serão custeados pelo próprio funcionário. (Grifos nossos)

Este trabalho tratará das modalidades "a", acesso gratuito e "c", acesso patrocinado. Desde 2010 tais modalidades vêm, sobretudo no mercado *mobile* (provisão de conexão para celulares), emergindo cada vez mais em diversos países.⁶⁴

No Brasil, uma rápida incursão nos planos oferecidos pelas operadoras brasileiras já mostra a presença do ZR. Quanto à modalidade, não se conhece os exatos termos do ZR brasileiro. Algumas reportagens encontradas sugerem que as operadoras são remuneradas por meio de compensações, como publicidade nos sites.⁶⁵ Por sua vez, o inquérito sobre ZR instaurado diante do CADE concluiu pela existência de ambos: acordos patrocinados, bem como práticas sem aparente contrapartida. Assim, tem-se que os dois tipos de ZR já ocorreram no Brasil e provavelmente ainda ocorrem.

Atualmente, a Claro oferece isenção em seus planos ao aplicativo Whatsapp (mensagens instantâneas de texto, mídia e áudio), bem como a um aplicativo da própria empresa, Claro Músicas (*streaming* de músicas).⁶⁶ Já a Tim, além da isenção ao Whatsapp em seus planos, oferece na modalidade pós-paga 7, 10 ou 15 *gigabytes* para uso livre e a mesma quantia para uso exclusivo em canais de vídeo parceiros (Netflix, Cartoon Network Já, Looke e Esporte Interativo Plus).⁶⁷

No passado, a prática de ZR entre as principais empresas brasileiras e as redes sociais Facebook e Twitter também ocorreu.⁶⁸ No entanto, ela foi interrompida, o que mostra que nem sempre tais estratégias são bem-sucedidas. Neste sentido, ao cessar tal modalidade, o então presidente da Claro, Carlos Zenteno, afirmou que a decisão era motivada apenas por motivos comerciais, em nada se relacionando com potenciais complicações com o Marco Civil (de fato, a empresa seguiu a isenção com o Whatsapp).⁶⁹

⁶⁴RAMOS, Pedro H. S.. *Arquitetura da Rede e Regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2015. p. 152.

⁶⁵EXAME, "A Claro não cobrava pelo acesso às redes sociais desde 2013, sendo remunerada por meio de compensações como publicidade nos sites", Abril, 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/claro-corta-acesso-a-twitter-e-facebook-mas-eleva-franquia/>>. Acesso em: 24 de nov. de 2017.

⁶⁶Disponível em <<http://www.claro.com.br/ainda-nao-sou-cliente#>>. Acesso em 20 de nov. de 2017.

⁶⁷ Disponível em < <http://www.tim.com.br/rs/para-voce/planos>>. Acesso em 20 de nov. de 2017.

⁶⁸SILVA, L.N.,LEURQUIN, P.,BELFORT, A; Os acordos de zero-rating e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede; 2016. *Revista de Direito da Concorrência*, Vol. 4, nº 1, maio 2016. p. 40.

⁶⁹ EXAME, loc. cit.

Um exemplo da modalidade patrocinada ocorre nos Estados Unidos da América, onde a empresa AT&T oferece abertamente a possibilidade de provedores de conteúdo e aplicações pagarem para ter o acesso a eles isentado.⁷⁰ No entanto, em nível mundial, nem sempre a modalidade patrocinada se exterioriza neste formato de oferta pública.

O ZR tende a ser visto pelos usuários como algo positivo: afinal, a impressão é de que se está obtendo algo a custo reduzido ou nulo. Ademais, entusiastas consideram a iniciativa como mais um passo em direção a um globo completamente online. Exemplo disso é a iniciativa *Free Basics*,⁷¹ encabeçada por Mark Zuckerberg, que firmou parceria entre a rede social Facebook e seis empresas provedoras de conexão. A iniciativa fornece hoje acesso gratuito à mídia social e outros conteúdos selecionados em 60 países, sendo 26 deles na África. Zuckerberg afirmou ser o objetivo do projeto levar a conexão para o mundo todo, o que seria um direito humano.⁷²

Contudo, a estratégia comercial encontra diversos críticos, que alegam que ela distorce a concorrência, limita a liberdade de escolha dos usuários e afeta a inovação e a liberdade de expressão. Ademais, principalmente em países extremamente pobres, alega-se que o ZR poderia minar a própria compreensão do que a internet realmente é ou pode ser, ao entregar ao usuário sob o rótulo de "internet grátis" uma experiência limitada e passiva.

Os argumentos serão melhores analisados de acordo com sua pertinência temática. Para qualquer juízo, consideramos que a compreensão econômica do assunto se faz importante - motivo pelo qual analisaremos tal aspecto no próximo item.

4.2 A ECONOMIA DO ZERO-RATING

4.2.1 A internet como um mercado de dois lados

Para entendermos melhor o aspecto econômico da questão, o conceito de mercado de duas pontas, ou de dois lados (*two-sided market*), aparece útil:

⁷⁰Ver: <<https://developer.att.com/sponsored-data>>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

⁷¹Ver: <<https://info.internet.org/en/story/free-basics-from-internet-org/>>. Acesso em: 21 de nov. de 2017.

⁷²THE GUARDIAN, "Mark Zuckerberg says connectivity is a basic human right – do you agree?". Janeiro, 2014. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2014/jan/03/mark-zuckerberg-connectivity-basic-human-right>>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

*The idea of two-sided markets is simple: an intermediary offers interconnection services to two (or more) distinct groups of customers, the function of which is to connect the groups together for purposes of communication and transaction.*⁷³⁷⁴

Este é o caso da provisão de internet:

De um lado, estão os usuários que desejam acessar os serviços existentes na rede, fazendo *downloads*. Do outro lado, tais serviços são disponibilizados pelos provedores de serviços através de *uploads* que realizam na rede. Também os usuários podem se conectar com outros usuários, sendo o e-mail o exemplo mais conhecido. Há também os propagandistas que desejam alcançar a atenção dos usuários e o fazem via provedores de serviços como o Google. Todos estes agentes relacionam-se por meio de uma plataforma, no caso, a rede física de telecomunicações que suporta o tráfego da internet.

A característica econômica importante dos mercados de duas pontas é que há externalidades positivas passíveis de serem apropriadas por todas as pontas. No caso da internet, quanto mais usuários finais, mais valor a plataforma terá para os provedores de serviços e quanto mais serviços estes últimos ofertarem, mais valor é agregado à rede para os usuários finais.⁷⁵

Não só as externalidades positivas podem ser aproveitadas pelas pontas, mas também as negativas podem impactá-las. No caso da internet, um congestionamento causado pelos usuários certamente afetaria também os provedores de conteúdo, por exemplo.

Outros casos de mercados neste formato são os de cartões de crédito e de sites de vendas, como o Ebay. No primeiro caso, quanto mais lojas aceitam determinada bandeira, tanto mais tendem os usuários a adotá-la; da mesma forma, quanto mais usuários adotam uma bandeira, tanto mais tendem as lojas a aceitá-la. O mesmo ocorre em sites que intermediam compradores e vendedores *online*: o maior número de vendedores no site atrai mais compradores e vice-versa. Assim, vemos que, neste tipo de mercado, o intermediário geralmente tem o interesse de aumentar a adesão de ambos os lados.

No mercado da internet, os provedores de conexão seriam o referido intermediário. Para eles, portanto, haveria, sob esta abordagem, um interesse a longo prazo de aumentar tanto o número de usuários quanto de conteúdos e aplicações. No entanto, observamos que, em situações de integração vertical ou de afiliações comerciais com grupos empresariais de

⁷³FAULHABER, Gerald. Economics of Net Neutrality: A Review . *Communications & Convergence Review*, v. 3, n. 1, 2011. p. 12. Disponível em : <http://assets.wharton.upenn.edu/~faulhabe/Econ_Net_Neut_Review.pdf> . Acesso em: 22 de nov. de 2017.

⁷⁴A ideia de um mercado de dois lados é simples: um intermediário oferece serviços de interconexão para dois (ou mais) grupos distintos de consumidores, a função do qual é conectar os grupos juntamente para propósitos de comunicação e transação. (Tradução nossa)

⁷⁵FAGUNDES, Jorge; MATTOS, César; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. *Nota técnica: economia da neutralidade de rede*. Revista do IBRAC, Vol.24, 2013.

aplicações e conteúdos, tal interesse poderia ser alterado, ao menos no curto prazo, a depender do nível de competição do mercado.

Segundo Rochet e Tirole,⁷⁶ essencial característica de um mercado de dois lados é o fato de a distribuição da cobrança entre os dois lados (a estrutura do preço) interferir no volume de uso total da plataforma. Assim, por exemplo, consideremos que um intermediário cobra uma taxa " t^A " de um lado e " t^B " do outro, sendo " t^T " a soma do total entre as duas:

$$t^T = t^B + t^A$$

Se o volume total de uso da plataforma é influenciado com mudanças de t^B enquanto t^T é mantido constante, estaríamos diante de um mercado de dois lados, conforme os autores. Ou seja, nesta configuração de mercado, não só *quanto* é cobrado importa, mas também *de quem*. A estrutura do preço, por conseguinte, não é neutra neste tipo de situação.

Não só tal estrutura não é neutra, como também varia conforme o mercado. Como observa Faulhaber,⁷⁷ a estratégia de precificação depende principalmente de duas elasticidades de demanda: (i) a elasticidade de demanda para cada grupo em relação à mudança de preços e (ii) a elasticidade de demanda para cada grupo em relação a mudanças no tamanho do outro grupo. Ou seja, não havendo restrições legais de cobrança, o incentivo do intermediário seria trabalhar caso a caso com tais variáveis de modo a obter o maior ganho possível.

4.2.2 Três questões econômicas relevantes

Entendido qual seria, em regra, o interesse e a estratégia comercial do intermediário, cabe analisarmos quais são os interesses econômicos relevantes para a sociedade, para que posteriormente analisemos estratégias de políticas públicas. Novamente partiremos de Faulhaber,⁷⁸ para quem há três questões de eficiência econômica importantes em relação ao debate sobre a internet.

⁷⁶ROCHET, J.C e TIROLE, J. *Two-Sided Markets: An Overview*. Março, 2004. p.10-11. Disponível em: < http://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

⁷⁷FAULHABER, Gerald. Economics of Net Neutrality: A Review . *Communications & Convergence Review*, v. 3, n. 1, 2011. p. 14. Disponível em : <http://assets.wharton.upenn.edu/~faulhabe/Econ_Net_Neut_Review.pdf> . Acesso em: 22 de nov. de 2017.

⁷⁸Ibidem, p. 7-8.

A primeira questão é a chamada pelo referido autor de eficiência estática, que é pautada em modelos econômicos padrões que analisam se há perdas de eficiência em um mercado por conta de falhas de mercado, como monopólios ou externalidades. Neste trabalho, traduziremos ela como custo de acesso e qualidade da experiência.

Os modelos padrões de eficiência citados acima por vezes não abordam a segunda questão, que é a de eficiência do investimento. Os investimentos feitos pelas empresas são extremamente importantes, na medida em que eles determinam se o segmento irá se desenvolver de maneira adequada. Observamos que tal questão é especialmente importante em países como o Brasil, em que o custeio da infraestrutura de rede dá-se sobretudo pela ação privada. Assim, o segundo fator a ser levando em conta é o impacto no investimento.

A terceira questão é a de eficiência inovativa. Principalmente influenciados por Schumpeter, economistas acreditam há décadas que a inovação é um dos maiores fatores de crescimento econômico. No entanto, não há um modelo padrão para a inovação e isso cria dificuldades para incorporar tal fator no corpo da análise econômica. Os economistas têm assumido que os incentivos para inovar são baixos, já que os inventores e inovadores têm em geral dificuldade de capturar a renda de suas criações (esta é uma das justificativas econômicas para as leis de propriedade intelectual). Em algumas circunstâncias, os custos da inovação podem até superar os benefícios, como em competições de mercado em que só o inovador melhor sucedido auferir todos os lucros. Por tais motivos, há economistas que defendem ser necessária a intervenção do governo nesta seara para corrigir os incentivos.

a) Custo e qualidade da experiência

No item 2.3, ao expormos algumas críticas ao postulado da neutralidade de rede, registramos que os custos com a rede física da internet são praticamente bancados pelos usuários, posto que os provedores de conteúdo e aplicações não arcam com nenhum custo pelo aumento da conexão por eles estimulados. O Facebook e o Netflix, por exemplo, em uma situação sem qualquer acordo com as operadoras, apenas pagam pelo acesso de seus vários computadores à internet - isto é, como usuários, não pagando nada a mais pelo alcance aos internautas e os consequentes acessos a seus conteúdos, os quais afetam a capacidade física de rede. Desta maneira, se a fornecedora de rede interliga dois papéis - o de fornecer conteúdos e

aplicações e o de acessar, mas só o segundo é cobrado, conclui-se que este arcará com a maior parte dos custos do negócio⁷⁹.

O ZR, em suas ambas modalidades, pode servir de estratégia comercial para manter os clientes atuais adimplentes⁸⁰ ou para angariar mais clientes através da diferenciação de serviços. Isto é: se a empresa conseguisse discriminar preços e diferenciar produtos de modo a atingir os "consumidores marginais" - os que têm menos disposição ou capacidade para pagar - ela poderia gerar mais receitas. O ZR seria uma discriminação de preço competitiva, algo saudável na economia⁸¹. A estratégia ainda pode estimular o consumo de dados, já que, ao acessar alguns conteúdos isentos, como o Facebook, o usuário se depara e eventualmente clica em diversos *links* externos, os quais, por sua vez, consomem a franquia comprada.

No ZR patrocinado, há uma entrada de receita para as operadoras ainda mais certa do que as referidas acima. Nesta modalidade, provedores de conteúdo e aplicações bancam frente aos provedores de conexão o custo de acesso aos seus endereços eletrônicos.

Estes acréscimos de receita, na opinião de autores pró-ZR, possibilitariam uma reestruturação do preço de uso da plataforma. Assim, em um mercado com competição razoável, uma hipótese é que tal redução seria repassada aos usuários; do contrário, a concorrência poderia fazê-lo e captar clientes. Note-se que, mesmo que uma diminuição nominal do preço não ocorresse, com a sua manutenção, estar-se-ia pagando a mesma quantia por um pacote de dados maior, significando uma diminuição do custo *per megabyte* para o usuário.

No caso do ZR gratuito, a receita adicional da empresa não fica tão evidente quanto nos casos patrocinados. O aumento de uso das redes poderia ser compensado pelo alargamento da base de usuários, conforme explicado acima, ou mesmo por receitas publicitárias advindas dos conteúdos e aplicações próprios.

Diversos autores, como Bárbara Van Schewick⁸², desdenham que o ZR geraria uma redução de preço para o usuário. Há ainda quem considere que o ZR pode inclusive aumentar a tarifa do usuário. Nesta direção:

⁷⁹FAGUNDES, Jorge; MATTOS, César; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. *Nota técnica: economia da neutralidade de rede*. Revista do IBRAC, Vol.24, 2013. p. 9.

⁸⁰No Brasil, por exemplo, o ZR só tem sido concedido pelas operadoras a usuários adimplentes de planos pós-pagos ou com crédito positivo no plano pré-pago.

⁸¹EISENACH, Jeffrey A.. *The Economics of Zero Rating*. Nera Economic Consulting. Março, 2015. p. 6. Disponível em: <<http://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/EconomicsofZeroRating.pdf>>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

⁸²SCHEWICK, Barbara Van. *Network Neutrality and Zero-rating*. Contribuição à FCC. 2014. p. 3. Disponível em: <<https://ecfsapi.fcc.gov/file/60001031582.pdf>>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

If price discrimination such as zero - rating is not banned, mobile operators have an incentive to favour their own services by zero-rating the usage (selling gigabytes at zero cost) while collectively overpricing the gigabyte usage of all other internet services.^{83 84}

A afirmação se embasa no relatório da Digital Fuel sobre competitividade no acesso à internet *mobile* na Europa em 2014:

The most alarming finding by far was sharp hikes in the price of mobile internet usage (€/Gigabyte) by operators that have launched during 2014 own zero-rated data-hungry video services such as on-demand film stores and mobile TV. Similarly a European operator that has launched zero-rated unlimited YouTube access over 4G has at the same time tripled the price of open mobile internet usage (€/Gigabyte).^{85 86}

O relatório da Comissão Europeia sobre ZR considerou os achados supracitados especulativos e pouco rigorosos⁸⁷. Cabe ressaltar que o órgão europeu, embora não tenha achado evidências de aumento de preços por conta da ZR, ressaltou a necessidade de transparência e controle contra propagandas enganosas, posto que ofertas de planos ZR poderiam seduzir os clientes, ainda que com preços mais caros do que planos comuns⁸⁸.

Quanto à experiência do usuário, há hipóteses em que ela não parece prejudicada, em nossa visão. Em falando-se de experiência, falamos basicamente da amplitude do acesso (número de sites) e da velocidade do mesmo. No ZR patrocinado dentro de um pacote de dados, por exemplo, o acesso à internet segue da mesma maneira de sempre. O internauta não tem acesso a menos sites, tampouco menos velocidade. Com o ZR gratuito, a situação também não se altera no aspecto do alcance e da velocidade da conexão, a despeito dos possíveis efeitos adversos acima apontados.

⁸³DROSSOS, Antonio. *The Real Threat to the Open Internet Is Zero-Rated Content*, World Wide Web Foundation, 2015. Disponível em: <http://research.rewheel.fi/downloads/Webfoundation_guestblog_The_real_threat_open_internet_zerorating.pdf>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

⁸⁴"Se a discriminação de preço tal como a do *zero-rating* não é banida, as operadores de celulares têm um incentivo a favorecer seus próprios serviços isentando o uso (vendendo gigabytes a zero custo), enquanto sobretaxam coletivamente o uso do gigabyte de todos os outros serviços da internet" (Tradução nossa)

⁸⁵DIGITAL FUEL MONITOR. *EU28 & OECD mobile internet access competitiveness report Q4 2014*. Helsinki, 2014. Disponível em: <http://research.rewheel.fi/insights/2014_nov_premium_q4_update/>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

⁸⁶"O achado mais alarmante de longe foram as acentuadas subidas no preço de uso da internet móvel (€/Gigabyte) por operadoras que tinham lançado durante 2014 seus próprios serviços de vídeo isentados e pesados, como filmes a demanda e TV móvel. Similarmente, uma operadora europeia que lançou acesso ilimitado e isento para acesso do Youtube pelo 4G ao mesmo triplicou o preço de uso da internet móvel aberta (€/Gigabyte)" (Tradução nossa)

⁸⁷Comissão Europeia (Org.). *Zero-rating practices in broadband markets*. Bruxelas: Dotecon Ltd, 2017. p. 120. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0217687enn.pdf>>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

⁸⁸Ibidem, p. 121.

Um caso diferente é quando ocorre o ZR patrocinado fora de um pacote de dados: isto é, quando a isenção a determinado site ou aplicação é dada sem que haja um pacote de dados com conexão livre a outros sites, ou mesmo em uma situação em que o pacote para acessos exteriores aos isentados é muito baixo, de modo a engessar o usuário na área *zero-rated*. Neste caso, a amplitude do acesso é atingida.

Alguns autores argumentam na linha de que um acesso limitado é melhor que nenhum acesso. Ramos sintetiza tal visão:

Por essa perspectiva, usuários de planos zero-rating estão sendo beneficiados com a possibilidade de acessar o seu conteúdo favorito gratuitamente, o que significa que a internet é, para esse usuário, mais valiosa e útil. Especialmente no caso de redes sociais e sites de conteúdo educativo, dar a usuários a capacidade de acessarem esses conteúdos gratuitamente pode expandir suas capacidades⁸⁹, promover a participação social e política⁹⁰ e dar acesso a mais informação e conhecimento.

Outros, todavia, consideram que um acesso limitado pode ser altamente prejudicial, por nublar todas as potencialidades que a rede oferece:

The pragmatists, and the carriers, say that it is worth allowing poorer populations around the world (now barred by the high cost of Internet access) to see part of the Internet. But the cost of such services is the future of the Internet. Those users may never move to “real” Internet access, satisfied with their “free” access to a walled garden of chosen services.^{91 92}

Neste sentido, diante de uma experiência estreita e menos ativa, os usuários poderiam até não compreender quão amplas e dinâmicas são as possibilidades da rede.

b) Incentivo ao investimento

Sobretudo as opiniões pró-ZR, abordam a questão do investimento. No setor de provisão de conexão, conforme coloca Jeffrey Eisenach,⁹³ os investimentos tendem a ser grandes em infraestrutura física e R&D (*Research and development*), e eles em boa parcela

⁸⁹ A utilização dessa expressão aqui é uma referência direta ao conceito de capacidade de Sen (1999).

⁹⁰ Uma série de trabalhos tem enfatizado a importância de redes sociais para o aperfeiçoamento da democracia. Nesse sentido, ver Earl e Kimport (2013) e Mackinnon (2012).

⁹¹ “Os pragmáticos e as transportadoras dizem que é digno permitir a populações mais pobres ao redor do mundo (hoje barradas pelo alto custo do acesso à internet) ver parte da internet. Mas o custo de tais serviços é o futuro da internet. Tais usuários podem nunca se mover para o real acesso à Internet, satisfeitos com o seu “livre” acesso a um jardim murado de serviços escolhidos” (Tradução nossa)

⁹² CRAWFORD, Susan. *Zero for Conduct*. 2015. Disponível em: <goo.gl/HnTMEq>. Acesso em: 15 dez. 2017.

⁹³ EISENACH, Jeffrey A.. *The Economics of Zero Rating*. Nera Economic Consulting. Março, 2015, p.4. Disponível em: <http://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/EconomicsofZeroRating.pdf.>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

independem da quantidade de usuários. Assim, com este alto custo fixo de entrada, faz-se importante que as empresas tenham meios flexíveis para angariar clientes, gerar receita e abater tais valores; do contrário, poder-se-ia desincentivar o investimento.

Como já discutido anteriormente, o ZR potencializa a receita das operadoras. Concluindo, o argumento aqui é que o ZR forneceria maiores possibilidades de receita às operadoras de conexão, o que aumentaria o valor econômico da rede, incentivaria o investimento no setor e se reverteria em bem-estar para o consumidor no longo prazo.

Em contraste a essa visão, opositores do ZR, como Bárbara Van Schewick⁹⁴, argumentam que não há nenhuma prova, nem garantia para a afirmação de que a prática se reverteria em menores preços ao consumidor ou investimentos infraestruturais, sendo a suposição dependente do nível de competição do mercado e, por tal, altamente especulativa.

Por outro lado, um experimento da FCC, na visão de Faulhaber, fornece irrefutável evidência empírica a respeito da sensibilidade dos investimentos em relação a concepções estreitas da neutralidade de rede:

The FCC's own actions have provided the irrefutable empirical evidence that imposing network neutrality regulation on a telecommunications asset dramatically decreases its value, and thus decreases incentives to invest. In March 2008, the FCC conducted what amounted to a natural experiment in network neutrality regulation: It held an auction for the 700 MHz spectrum in which it encumbered the winner of the C block to operate under open access network neutrality regulation. No such regulation was imposed on the A and B blocks of the same 700 MHz spectrum. A perfect natural experiment of the effect on the value of a telecoms asset of imposing network neutrality regulation. The result? Verizon paid \$0.76/MHz-Pop for the encumbered spectrum; the mean winning bid price of the A and B block spectrum was \$1.89/MHz-Pop (Levin, 2008).^{95 96}

Sem o intuito de encerrar tal debate, cremos que a experiência é válida e sugere que restrições aos modelos de negócios pode de fato desincentivar o investimento na área. A ausência de restrições, contudo, pode por si só não garantir investimento e preços baixos, a

⁹⁴SCHEWICK, Barbara Van. *Network Neutrality and Zero-rating*. Contribuição à FCC, 2014. Disponível em: <<https://ecfsapi.fcc.gov/file/60001031582.pdf>>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

⁹⁵FAULHABER, Gerald e FARBER, David. "The Open Internet: A Customer-Centric Approach". *International Journal of Communication* 4, 2010. p. 302-342, p. 331. Disponível em: <<http://ijoc.org/index.php/ijoc/article/viewFile/727/411>>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

⁹⁶"As próprias ações da FCC forneceram a irrefutável evidência empírica de que impor regulação de neutralidade de rede em um ativo de telecomunicações diminui dramaticamente seu valor, e assim diminui os incentivos para investir. Em Março de 2008, a FCC conduziu o que equivaleu a um experimento natural em regulação de neutralidade de rede: ela efetuou um leilão pelo espectro 700 MHz no qual ele onerou o vencedor do bloco C a operar sob regulações de neutralidade acesso aberto. Tal regulação não foi imposta nos blocos A e B do mesmo espectro 700 MHz. Um perfeito experimento natural do efeito no valor de um ativo de telecomunicação de impor regulações de neutralidade de rede. O resultado? A Verizon pagou \$0.76/MHz-Pop pelo espectro onerado; o preço médio de lance ganhador dos blocos de espectro A e B foi \$1.89/MHz-Pop." (Tradução nossa)

dependem do nível de concorrência do setor. Naturalmente, isto exige maiores estudos e análises casuísticas.

c) Inovação

Vimos que, na visão de muitos economistas, a configuração de internet que prevaleceu até então onera financeiramente o usuário e protege os provedores de conteúdos e aplicações. De fato, vários autores reconhecem que esta configuração possibilita um subsídio aos provedores de conteúdo e aplicações. Dentre eles, autores que defendem ferrenhamente a neutralidade de rede, como Tim Wu.⁹⁷ Para eles, esta ausência de taxas facilita que um usuário se transforme em um provedor de conteúdo ou aplicação. O consequente subsídio seria válido em nome da inovação e da criação, que teriam fortes externalidades positivas e características de bens públicos (que determinariam uma produção abaixo do ótimo econômico sem tal incentivo). Ao fim e ao cabo, tratar-se-ia de "um subsídio ao criativo e empreendedor às expensas do passivo e consumidor".

Neste sentido, o ZR poderia desincentivar novas produções de aplicações e conteúdos. Afinal, se tais serviços já encontram altas taxas de insucesso em uma internet com condições igualitárias, qual seriam as perspectivas doutra maneira? Ao competirem com concorrentes a cujo acesso é gratuito, o sucesso ficaria ainda mais distante, o que inibiria novos negócios. O ZR, para seus opositores, oferece às operadoras de conexão a possibilidade de escolher os ganhadores e perdedores da Internet, o que romperia com a lógica da competição na rede. O sucesso dos conteúdos e aplicações dependeriam, assim, mais de sua afiliação comercial do que de sua aptidão para atender ao usuário.

Críticos do ZR pontuam que a prática é altamente mercadológica e não tende a favorecer conteúdos educacionais ou produções sem fins lucrativos. Neste sentido, Van Schewick, ao analisar o programa "Binge On" da empresa T-Mobile, encontra alguma evidência e conclui que o ZR mina o potencial da internet enquanto espaço de expressão livre:

The forty-two providers currently in Binge On deliver mostly commercial video entertainment – not user-generated, educational or non-profit video. If T-Mobile continues to favor entertainment from commercial providers over other content, it turns the mobile Internet offered by T-Mobile into an optimal platform for

⁹⁷LEE, Robin S.; WU, Tim. Subsidizing Creativity through Network Design: Zero-Pricing and Net Neutrality. *Journal Of Economic Perspective*. Estados Unidos da América, p. 61-76. 2009. Disponível em: <<http://www.people.fas.harvard.edu/~robinlee/papers/NetNeutrality.pdf>>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

commercial entertainment at the expense of all other speakers. This undermines the potential of the Internet as a democratic space for free expression.^{98 99}

A base empírica existente permite-nos afirmar outro aspecto do ZR: ele tende a favorecer aplicações e conteúdos de terceiros já populares entre os usuários, inclusive isentando algumas vezes mais de uma aplicação com o mesmo perfil comercial¹⁰⁰. Isto traz à tona o fato de que os provedores de conexão planejam sua política de ZR com base no que os consumidores desejam. Neste sentido, não haveria conflito com o interesse do usuário.

Por um lado, portanto, não há interesse dos provedores de conexão em afetar a competição e a inovação no mercado de conteúdos e aplicações, pois isso diminui o valor atual e futuro da rede para os usuários. Por outro lado, há ocasiões especiais em que outras variáveis poderiam exercer pressões adversas nesse interesse.

Uma destas situações é em casos de ZR da operadora em favor de aplicações e conteúdos próprios. Neste caso, há possível interesse das operadoras em afetar a competição do mercado. Tal situação ocorre muito na atualidade, inclusive no Brasil, onde, conforme referimos acima, a Claro oferece ZR para sua aplicação "Claro Músicas", colocando-a em vantagem em relação ao Spotify, Deezer e outras aplicações existentes que fornecem conteúdo de áudio.

Como já referido, a base de dados para mensurar o real impacto do ZR no mercado e na inovação ainda é muito restrita. No entanto, é razoável afirmar que o tipo de oferta ZR e mesmo o tamanho dos pacotes de dados de cada país devem ser variáveis importantes nesta dinâmica. Neste sentido, é de se esperar também que ZR de aplicações com baixo consumo de dados, como o Messenger ou o Instagram, tenha menos consequências que o ZR de aplicações pesadas como *streaming* de vídeos. Da mesma forma, em países com altos limites de dados, como na Suécia ou na Finlândia, é mais difícil de o ZR afetar a escolha do consumidor em

⁹⁸VAN SCHEWICK, Barbara. *T-Mobile's Binge On Violates Key Net Neutrality Principles*. Stanford, 2016. p. 4. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/downloads/vanSchewick-2016-Binge-On-Report.pdf>>. Acesso em: 28 de nov. de 2017.

⁹⁹"Os quarenta e dois provedores atualmente no Binge On oferecem majoritariamente vídeos comerciais de entretenimento - não vídeos gerados pelo usuário, educacionais, ou sem fins lucrativos. Se a T-Mobile continuar a favorecer entretenimento de provedores comerciais sobre outro conteúdo, isso torna a internet móvel oferecida pela T-Mobile uma ótima plataforma para entretenimento comercial às custas de todas as outras vozes. Isto mina o potencial da internet enquanto espaço democrático para a livre-expressão." (Tradução nossa)

¹⁰⁰Neste sentido, ver:

(a) Comissão Europeia (Org.). *Zero-rating practices in broadband markets*. Bruxelas: Dotecon Ltd, 2017. p. 129. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0217687enn.pdf>>. Acesso em: 28 de nov. de 2017; (b) RAMOS, Pedro Henrique Soares, *Towards a Developmental Framework for Net Neutrality: The Rise of Sponsored Data Plans in Developing Countries*. p. 11. In: TELECOMMUNICATIONS POLICY RESEARCH CONFERENCE, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2418307>>. Acesso em: 28 de nov. de 2017.

relação à operadora ou aos conteúdos e aplicações do que em países com menores pacotes de dados.¹⁰¹

4.3 NO BRASIL: MPF X CLARO, TIM, OI E VIVO

Analisemos o único registro de denúncia do ZR no Brasil. Em 3 de junho de 2016, ofereceu o Ministério Público Federal (MPF) representação em face das operadoras Claro, Tim, Oi e Vivo, que, em conjunto, detêm quase 100% do mercado nacional de telefonia móvel. As acusações eram várias: quebra do tratamento isonômico dos pacotes de dados, distorção da competição, desestímulo à inovação, distorção da liberdade de expressão e criação de incentivos nefastos que levariam ao aumento de preços para o consumidor.¹⁰²

O MPF estima em sua representação que 253,6 milhões de usuários sejam potenciais usuários de planos ZR no Brasil. O *parquet* ministerial cita, ainda, alguns exemplos da prática, tais como o plano "Acesso Facebook, Twitter e Whatsapp", da Claro, em que os referidos conteúdos não seriam descontados da franquia de dados. A Tim e a Oi são citadas com modelos semelhantes, com seus planos "Controle Whatsapp" e "Facebook e Twitter Grátis", respectivamente. A Vivo, por sua vez, é referida com um modelo um pouco diferente, em seus pacotes "Vivo Internet Redes Sociais". Através destes, a operadora venderia pacotes de *megabytes* exclusivamente destinados a tais aplicações a um preço mais barato que os pacotes neutros. O MPF registra também que o Facebook e o Whatsapp, aplicativos isentados, pertenceriam ao mesmo grupo econômico e seriam, respectivamente, o primeiro e o segundo aplicativos mais baixados do mundo.

Ainda que diante do CADE, cuja competência é concorrencial, a representação opinou pela infringência, por parte das operadoras, da neutralidade de rede prevista no Marco Civil. Também sob a ótica do direito do consumidor, entendeu o MPF ser o ZR uma vulneração da função social do contrato, por incutir no preço pago pelo consumidor comum o custo das isenções. A tentativa das operadoras, à época, de cobrança de franquia de dados para banda larga fixa também foi usada de argumento pelo para convencer o Conselho de que práticas lesivas ao consumidor estavam em rota.

¹⁰¹Comissão Europeia (Org.). *Zero-rating practices in broadband markets*. Bruxelas: Dotecon Ltd, 2017. p. 11. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0217687enn.pdf>>. Acesso em: 28 de nov. de 2017.

¹⁰²A representação do Ministério Público Federal está disponível em: <goo.gl/e4biE6>. Acesso em: 28 de nov. de 2017.

No plano do Direito Concorrencial, foco da representação, esta argumentou que a referida prática falseava a concorrência e gerava a dominação artificial do mercado. Subsumiu ainda os planos das operadoras ao disposto no § 3º do art. 36 da nossa lei antitruste:

"III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços,(.) X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviço (...)"

O MPF citou precedente do CADE no caso Schincariol *versus* Ambev para sustentar que "não é necessário que haja fechamento completo do mercado para que uma conduta seja reputada anticompetitiva", sendo o aumento de custos rivais por si só já digno de repressão antitruste. Para a representação, a distinção entre a modalidade patrocinada e gratuita também era irrelevante, postos que de qualquer maneira restaria a prejudicada a livre concorrência, com criação de barreiras à entrada e prejuízo à inovação. A conquista de mercado decorrente da prática não seria em razão de ganhos de eficiência, não sendo ela, portanto, recepcionada pela nossa ordem econômica. Além disso, o *parquet* ministerial reservou um item de sua manifestação para tratar da potencial disseminação da conduta, caso permitida.

A representação questionou também a ausência de racionalidade econômica na conduta (presumindo um ZR gratuito, provavelmente), já que a medida comportaria perda de receitas e não haveria "almoço grátis". Assim, insinuou o MPF que, em um mercado oligopolizado pelas quatro operadoras, o ZR significaria aumento de preços ao consumidor. Por fim, a representação da lavra de Lafayette Petter trouxe exemplos internacionais de decisões contra o ZR, notadamente do Chile, Noruega, Áustria, Holanda, Alemanha e Eslovênia.

Houve no processo inúmeras manifestações: das rés, da ANATEL, de empresas interessadas - tais como Facebook, Google e LinkedIn - e de associações da sociedade civil, como a Proteste. O relatório completo fugiria ao escopo deste trabalho, motivo pelo qual passaremos diretamente para a análise da Nota Técnica 34,¹⁰³ a qual sugeriu o arquivamento do inquérito e foi acolhida integralmente pela Superintendência Geral (SG) no despacho nº 1275/2017.¹⁰⁴

¹⁰³BRASIL, CADE. *Nota técnica 34/2017*. Setembro, 2017. Disponível em: <goo.gl/2x5ogx>. Acesso em: 28 de nov. de 2017.

¹⁰⁴BRASIL, CADE. *Despacho nº 1275/2017*. Disponível em < goo.gl/9s96Lt>. Acesso em: 28 de nov. de 2017.

A nota técnica pontua que foi constatada a existência no Brasil de dois tipos de ZR, quais sejam, tarifação zero por escolha própria da operadora e dados patrocinados. Inicialmente, propõe-se o documento a analisar a questão da neutralidade de rede, ainda que alienígena à competência do CADE.

Nesta seara, a visão adotada pela SG é de conformidade com as manifestações da PFE, da ANATEL e do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Para este último órgão, haveria interpretação indevidamente ampla do princípio da neutralidade de rede pelo MPF. A discriminação/priorização de que trata o princípio seria relacionada a questões de tráfego de rede, não a questões comerciais. Vantagens econômicas que estimulem o uso de determinadas aplicações pelos usuários não estariam aí enquadradas.

A nota faz ainda um panorama internacional, argumentando que não havia tratamento uniforme à questão e que os efeitos da prática ainda eram desconhecidos, o que exigiria cautela. Aliás, sobre estes efeitos, a nota traz investigação¹⁰⁵ realizada pelas pesquisadoras Roslyn Layton e Monica Elaluf-Calderwood acerca do cenário no Chile, Holanda e Eslovênia - países citados na representação como exemplos de banimento do ZR. Segundo as pesquisadoras, não foi possível encontrar, em nenhum dos três países, evidências quanto à afirmação de que, diante de uma oferta de *zero rating*, os usuários não iriam além do conteúdo de acesso gratuito. Tampouco foi possível encontrar evidências de que haveria fechamento a outros conteúdos por parte das operadoras que aplicam acesso gratuito a determinados conteúdos. Conclui a nota que as condutas denunciadas não violam o Marco Civil da Internet, nem o Decreto 8.771/2016.

A nota analisa então a conduta enquanto infração econômica à luz da Lei 12.529/2011. Nesta seara, a tese de defesa das rés foi acolhida. Diz a nota que práticas verticais, como a discriminação de preços ou de condições de contratação, não são, necessariamente, ilícitos antitrustes, mas sim comportamentos normais no mercado, motivados por várias razões de ordem prática e econômica, sendo, muitas vezes, conduta legítima. Registra ainda a análise que, de acordo com as normas do SBDC, as restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada de outras empresas, seja por elevarem os custos dos competidores; ou ainda quando produtores, ofertantes ou distribuidores - com

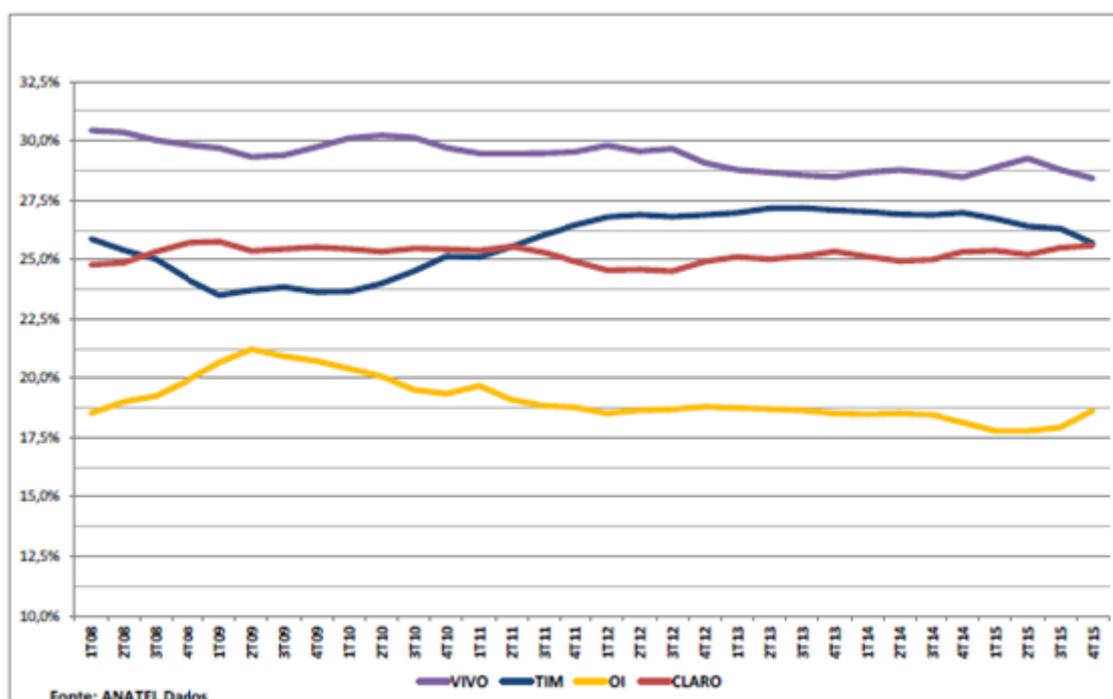
¹⁰⁵LAYTON, Roslyn e ELALUF-CALDERWOOD, Silvia Monica, *Zero Rating: Do Hard Rules Protect or Harm Consumers and Competition?* Evidence from Chile, Netherlands and Slovenia. Agosto, 2015. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2587542>>. Acesso em: 05 de dez. de 2017.

significativo poder de mercado - impõem restrições sobre os mercados relacionados verticalmente ao longo da cadeia produtiva.

A nota preceitua três etapas para a análise concorrencial de uma conduta: (1) sua delimitação, (2) a definição de seu mercado relevante e análise se há posição dominante e (3) análise custo-benefício. Apenas com as presenças de posição dominante e impactos líquidos negativos poder-se-ia falar em infração econômica.

Neste sentido, já delineada a conduta, a análise técnica usa-se dos seguintes dados da ANATEL para concluir que há presença de poder dominante das rés no mercado de telefonia móvel:

Figura 2: Market share por operadora, Brasil, 2008 a 2015.



Fonte: BRASIL. ANATEL. *Manifestação no Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71.*

Interessante observar que a análise técnica rejeitou a alegação da Oi. Esta em sua manifestação argumentou não haver presença de poder dominante, posto que o mercado relevante em tela abrangia também o mercado de banda larga fixa, já que os aparelhos *mobile* bem podem se conectar a redes *wi-f*, o que diminuiria o *market share* da empresa.

Usando-se do Herfindahl-Hirschman *index* (HHI), corrente índice medidor de concentração de mercado, a ANATEL encontrou pontuação um pouco abaixo dos 2500 pontos. A análise pondera que embora isso pudesse sugerir um mercado de telefonia móvel moderadamente concentrado no Brasil, não se poderia desconsiderar que se trata de um segmento econômico altamente intensivo em capital, o que tornaria tal dado relativo. Nesta

direção, considera a nota que há uma concentração do mercado em 4 grandes *players* e que condutas discriminatórias de um desses agentes poderia sim prejudicar a concorrência no mercado verticalmente relacionado.

O veredito técnico então analisa brevemente o mercado de conteúdos e aplicações. Pondera-se que tal mercado quase não tem barreiras à entrada, sendo o desenvolvimento e lançamento de tais serviços relativamente rápidos (cita-se exemplo do Whatsapp, cuja primeira versão foi desenvolvida em 6 meses), além de ser extremamente disruptivo e com potencial de crescimento inquestionável. O caráter *multi-homing* do mercado também foi frisado: muito comumente, utilizam-se os usuários simultaneamente de mais de uma aplicação/conteúdo com a mesma funcionalidade. Ainda que com todas estas constatações, resguardou assim a análise:

"(...) embora na grande maioria das aplicações, haja evidências de que as barreiras à entrada sejam baixas, em outros, as participações de mercado são elevadas e pode haver uma série de dificuldades à entrada, não podendo se concluir que em qualquer cenário do mercado de conteúdo as empresas que nele atuam não possuem, em algum grau, posição dominante."¹⁰⁶

O relatório passa então a analisar as condutas das rés sob a ótica concorrencial. Quanto à Vivo, o veredito concluiu que as ofertas de "Pacotes Redes Sociais" da empresa seriam complementares aos pacotes tradicionais, aos quais os clientes deveriam já estar vinculados. Ademais, em comparação a outros pacotes complementares, foi entendido que não há subsídio claro a nenhum provedor de conteúdo ou aplicação, estando o preço por *megabyte* condizente com outros pacotes.

Não obstante, a própria empresa assumiu praticar o ZR na modalidade patrocinada com certos varejistas - tal ZR, no entanto, só seria aproveitado pelo usuário que tivesse créditos ativos. Ou seja, uma vez findado o pacote de dados, também o ZR ficaria impossibilitado. Segundo o CADE, isto mostra a racionalidade econômica da conduta, que seria incentivar o usuário a se manter adimplente e ao mesmo tempo auferir receita extra do lado dos provedores de conteúdo e aplicações.

A Nota Técnica, na parte que analisa individualmente a conduta das rés, tem diversos trechos de acesso restrito, o que torna a compreensão um pouco prejudicada. Ainda assim, depreende-se que a Vivo afirmou em sua manifestação que sequer havia uma relação contratual com o Facebook, e que não haveria exclusividade em quaisquer dos acordos que a

¹⁰⁶BRASIL, CADE. *Nota técnica 34/2017*. Setembro, 2017. Disponível em: <goo.gl/2x5ogx>. Acesso em: 28 de nov. de 2017.

operadora tinha firmado. Tal documento ainda frisa não haver qualquer verticalização subjacente às condutas denunciadas pelo MPF em relação à Vivo. Com tais considerações, afastou-se o potencial anticompetitivo das práticas.

As considerações em relação à Oi, à Tim e à Claro foram parecidas, posto que também a conduta das mesmas assim eram. Neste sentido, foi frisado, a exemplo da Vivo, que os benefícios só seriam usufruídos pelos os usuários adimplentes ou com crédito ativo. Neste sentido, a estratégia do ZR teria como racionalidade econômica o aumento da adimplência e a possibilidade de atrair novos usuários que se identifiquem com as condições propostas. Todas as empresas negaram qualquer acordo de exclusividade com provedores de conteúdo e aplicações, e as empresas Oi e Tim também negaram qualquer remuneração por parte de redes sociais. Desta forma, a decisão por uma ou outra rede social teria sido feita unicamente com base na preferência dos usuários. O relatório assumiu a defesa das rés no sentido de que a preferência do usuário é que determinaria quais aplicativos seriam alvo de uma oferta nos moldes citados, e não que a escolha do usuário seria influenciada pela gratuidade ofertada no acesso a determinados aplicativos.

Em conformidade com o exposto, a Nota Técnica 34, adotada integralmente pelo CADE, concluiu que não havia evidências que provassem a lesão à inovação, tampouco prejuízo ao consumidor. No caso do acesso patrocinado, o relatório técnico ainda enfatiza a comparação, levantada pela defesa da Oi, com o modelo 0800 da telefonia, em que a parte que recebe a ligação recebe o custo o da chamada e é perfeitamente aceito. O arquivamento foi a medida enfim adotada pelo CADE, reforçando-se que tal ato não obstaria futuros inquéritos diante de novas evidências.

4.4 ANÁLISE CONCORRENCIAL

Já descrevemos a prática do ZR, demonstrando que ela, em verdade, abrange uma gama grande de estratégias comerciais e frisando que, no presente trabalho, elegemos as modalidades gratuita e patrocinada como nosso foco. Dentro de tais modalidades, mostramos sutilezas importantes, como, na modalidade gratuita, a eventualidade de a aplicação isenta ser de propriedade da operadora (concentração vertical). Analisamos os aspectos econômicos da prática, quando registramos também que o ZR deve ter impactos diferentes conforme o peso em dados da aplicação ou conteúdo isentados, bem como o tamanho dos pacotes locais e o nível de competição dos mercados. Justamente por o ZR guardar sutilezas, a análise

concorrencial do ZR não pode, nem deve fugir à abordagem clássica do direito concorrencial, que é *a posteriori* e sempre sujeita à regra da razão, pela qual custos e benefícios sociais serão sopesados, extraindo-se sempre quais são as consequências líquidas de cada caso concreto.¹⁰⁷ Como vimos, essa é a visão atual do CADE. Feitas tais ressalvas, analisaremos, à luz do direito concorrencial brasileiro, possíveis implicações jurídicas da prática, bem como eventuais desdobramentos e nuances que podem exigir maior preocupação concorrencial.

4.4.1 O art. 36 da Lei nº 12.529/2011

A lei brasileira de defesa da concorrência trata das infrações econômicas no artigo 36, que dispõe em seu caput que configurará ilicitude qualquer ato que causar, poder causar ou intentar causar os efeitos de: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; aumentar arbitrariamente os lucros do agente econômico; dominar mercado relevante de bens ou serviços; ou quando se tratar de abuso de poder dominante.

No parágrafo 3º daquele dispositivo há uma lista de condutas que, gerando os efeitos previstos nos incisos do caput, serão consideradas anticoncorreciais. A lista, consoante entendimento pacífico do CADE, não é exaustiva, dada a complexidade do tema e a multiplicidade dos fatores envolvidos para a análise concorrencial de uma conduta.¹⁰⁸

O inciso I do referido artigo, que trata do efeito de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, é certamente sujeito de escrutínio em situações de ZR. Leonor Cordovil assim descreve a livre concorrência e a livre iniciativa:

Livre iniciativa é a permissão ao particular para se lançar na atividade econômica sem a necessidade de qualquer autorização do Poder Público. A livre concorrência dela se diferencia por se tratar não da garantia de liberdade de empreendimento, mas sim do princípio econômico segundo o qual a fixação de preços não deve resultar de atos de autoridade, mas do livre jogo das forças do mercado¹⁰⁹. A livre iniciativa é a entrada no jogo, a livre concorrência é o jogo em si.¹¹⁰

¹⁰⁷SILVA, L.N., LEURQUIN, P., BELFORT, A; Os acordos de zero-rating e seus impactos concorreciais: os limites da regulação da neutralidade de rede. *Revista de Direito da Concorrência*, Vol. 4, nº 1, maio 2016, pp. 21-56. p. 49.

¹⁰⁸BRASIL. CADE. *Cartilha do CADE*, 2016. p. 14. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em: 05 de dez. de 2017.

¹⁰⁹CORDOVIL, Leonor. *A intervenção do Estado nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 75.

¹¹⁰CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 104.

No caso do ZR, opositores costumam alegar o efeito de falseamento ou distorção da livre concorrência. Sobre esta, em termos mais econômicos e específicos, assim descreve o autor Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial do século XIX de estrutura atomística e fluida. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental - a competitividade - que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção.¹¹¹

Os efeitos de dominar o mercado relevante de bens e serviços e de abusar da posição dominante também têm destaque nas discussões aqui em tela. Em verdade, tais efeitos implicam também restrição à livre concorrência e à livre iniciativa. Ocorre que todo domínio de mercado ou abuso de posição dominante atenta contra a livre concorrência ou a livre iniciativa ou gera aumento arbitrário de lucros. O inverso, no entanto, não é verdadeiro: nem todo atentado contra a livre concorrência ou a livre iniciativa se trata de domínio de mercado ou abuso de posição dominante.¹¹²

A interpretação do dispositivo tem distinguido o exercício abusivo do poder de mercado já existente (inciso IV) da consolidação da dominação de mercado em si, quando realizada por meios abusivos (inciso II).^{113 114} Com efeito, o domínio de mercado acima referido tem um sentido específico, que não o da conquista resultante de processo natural fundado na maior eficiência em relação aos demais competidores. Trata-se, sim, de dominar de modo artificial, através de práticas anticoncorrenciais.

Segundo o site oficial do CADE, ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa de tal forma que seja capaz de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de

¹¹¹FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A economia e o controle do Estado*. O Estado de São Paulo, edição de 04.06.1989 apud CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 47.

¹¹²FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*, 7. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2014. p. 139-140.

¹¹³TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 159.

¹¹⁴O mesmo autor registra que a interpretação é duvidosa, já que o inciso só fala em dominação, sem qualquer predicado. O autor conclui que, em verdade, ocorreu imperícia técnica do Legislador.

mercado.¹¹⁵ Tais condições referem-se principalmente ao processo de formação dos preços. Já o exercício abusivo daquele poder é o uso de tal posição para finalidades anticompetitivas, ato que pode se exteriorizar de diversas maneiras. Neste sentido, como referido, nossa lei (art. 36, §3.º) elenca várias hipóteses exemplificativas.

4.4.2 O ZR como restrição vertical da concorrência

As hipóteses mais pertinentes à nossa questão são a dos incisos III, IV e X¹¹⁶, que são os dispositivos levantados pela referida representação do MPF sobre ZR. Analisaremos também o enquadramento no inciso XVIII,¹¹⁷ levantado pela Associação dos Consumidores Proteste no mesmo inquérito. Os incisos citados descrevem atividades predatórias¹¹⁸ e são condutas que tentam excluir o concorrente através de diferentes táticas de fechamento vertical.

Se as práticas horizontais sempre foram vistas com grande receio, a visão em relação às práticas restritivas verticais, como o fechamento de mercado, variou com o tempo. A ideia de que restrições verticais são uma prática concorrencialmente lesiva foi fortemente abalada nas décadas de 70 e 80 com as críticas da Escola de Chicago, conforme sintetizou o conselheiro do CADE César Mattos:

O núcleo da crítica de Chicago seria, conforme Rey e Tirole (2005)¹¹⁹, que "*há apenas um único mercado de produto final e, portanto, um único poder de monopólio a ser explorado, não sendo óbvio como um monopolista poderia estender o seu poder de monopólio*". Ademais, Ordover, Saloner e Salop (1990) destacam ser muito pouco claro porque os "*lucros perdidos no segmento upstream*" devido a uma eventual estratégia de fechamento vertical contra o rival no segmento *downstream* "*deveriam exceder os lucros downstream incrementados*"?^{120 121}

¹¹⁵ BRASIL. CADE. *Perguntas gerais sobre defesa da concorrência*, 2016.

Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>>. Acesso em: 05 de dez. de 2017.

¹¹⁶III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

¹¹⁷XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.

¹¹⁸TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 202.

¹¹⁹REY, P. e TIROLE, J: A primer on Foreclosure. *Handbook of Industrial Organization*. 2005. Orgs.: Armstrong, M. e Porter, R. New Holland.

¹²⁰"Há outras críticas relevantes apontadas pelos autores contra a teoria de fechamento vertical padrão. Conforme Ordover, Saloner e Salop (1990) 'i) o fornecimento de matérias-primas a rivais não é, necessariamente, reduzido... porque a sociedade integrada também reduz a sua demanda por matéria-prima produzida por fornecedores independentes... será necessário, apenas, um rearranjo, nas relações de fornecimento'; ii) os fornecedores restantes podem não ter incentivos para aumentar o preço da matéria prima' e então, uma recusa de

A contribuição dos referidos pensadores foi demonstrar que o máximo lucro que poderia ser obtido em uma cadeia produtiva seria o lucro de monopólio de um único elo, conforme explica Paulo Furquim de Azevedo:

A presença de dois monopólios consecutivos, ambos fazendo incidir uma margem de monopólio sobre seu custo, não resultaria em dois lucros de monopólio, mas em um lucro conjunto inferior ao que seria obtido por um único monopolista, no que ficou conhecido na literatura econômica como "dupla margem".¹²²

Posteriormente, nos anos noventa, tal visão foi sendo reformada. Novos trabalhos baseados na teoria dos jogos e em modelos formais recuperaram a racionalidade econômica de condutas anticompetitivas tendo restrições verticais por instrumento. A máxima da Escola de Chicago sobre o lucro máximo de monopólio foi aceita; no entanto, os novos trabalhos indicaram que pode haver restrições verticais com o fim de proteger - e não aumentar - lucro de monopólio preexistente.¹²³ Esta estratégia ficou conhecida como fechamento de mercado.

Tanto nos EUA, quanto na União Europeia, as decisões tornaram-se mais criteriosas, como demonstra o caso da Microsoft diante das alegações de venda casada de sistema operacional e de navegador da internet.¹²⁴ A análise pormenorizada passou, assim, a ser recomendação diante da problemática do fechamento vertical.

Uma das abordagens possíveis para coibir o ZR seria o enquadramento no inciso XVIII, §3º do art. 36, que trata da venda casada. Tal abordagem foi levantada, no Brasil, pela

fornecimento por um fornecedor não aumentará o custo dos rivais; iii) existe a probabilidade de que os competidores objeto do fechamento integrem com os fornecedores restantes; iv) mesmo que o preço da matéria-prima suba, o fornecedor integrado teria de ser compensado pela perda de lucros dos seus rivais. A necessidade dessa compensação pode reduzir a probabilidade de fusão; v) já que o concorrente que sofreu o fechamento se coloca numa situação desvantajosa, ele passa a disputar o recurso escasso a montante" ["i) *The supply of input available to rivals is not necessarily reduced... because the integrated firm also reduces its demanda for inputs produced by unintegrated suppliers... it merely will necessitate a rearrangement in supply relationships*'; ii) *'remaining suppliers may not have the incentive to raise their input prices', and, then, the denial of supply by one supplier will not raise rival costs*; iii) *the likelihood of foreclosed competitors integrate vertically with remaining suppliers*; iv) *even if input prices increases, the supplier that integrated would have to be compensated by the forgone potencial extra profits obtained by theirs rival. This compensation can decrease the profitability of the merger 'possibly to the point that no merger occur'*; v) *since the firm that is foreclosed is placed at a disadvantage, it ought itself to participate in the bidding for the scarce upstream resource*"].

¹²¹BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro César Mattos no Ato de Concentração 08012.000836/2009-23.

Requerentes: Polimix Concreto Ltda. e Camargo Córrea Cimentos S.A. Disponível em:

<<http://anexos.radaroficial.com.br/f415b5cb314fa4f91352e9f5ae787534.pdf>>. Acesso em: 05 de dez. de 2017.

¹²²AZEVEDO, Paulo Furquim de et al. *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência*. In: MATTOS, César Costa Alves de et al. *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. 5, p. 203.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2.ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2013. p. 78.

Associação dos Consumidores Proteste.¹²⁵ Esta é a hipótese de um ofertante impor, para a venda de determinado bem ou serviço, a condição de que o comprador também adquira outro. Roberto Taufick assim coloca:

Por sua vez, se um agente com poder de mercado em um mercado relevante usa a força do seu produto nesse mercado para alavancar a venda de um produto em outro mercado no qual, em geral, não tem poder de mercado ("em geral", porque o objetivo pode não ser criar poder de mercado, mas aumentá-lo/consolidá-lo), configura-se uma infração concorrencial, pois esse agente estará restringindo as opções no mercado em que o seu produto não tem força (e, portanto, há outras opções viáveis) ao seu produto, apenas, pela exclusão artificial dos seus concorrentes (ou seja, não porque seja mais eficiente nesse mercado, de tal modo que a imposição do seu produto menos eficiente gerará uma perda de bem-estar para o consumidor pela redução das suas opções de compra e pela perda de qualidade).¹²⁶

Pensemos em nosso objeto. Um provedor de conteúdo ou aplicação é consumido quando é acessado - afinal, a maioria deles ganha a maior parte de suas receitas com publicidade, ou mesmo toda ela, sendo o número de acessos o grande atrativo de anúncios. Poder-se-ia argumentar que, ao vender um pacote de dados junto com aplicações e conteúdos isentados, estar-se-ia efetuando a venda casada de ambos. Em nossa opinião, este enquadramento é difícil, pois o ZR, em todas as suas modalidades, de maneira alguma obriga alguém a acessar (consumir) as aplicações e conteúdos isentados. Cremos que esta subsunção só poderia ser cogitada havendo ZR de uma aplicação pesada, como as de *streaming* de vídeo, aliado a um baixo pacote de dados - que de fato impossibilitasse a utilização de outra aplicação - e à ausência de oferta de outras opções de pacotes. Neste caso específico, a operadora estaria utilizando-se de sua posição no mercado para forçar o internauta a acessar uma aplicação que ele normalmente não acessaria, se houvesse concorrência, caracterizando então uma dominação artificial.

A principal análise quanto ao ZR recai nos tipos previstos nos incisos III, IV e X, §3º do art. 36.¹²⁷ Quanto ao inciso III, que trata da discriminação de preços, a resolução 20/1999 do CADE bem aborda a conduta¹²⁸:

¹²⁵MOBILE TIME, *Zero rating: Proteste recorre contra decisão do Cade de arquivar investigação*, 2017. Disponível em: <<http://www.mobiletime.com.br/11/09/2017/zero-rating-proteste-recorre-contra-decisao-do-cade-de-arquivar-investigacao/476522/news.aspx>>. Acesso em: 09 de dez. de 2017.

¹²⁶TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 241.

¹²⁷Neste sentido: "Embora a plasticidade da rede – e seu funcionamento horizontal e não hierárquico – possa dificultar a aplicação de dispositivos da Lei 12.529/2011, se realçado algum abuso da conduta (gratuita ou patrocinada), poderíamos enquadrar eventuais acordos de *zero-rating* em restrição vertical, operados entre provedores de acesso e de conteúdo. **Nesse caso, os dispositivos caracterizadores da infração seriam os incisos III, IV e X, do art. 36, da Lei 12.529/2011.**" SILVA, L.N., LEURQUIN, P., BELFORT, A; Os acordos

Esta prática, amplamente disseminada nas economias modernas, não é intrinsecamente anticompetitiva, na medida em que, embora aumentando os lucros do produtor, pode não afetar o bem-estar dos consumidores ao não restringir, ou até ao aumentar, o volume de transações no mercado. A análise específica se torna particularmente relevante neste caso, especialmente pela variedade de formas em que pode ocorrer a discriminação de preços.

(...)

Em situações em que uma empresa tem controle parcial ou total sobre uma rede ou infraestrutura essencial, a discriminação de preços pode servir para elevar o custo do concorrente, com efeitos nocivos à livre concorrência.

O ZR é de fato uma discriminação positiva de preços em relação a alguns provedores de conteúdo, favorecimento que poderia também criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente, ou mesmo limitar seu acesso ao mercado - hipóteses dos outros dois incisos. A análise específica, então, faz-se necessário.

Com a finalidade de investigar se restrições verticais têm efeito de fechamento de mercado, a jurisprudência do SBDC invariavelmente percorre os seguintes passos, cada um deles sendo uma condição necessária para que o fechamento de mercado seja uma estratégia factível e racional do ponto de vista econômico.¹²⁹ Primeiramente, uma das partes do contrato deve deter posição dominante a montante ou a jusante, em geral presumida por meio de elevada participação de mercado ou por diferenciação vertical, no caso de mercados de produtos diferenciados.

(...)

Em segundo lugar, o controle vertical deve ser suficiente para impor prejuízo a concorrentes efetivos ou potenciais, por meio de restrição de acesso a insumos ou canais de distribuição. Para que essa segunda condição seja observada, a estrutura de mercado, a rivalidade entre os demais concorrentes e barreiras às entradas devem ser tais que a elevação de preços - ou, mais genericamente, a restrição de acesso - seja sustentável por tempo suficiente para excluir concorrentes ou bloquear a entrada.

(...)

Uma vez constatada a potencialidade lesiva do controle vertical, a análise percorre o seu terceiro e último passo, que consiste em verificar se do controle vertical não decorrem eficiências relevantes, suficientes para compensar os prejuízos à concorrência.¹³⁰

de zero-rating e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede. *Revista de Direito da Concorrência*, Vol. 4, nº 1, maio 2016, pp. 21-56. p. 48-49.

¹²⁸ BRASIL. CADE. *Resolução nº 20, de 20 de junho de 1999*. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>>. Acesso em: 11 de dez. de 2017.

¹²⁹No âmbito do CADE, são ilustrações desse procedimento os Atos de Concentração ns. 08012.009500/2003-31, Conselheiro-Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos; 08012.003632/2001-97, Conselheiro-Relator Ricardo Villas Bôas Cueva; 53500.002423/2003, Conselheiro-Relator Luís Carlos Thadeu Prado; e os Processos Administrativos ns. 08012.009991/1998-82, Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer; 08012.006636/1997-43, Conselheiro-Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos; 08012.003048/2001-31, Conselheiro-Relator Paulo Furquim de Azevedo; 08012.003805/2004-10, Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan; 08012.008678/2007-98, Conselheiro-Relator Luís Fernando Schuartz.

¹³⁰AZEVEDO, Paulo Furquim de et al. Restrições Verticais e Defesa da Concorrência. In: MATTOS, César Costa Alves de et al. *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. 5, p. 209-210.

Conforme o autor, uma vez constada a presença de posição dominante, restaria saber se tal discriminação de preços seria suficiente para excluir os concorrentes ou bloquear entrada no mercado e, em caso positivo, sopesar os benefícios e prejuízos sociais. Sobre a segunda parte do procedimento, faz-se pertinente aqui, no entanto, expormos melhor um argumento trazido pela representação do MPF no inquérito relatado no item 4.3. Naquela ocasião, o *parquet* ministerial citou precedente do CADE no caso Schincariol *versus* Ambev para sustentar que "não é necessário que haja fechamento completo do mercado para que uma conduta seja reputada anticompetitiva".

No caso citado, a Ambev foi multada por conta de um programa de fidelidade com descontos para pontos de venda conforme volume consumido, que foi considerado anticoncorrencial. O acórdão em tela¹³¹ dispôs que o programa desestimulava o acesso a novos entrantes, pois aumentava artificialmente os custos de entrada e permanência no mercado de cervejas. Além disso, foi considerado que o programa criava dificuldades às empresas concorrentes já existentes, seja aumentando seus custos de publicidade e marketing, seja diminuindo artificialmente suas margens. A prática da Ambev foi enquadrada nos incisos IV e V do artigo 21 nossa antiga lei da concorrência (Lei nº 8.884/94), cuja redação é idêntica aos incisos III e IV, §3º do art. 36 do nosso atual diploma antitruste.

Encontramos, portanto, duas perspectivas quanto à segunda etapa de verificação de um fechamento vertical. Independentemente disso, só o caso concreto dará informações suficientes para verificar se a discriminação de preços tem a capacidade de excluir ou bloquear a concorrência, ou unilateralmente criar a ela dificuldades à constituição, ao desenvolvimento e ao funcionamento.

A terceira etapa da verificação é a análise econômica de custos e benefícios sociais. Tal análise já foi em parte adiantada em tópicos anteriores. Traremos aqui uma lista de elementos elencados pelo relatório da Comissão Europeia sobre ZR que devem ser considerados para avaliar os impactos de uma prática ZR na competição.¹³²

Em nossa pesquisa sobre ZR, observamos que as discussões sobre o assunto demonstram preocupação sobretudo com a competitividade no mercado de conteúdos e aplicações. Um aspecto interessante do referido relatório é que ele traz à tona considerações

¹³¹BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10. Representante: Schincariol. Representada: Ambev. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Brasília, 22/07/2017. Disponível em: <<http://anexos.radaroficial.com.br/b7b29a4da7bf542dce316a206a014474.pdf>>. Acesso em: 11 de dez. de 2017.

¹³²Comissão Europeia (Org.). *Zero-rating practices in broadband markets*. Bruxelas: Dotecon Ltd, 2017. p.128. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0217687enn.pdf>>. Acesso em: 11 de dez. de 2017.

para que também a competitividade a nível de provisão de conexão não seja afetada com a prática. No documento, o órgão europeu conclui que estratégias ZR podem tanto aumentar a eficiência quanto ter efeitos anticompetitivos. Assim, as práticas parecem ser benéficas quando aumentam o volume de transações, mas levantam preocupações concorrenciais quando elas são usadas para extrair o excedente do consumidor ou fechar o mercado para competidores que não são capazes de replicar as ofertas.

Neste sentido, o relatório elenca alguns pontos a serem avaliados para a medida do impacto de um ZR no mercado de provisão de conexão. Em primeiro lugar, o documento registra que em geral preocupações relacionadas à discriminação de preços e ao empacotamento ("*bundling*") emergem quando a firma agente detém poder de mercado em ao menos um dos produtos empacotados.

A extração de excedente do consumidor envolveria, no caso de ZR, cobrar mais de consumidores que estão interessados em maiores pacotes de dados ou planos ilimitados enquanto conserva a taxa daqueles que estão primariamente interessados em acessar tipos específicos de conteúdo através de pacotes de dados pequenos, mas com tais conteúdos isentados. Isto envolveria oferecer ao consumidor um menu de tarifas no qual o ZR é mais comum ou mais extenso em pacotes com limites menores. Todavia, o documento registra que é difícil de estabelecer se uma estratégia como essa seria primariamente direcionada a extrair excedente do consumidor ou se ela teria também um efeito de aumentar as transações do mercado. Além disso, observa o órgão europeu que na atualidade as operadoras tendem a praticar o ZR sobre um espectro grande de planos, o que não indicaria uma tentativa de segmentar consumidores para extrair o excedente do consumidor.

Quanto a preocupações com fechamento de mercado, ainda em se tratando das empresas de provisão de conexão, o relatório em questão conclui que tais riscos emergem quando outras empresas não podem replicar uma estratégia de desconto ou empacotamento praticada. Isto aconteceria tipicamente na presença de um conteúdo isentado suficientemente atrativo para determinar a opção do consumidor por uma operadora e de um ZR com algum grau de exclusividade, seja por conta de algum acordo entre duas empresas, seja por se tratar de uma aplicação de propriedade própria da operadora.

O relatório lista também elementos a serem considerados para a avaliação do potencial impacto do ZR na competição entre provedores de conteúdo e aplicações. De início, o documento reconhece que um conteúdo ou aplicação isentado ganha uma vantagem sobre seus competidores. Em se tratando de ZR gratuitos de aplicações ou conteúdos de terceiros, é

considerado que a decisão por isentar algum acesso reflete as preferências dos usuários, o que não parece distorcer a competição naquele mercado, mas sim adicionar outra dimensão: a competição por ter seu aplicativo ou conteúdo isentado passa a ser uma nova maneira de tentar atrair usuários para o serviço. Desta maneira, no ZR gratuito, a prática é consequência de uma tentativa de discriminação de preços por parte das operadoras, o que não deveria levantar preocupações concorrenciais, a menos que a competição no mercado de provisão de conexão seja inefetiva. No caso de ZR patrocinado, o relatório só vê maiores preocupações se, no acordo, a operadora assumir não isentar outras aplicações similares e se o acordo cobrir uma parcela grande do público-alvo, seja porque a operadora tem poder de mercado, seja porque a aplicação tem acordos de exclusividade com várias operadoras.

Observação especial é feita quanto ao ZR em caso de aplicações e conteúdos da própria operadora. Neste caso, pontua a Comissão Europeia que a integração vertical pode dar tanto a habilidade, quanto o incentivo para o fechamento de mercado. Assim, caso a operadora tenha algum nível de poder de mercado, o ZR pode restringir a competição no mercado de conteúdos e aplicações, a menos que a operadora ofereça aos concorrentes a opção de ter seus serviços livre de taxas em termos que não discriminem em favor dos seus próprios conteúdos e aplicações.

Por fim, outro apontamento interessante do relatório europeu é referente ao ZR de grupos de aplicações. O órgão europeu problematiza a ideia de que o ZR de um grupo de aplicações seria preferível ao ZR de uma só aplicação. Se, por um lado, aquele ZR de fato deixa a competição entre as aplicações incluídas na prática inafetada, por outro lado ele deixa mais difícil para novas empresas entrar no mercado, já que elas iriam competir contra um portfólio maior de empresas. Ademais, o ZR poderia dar margem para restrições horizontais, se a elegibilidade para a inclusão na promoção for dependente de restrições técnicas ou outros requerimentos, e tais critérios fossem combinados entre as operadoras e as empresas isentadas de modo a dificultar novos entrantes. Neste último caso, contudo, o relatório reconhece que o problema não seria o ZR em si, mas sim tais acordos com requerimentos restritivos.

Portanto, bem como o ZR em si não é um bloco monolítico, também sua análise concorrencial dependerá de diversas nuances que só serão auferíveis no caso concreto. No presente item, tentamos dar um panorama dos enquadramentos jurídicos possíveis no ordenamento brasileiro, bem como apontamos possíveis nuances a serem especialmente consideradas na análise do impacto da conduta no bem-estar do consumidor. No próximo item, procederemos à análise regulatória do tema.

4.5 ANÁLISE REGULATÓRIA

Neste último item, por fim analisaremos a prática de ZR de acordo com a legislação existente no âmbito regulatório - qual seja, o MCI e o DMCI. Retomaremos aqui parte do que já foi visto no capítulo 3 deste trabalho, quando debatemos o enquadramento regulatória da neutralidade de rede no Brasil. Portanto, dispensaremos maiores introduções conceituais e analisaremos qual o tratamento jurídico que o nosso ordenamento dá ao ZR.

Antes da elaboração do DMCI, apenas com base no MCI, alguns autores entenderam que o ZR era ilícito em nosso país:

Se o regulamento do Marco Civil da Internet não indicar uma flexibilidade da compreensão rígida da neutralidade de rede, os acordos de *zero-rating* deverão ser compreendidos como ilícitos, com base no *caput* do artigo 9º do próprio Marco Civil.¹³³

Ramos, também em momento anterior à regulamentação do MCI, considerou que o ZR gratuito era vedado pelo MCI, sendo o ZR patrocinado e o ZR para serviços de emergência, no entanto, permitidos.¹³⁴ Sem abordar estas nuances, opinou Carlos Eduardo de Oliveira, em 2014, contra a licitude da prática de isenção:

A oferta gratuita de acesso à determinada aplicação é uma estratégia de marketing, pois evidentemente tanto o provedor de conexão, que amplia sua base de usuários e o volume de tráfego por suas redes, quanto o provedor de aplicações, que incrementa o potencial publicitário de seu serviço, têm benefícios econômicos indiretos por essa oferta. Ocorre que, ao estimular o acesso a determinada aplicação (como o Facebook), o provedor de conexão viola o princípio da neutralidade de rede, pois privilegia o conteúdo de uma aplicação em detrimento de outro, redirecionando (ou estimulando o redirecionamento) o internauta a determinada aplicação. Ora, por que o provedor de aplicação só dará privilégio a uma determinada aplicação (como o facebook) em detrimento de outra (como o orkut)? Isso não é admitido.¹³⁵

A vedação do ZR diante da neutralidade de rede encontra respaldo na opinião de importantes defensores da neutralidade de rede no cenário internacional, como Bárbara Van

¹³³SILVA, L.N., LEURQUIN, P., BELFORT, A; Os acordos de zero-rating e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede. *Revista de Direito da Concorrência*, Vol. 4, nº 1, maio 2016, pp. 21-56. p. 47.

¹³⁴RAMOS, Pedro H. S.. *Arquitetura da Rede e Regulação: a neutralidade da rede no Brasil. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas*, 2015. p. 165-175.

¹³⁵OLIVEIRA, C. E. E. de. *Aspectos principais da Lei n. 12.965 de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidades jurídicas*. Brasília: Senado Federal, 2014. p. 8. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-148-aspectos-principais-da-lei-no-12.965-de-2014-o-marco-civil-da-internet-subsidios-a-comunidade-juridica>>. Acesso em: 11 de dez. de 2017.

Schewick, para quem os efeitos da prática se equiparam aos de degradações de tráfego, de modo que ela deveria ser considerada igualmente uma quebra da neutralidade de rede. A autora expressa que a conduta deveria ser banida de antemão, dado que a análise *ex post* deixaria o público com o ônus de trazer as queixas, o que geraria consideráveis custos sociais.¹³⁶ Bárbara Van Schewick, junto a Lawrence Lessig, Tim Wu e outros 33 pesquisadores assinaram uma carta à *Federal Trade Commission* com diversas recomendações legislativas, dentre elas, o banimento do ZR.¹³⁷

O Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro participou da consulta pública sobre a regulamentação do Marco Civil da Internet e na ocasião, segundo reportagem de portal do Terra,¹³⁸ também manifestou que o ZR seria incompatível com o ZR. Aliás, mesmo após a regulamentação, com a promulgação do DMCI, diversos especialistas continuaram interpretando que o ZR seria vedado, incluindo membros do CGI.BR, conforme reportagem da página "Convergência Digital", da UOL.¹³⁹ No entanto, a mesma reportagem deixou claro que a questão levantou opiniões divergentes dos diferentes departamentos jurídicos consultados.

Sobre divergência, iniciamos a explorá-la com o exemplo de Demi Getschko, Conselheiro do Comitê Gestor da Internet do Brasil (CGI.br) desde 1995:

Pode ser que alguns serviços, devido a acordos comerciais, não gastem minha franquia, e isso pode ter efeitos em áreas como a de competição ou a econômica mas, em meu entendimento, se o meu livre arbítrio em usar o que contratei estiver preservado, e se os "pacotes de dados" não forem priorizados, não perco neutralidade com isso. Penso, assim, que a discussão sobre bytes que gastam a

¹³⁶ SCHEWICK, Barbara Van. *Network Neutrality and Zero-rating*. Contribuição à FCC, 2014. p.1-2. Disponível em: <<https://ecfsapi.fcc.gov/file/60001031582.pdf>>. Acesso em: 18 de dez. de 2017.

¹³⁷ ANNANY, Mike et al. *Professors letter to FCC*, 2015. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/downloads/ProfessorLetterToFTC-20150129.pdf>>. Acesso em: 18 de dez. de 2017.

¹³⁸ TELE.SÍNTESE, "Zero rating contraria Marco Civil da Internet, afirma FGV-RIO". Fevereiro, 2015. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/zero-rating-contraria-marco-civil-da-internet-afirma-fgv-rio/>>. Acesso em: 18 de dez. de 2017.

¹³⁹ "O decreto veda acordo pagos para priorização. Como acredito que o zero rating constitui uma forma de prioridade, defendendo que acordos pagos para zero rating estariam vedados", sustenta o especialista em Direito da Internet e sócio da Advocacia José Del Chiaro, Ademir Pereira Junior. (...) O colega de CGI.br Eduardo Parajo sublinha a mesma questão. 'O Decreto diz que os modelos de cobrança precisam preservar uma internet única. É claro que agora cada artigo será olhado com lupa. Mas aparentemente está proibido os acordos do tipo 'zero rating', qualquer privilégio está bloqueado. Vai exigir muita criatividade para interpretar isso de forma diferente', diz ele. (...) A advogada da Proteste e igualmente integrante do Comitê Gestor, Flávia Lefèvre, destaca também as vedações aos acordos que não descontam as franquias de dados. 'Ficou claro que práticas comerciais como o 'zero rating' estão coibidas, assim como o Freebasic do programa Internet.org do Facebook', afirma." CONVERGÊNCIA DIGITAL, "Zero rating: Marco Civil proíbe ou não acordos comerciais com as OTTs?". Maio, 2016. Disponível em: <<http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&UserActiveTemplate=mobile%252Csite&infoid=42398&sid=4/>>. Acesso em: 18 de dez. de 2017.

franquia e outros que não gastam, cabe dentro de uma rede que não restringe o arbítrio do usuário, tecnicamente neutra. Poderia isso deformar o cenário competitivo e econômico? Pode ser.

Mesmo assim, não é missão do Marco Civil tratar desse aspecto.¹⁴⁰

Também a Associação Brasileira de Direito da Tecnologia da Informação e das Comunicações (ABDTIC) opinou nesta direção na consulta pública sobre a regulamentação do MCI:

(...) a garantia de isonomia que consta do artigo 9º do MCI impede a adoção de modelagens de tráfego que levem à concessão de privilégios em termos de velocidade ou tratamento técnico, pelas prestadoras de telecomunicações, a uma determinada aplicação, em detrimento de aplicações concorrentes.

É dizer, a neutralidade de rede, nos termos do MCI, nada tem a ver com modelos de negócios diferenciados e/ou tratamentos de tarifação conferidos por uma prestadora de telecomunicações a um provedor de aplicação, no exercício de liberdades previstas na própria Lei, limitando-se apenas a disciplinar um dever de isonomia no tráfego de dados.¹⁴¹

A despeito das outras opiniões citadas, de que o ZR seria um privilégio a alguns conteúdos e, portanto, feriria a neutralidade de rede, a manifestação da ANATEL no inquérito aberto no CADE sobre ZR seguiu esta segunda linha.¹⁴² Esta perspectiva, que também foi ratificada naquele inquérito pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, percebe a vedação à discriminação prevista no artigo 9º do diploma como uma garantia de isonomia no tratamento técnico dos pacotes de dados em seu percurso na rede. Isto é, a rede sempre teria de dar condições iguais para os pacotes de dados, sem priorizações injustificadas, bloqueios arbitrários ou concessão de privilégios de velocidade. A (não) tarifação dos pacotes de dados estaria em campo comercial exterior a tal vedação, encontrando-se protegida pela liberdade dos modelos de negócios prevista no art. 3º, VIII do MCI. Tal fato, contudo, não impediria a análise de condutas ZR com evidências de efeitos sociais negativos.

A ANATEL, em sua manifestação no referido inquérito, usou o exemplo do Chile para sustentar que uma visão tão estrita da neutralidade de rede, como a que veda expressamente o ZR, seria desaconselhada. O referido país, que em 2010 foi pioneiro em legislação sobre a

¹⁴⁰GETSCHKO, Demi. *O Marco Civil não é a cura de todos os males*, 2015. Estadão. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-marco-civil-nao-e-a-cura-de-todos-os-males-imp-,1631597>>. Acesso em: 18 de dez. de 2017.

¹⁴¹*Manifestação da Associação Brasileira de Direito da Tecnologia da Informação e das Comunicações (ABDTIC) na consulta pública sobre a regulamentação do MCI*. Maio, 2015. Disponível em: <goo.gl/SsvgKK>. Acesso em: 18 de dez. de 2017.

¹⁴²BRASIL. ANATEL. *Manifestação no Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71*.

neutralidade de rede, proibiu o ZR em 2014.¹⁴³ ¹⁴⁴ A interpretação das autoridades locais foi, em sintonia com as primeiras visões aqui expostas, de que a discriminação positiva de preços efetuada pelo ZR seria uma das discriminações vedadas pela neutralidade de rede. No entanto, conforme relato da agência brasileira, o governo chileno tem tido dificuldades em sustentar a consistência de tal decisão. Isto é afirmado pois o Chile acabou permitindo posteriormente a iniciativa Wikipedia Zero - um ZR da referida enciclopédia online. Na ocasião, segundo a Fundação Wikimedia¹⁴⁵, as autoridades chilenas, ao darem o aval aos organizadores da Wikipedia Zero, afirmaram que o caso não se encaixaria na vedação realizada, que foi direcionada a práticas específicas que ocorriam no momento da edição do Ofício proibitivo.

Também o exemplo europeu é trazido pela agência na defesa de uma análise *ex post* da conduta. O argumento é de que os textos legais brasileiros e europeus quanto à neutralidade de rede são muito semelhantes, e que a interpretação do BEREC (grupo técnico assessor da União Europeia) para o dispositivo se assemelha àquela defendida em nosso país pela ANATEL, no sentido de não entender contida na neutralidade de rede a vedação completa de qualquer prática de ZR. O BEREC entende que, no caso de um pacote de dados contratado se esgotar e só às aplicações e conteúdos ZR for permitido acesso, há quebra imediata da neutralidade de rede. Em outros casos, no entanto, não haveria uma vedação *per se*, mas sim uma avaliação caso a caso.

Quanto ao cenário internacional, pertinente também é abordar a situação norte-americana. De acordo com a *Open Internet Order* de 2015, a prática de ZR também não era vedada *per se*, sendo o veredito efetuado de acordo com o caso concreto.¹⁴⁶ Em Janeiro de 2017, no final da gestão de Tom Wheeler (alinhado aos democratas), um relatório da FCC afirmou que práticas de ZR da Verizon e da AT&T apresentavam fortes indícios de violação às regras da neutralidade de rede do país.¹⁴⁷ Ocorre, contudo, que as discussões sobre o tema nos Estados Unidos da América estão bastante politizadas, com o partido republicano

¹⁴³CHILE, Lei 20.453 de 26 de Agosto de 2010. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570>>. Acesso em: 18 de dez. de 2017.

¹⁴⁴CHILE. Subsecretaria de Telecomunicaciones. Ofício Circular nº 40/DAP 13221/F-51 de 14 de Abril de 2014. Disponível em: <http://www.subtel.gob.cl/transparencia/Perfiles/Transparencia20285/Normativas/Oficios/14oc_0040.pdf> . Acesso em: 18 de dez. de 2017.

¹⁴⁵WIKIMEDIA, “*Ente regulador chileno le da la bienvenida a Wikipedia Zero*”. 2014. Disponível em: <<https://blog.wikimedia.org/es/2014/09/23/ente-regulador-chileno-le-da-la-bienvenida-a-wikipedia-zero/>>. Acesso em: 18 de dez. de 2017.

¹⁴⁶ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FCC. *Policy Review of Mobile Broadband Operators’ Sponsored Data Offerings for Zero-Rated Content and Services*, 2017. p.3. Wireless Telecommunications Bureau Report. Disponível em: <https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-342987A1.pdf>. Acesso em: 18 de dez. de 2017.

¹⁴⁷Idem.

adotando oposição às regras de neutralidade de rede. Com efeito, sob a nova gestão de Ajit Pai (alinhado ao atual presidente Donald Trump), a FCC revogou o dito relatório e encerrou inquéritos afins.¹⁴⁸ Não só isso, a gestão republicana também revogou recentemente toda a *Open Internet Order*, o que parece dar início a uma completa nova abordagem do tema naquele país.^{149 150}

Conforme exposto, há, grosso modo, duas perspectivas opostas no que tange às práticas de ZR no âmbito regulatório. A primeira delas, defendida em geral por proponentes de uma neutralidade de rede mais estrita, enxerga na discriminação contida no ZR uma violação do referido princípio. Isto ocorreria principalmente porque a prática significaria uma interferência da operadora na interação do usuário na rede. Ao eleger os acessos que seriam isentados, as empresas provedoras de conexão invariavelmente distorceriam a competição no mercado de conteúdos e aplicações e minariam o ambiente inovador que a internet vem sendo desde os seus primórdios. Por conseguinte, as práticas comerciais de ZR descritas neste trabalho deveriam ser *per se* vedadas.

A segunda delas, sustentada em geral por defensores de uma visão mais maleável de neutralidade de rede, não enxerga necessariamente a discriminação efetuada através do ZR como violadora. Embora grande parte destes autores reconheça que a prática tem algum potencial maléfico e que pode gerar consequências negativas para o desenvolvimento da internet em alguns casos, eles entendem que o ZR pode também ser positivo, por expandir o acesso à rede, por possibilitar práticas de negócio inovadoras e geradoras de valor, entre outros argumentos expostos neste trabalho. Assim sendo, nem sempre a tática comercial do ZR ofereceria perigo ao ambiente inovador da internet ou restringiria as escolhas do usuário, não devendo ela ser terminantemente proibida, portanto.

Independentemente da perspectiva preferida, o fato é que, conforme expusemos em mais de um momento deste trabalho, a ANATEL vem adotando a segunda interpretação, o que nos permite afirmar que, neste momento, o ZR em si não é ilícito no Brasil. Contudo, suas consequências poderão e deverão ser monitoradas, sendo então possível alguma consequência no âmbito regulatório se, no caso concreto, houver colisão com dispositivos e princípios do MCI e do DMCI.

¹⁴⁸BROADCASTING & CABLE. *FCC's Wireless Bureau Dumps Zero-Rating Report*, 2017. Disponível em: <<http://www.broadcastingcable.com/news/washington/fccs-wireless-bureau-dumps-zero-rating-report/163063>>. Acesso em: 18 de dez. de 2017.

¹⁴⁹Comunicado do site oficial da FCC. *Restoring Internet Freedom*, 2017. Disponível em: <<https://www.fcc.gov/restoring-internet-freedom>>. Acesso em: 18 de dez. de 2017.

¹⁵⁰Este trabalho foi concluído apenas 4 dias após a decisão, havendo ainda a possibilidade de anulação judicial.

5. CONCLUSÃO

No presente trabalho, intentou-se a realização de uma análise acerca da prática do ZR em suas modalidades gratuita e patrocinada e de sua legalidade nos âmbitos regulatório e concorrencial. Dado que o debate se insere em uma discussão mais ampla sobre neutralidade de rede, esta também foi analisada neste trabalho. Sob ambas as óticas, como demonstramos nesta monografia, uma avaliação caso a caso se faz fundamental, motivo pelo qual, para além da análise jurídica convencional, também demos ênfase a diferentes nuances que podem existir na prática e a quais seriam seus impactos possíveis, de acordo com a literatura. Diante do exposto, destacam-se as seguintes considerações extraídas ao longo do estudo:

- a. A neutralidade de rede é um princípio criado para combater discriminações injustas no tratamento de pacotes de dados por parte dos provedores de conexão, com o fim de proteger a natureza aberta e pró-inovação da internet e assegurar a liberdade de expressão e a autonomia do usuário. Não há consenso sobre a abrangência do princípio e existem posições intermediárias: alguns defendem uma aplicação mais rígida, outros advogam por mais flexibilidade. Além disso, trata-se de uma questão multifacetada, que deve considerar impactos econômicos, bem como impactos políticos, já que a internet é hoje um meio de comunicação social.
- b. O legislador brasileiro adotou o referido princípio no art. 9º, caput do MCI ao estabelecer o tratamento isonômico entre os pacotes de dados, independentemente tanto de critérios objetivos (serviço, aplicação ou conteúdo), quanto de critérios subjetivos (terminal, origem e destino). O diploma, embora bem tenha estabelecido diretrizes gerais para o assunto, não exauriu todas as situações possíveis.
- c. O ZR é a prática de isentar de custos o acesso a algum conteúdo ou aplicação na internet. A prática não é homogênea, podendo se exteriorizar de mais de uma forma. Justamente por isso, é uma conduta que pode tanto aumentar a eficiência do mercado e estender a penetração da internet na população, quanto ocasionar efeitos anticoncorrenciais e desestimular a inovação.
- d. No âmbito regulatório, não houve vedação expressa ao ZR. Ainda assim, parte da doutrina entende que a prática estaria abrangida pela vedação de

discriminação estabelecida no art. 9º do MCI. A ANATEL, no entanto, vem adotando posicionamento contrário a este, no sentido de que a discriminação do referido dispositivo abrange apenas a esfera técnica de gestão de tráfego, estando excluída a esfera comercial de cobrança. Portanto, pode-se afirmar que a prática atualmente é lícita, desde que não conflitante com outros dispositivos estabelecidos em nosso ordenamento.

- e. No âmbito concorrencial, a postura consolidada do CADE diante de restrições verticais, como as que o ZR pode vir a ocasionar, é de que a análise será *ex post*. Por conseguinte, conclui-se que não há de antemão qualquer vedação *per se* ao ZR, restando a constatação de infração concorrencial sempre pendente de evidências do caso concreto.

Efetuamos este trabalho em busca de conhecimento, e não de certeza. Ao fim dele, de fato, permanecem dúvidas. Empiricamente ainda estão pouco claros os efeitos que as diferentes abordagens de neutralidade de rede ou sua ausência causam. Neste sentido, também os diversos modelos de negócios que com tal princípio dialogam, como é o caso do ZR, também necessitam de estudos empíricos mais detalhados para que se possa delinear melhores diretrizes para seu tratamento. Por este motivo e pelos apontamentos teóricos trazidos ao longo deste trabalho, consideramos acertada a não vedação completa do ZR; no entanto, não defendemos a liberação cega, sendo necessária a vigilância, sobretudo diante de certas nuances apontadas neste trabalho, como a presença de integração vertical ou a incidência de exclusividade nos acordos que geram a prática.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO DA TECNOLOGIA, DA INFORMAÇÃO E DAS COMUNICAÇÕES (ABDTIC). *Manifestação na consulta pública sobre a regulamentação do MCI*. Maio, 2015. Disponível em: <goo.gl/SsvgKK>. Acesso em: 12 de dez. de 2017.

AZEVEDO, Paulo Furquim de et al. Restrições Verticais e Defesa da Concorrência. In: MATTOS, César Costa Alves de et al. *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATES, Samantha and Bavitz, Christopher and Hessekiel, Kira, *Zero Rating & Internet Adoption: The Role of Telcos, ISPs & Technology Companies in Expanding Global Internet Access: Workshop Paper & Research Agenda*. Berkman Klein Center Research Publication No. 2017-9. Outubro, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3047847>>. Acesso em: 12 de nov. de 2017.

BAUMOL, William; Cave, Martin; Cramton, Peter; Hahn, Robert; Hazlett, Thomas; Joskow, Paul; Kahn, Alfred; Litan, Robert; Mayo, John; Messerlin, Patrick; Owens, Bruce; Pyndick, Robert; Savage, Scott; Smith, Vernon; Wallsten, Scott; Waverman, Leonard; e White, Lawrence. *Economist's Statement on Network Neutrality Policy*. AEI Brookings Institutions, Março, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=976889>. Acesso em: 12 de nov. de 2017.

BRASIL. ANATEL. Manifestação sobre a regulamentação da neutralidade de rede prevista no MCI. Maio, 2016. Disponível em: <goo.gl/DFvtPP>. Acesso em: 08 de dez. de 2017.

_____. Manifestação no Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71. Representante: Ministério Público Federal junto ao CADE. Representadas: OI Móvel S.A., CLARO S.A., TELEFONICA BRASIL S.A. e TIM Celular S.A.

BRASIL. Decreto n. 4.829, de 3 de setembro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4829.htm>. Acesso em: 08 de dez. de 2017.

_____. Decreto nº 8771, de 11 de maio de 2016. *Planalto*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm> Acesso em: 04 de out. de 2017

_____. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 13 de out. de 2017.

BRASIL, CADE. Despacho nº 1275/2017. Disponível em < goo.gl/9s96Lt>. Acesso em: 28 de set. de 2017.

_____. Voto do Conselheiro César Mattos no Ato de Concentração 08012.000836/2009-23. Requerentes: Polimix Concreto Ltda. e Camargo Córrea Cimentos S.A. Disponível em: <<http://anexos.radaroficial.com.br/f415b5cb314fa4f91352e9f5ae787534.pdf>>. Acesso em: 05 de dez. de 2017.

_____. Cartilha do CADE, 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em: 08 de dez. de 2017.

_____. Nota técnica 34/2017. Setembro, 2017. Disponível em: <goo.gl/2x5ogx>. Acesso em: 28 de nov. de 2017.

_____. Perguntas gerais sobre defesa da concorrência, 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>>. Acesso em: 4 de dez. de 2017.

_____. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10. Representante: Schincariol. Representada: Ambev. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Brasília, 22 de julho de 2017. Disponível em: <<http://anexos.radaroficial.com.br/b7b29a4da7bf542dce316a206a014474.pdf>>. Acesso em: 9 de dez. de 2017.

_____. Resolução nº 20, de 20 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>>. Acesso em: 09 de dez. de 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. Representação de abertura do inquérito nº 08700.004314/2016-71. Representante: Ministério Público Federal junto ao CADE. Representadas: OI Móvel S.A., CLARO S.A., TELEFONICA BRASIL S.A. e TIM Celular S.A. Disponível em: <goo.gl/e4biE6>. Acesso em: 27 de out. de 2017.

BREYER, Stephen G. et al. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Texts and Cases*. 7. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

BROADCASTING & CABLE. *FCC's Wireless Bureau Dumps Zero-Rating Report*. 2017. Disponível em: <<http://www.broadcastingcable.com/news/washington/fccs-wireless-bureau-dumps-zero-rating-report/163063>>. Acesso em: 18 de dez. de 2017.

CHILE, Lei 20.453 de 26 de Agosto de 2010. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570>>. Acesso em: 12 de dez. de 2017.

_____. Subsecretaria de Telecomunicaciones. Ofício Circular nº 40/DAP 13221/F-51 de 14 de Abril de 2014. Disponível em: <http://www.subtel.gob.cl/transparencia/Perfiles/Transparencia20285/Normativas/Oficios/14oc_0040.pdf> . Acesso em: 13 de dez. de 2017.

Comunicado do site oficial da FCC. *Restoring Internet Freedom*. 2017. Disponível em: <<https://www.fcc.gov/restoring-internet-freedom>>. Acesso em: 18 de dez. de 2017

CNN, *Netflix and Comcast strike deal to allow faster speeds*. 23 de fev. de 2014. Disponível em: <<http://money.cnn.com/2014/02/23/technology/netflix-comcast-streaming-deal/index.html>>. Acesso em: 12 de nov. de 2017.

Comissão Europeia (Org.). *Zero-rating practices in broadband markets*. Bruxelas: Dotecon Ltd, 2017. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0217687enn.pdf>>. Acesso em: 25 de nov. de 2017.

CONVERGÊNCIA DIGITAL, "*Zero rating: Marco Civil proíbe ou não acordos comerciais com as OTTs?*". Maio, 2016. Disponível em: <<http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&UserActiveTemplate=mobile%252Csite&inoid=42398&sid=4/>>. Acesso em: 24 de nov. de 2017.

CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de nov. de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIGITAL FUEL MONITOR. *EU28 & OECD mobile internet access competitiveness report Q4 2014*. Helsinki, 2014. Disponível em: <http://research.rewheel.fi/insights/2014_nov_premium_q4_update/>. Acesso em: 25 de nov. de 2017.

DROSSOS, Antonio. *The Real Threat to the Open Internet Is Zero-Rated Content*, *World Wide Web Foundation*, 2015. Disponível em: <http://research.rewheel.fi/downloads/Webfoundation_guestblog_The_real_threat_open_internet_zerorating.pdf>. Acesso em: 24 de dez. de 2017.

EISENACH, Jeffrey A.. *The Economics of Zero Rating*. Nera Economic Consulting. mar. 2015. Disponível em: <<http://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/EconomicsofZeroRating.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2017

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FCC. *Policy Review of Mobile Broadband Operators' Sponsored Data Offerings for Zero-Rated Content and Services*. 2017. Wireless Telecommunications Bureau Report. Disponível em: <https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-342987A1.pdf>. Acesso em: 18 de dez. de 2017.

EXAME, *A Claro não cobrava pelo acesso às redes sociais desde 2013, sendo remunerada por meio de compensações como publicidade nos sites*. Abril, 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/claro-corta-acesso-a-twitter-e-facebook-mas-eleva-franquia/>>. Acesso em: 24 de nov. de 2017.

_____. *Brasil é o 4º país em número de usuários de internet*. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/brasil-e-o-4o-pais-em-numero-de-usuarios-de-internet/>>. Acesso em: 13 de nov. de 2017.

FAGUNDES, Jorge; MATTOS, César; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. *Nota técnica: economia da neutralidade de rede*. Revista do IBRAC, Vol. 24, 2013.

FALCÃO, Márcio e BORBA, Júlia. *Nova versão do Marco Civil da Internet libera venda de pacotes sem discriminar conteúdo*, Jornal Folha de São Paulo, 11 de dezembro de 2013, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/12/1384035-nova-versao-do-marco-civil-da-internet-libera-venda-de-pacotes-sem-discriminar-conteudo.shtml>>. Acesso em: 23/10/2017.

FAULHABER, Gerald. *Economics of Net Neutrality: A Review*. Communications & Convergence Review, v. 3, n. 1, 2011. p. 5-6. Disponível em: <http://assets.wharton.upenn.edu/~faulhabe/Econ_Net_Neut_Review.pdf>. Acesso em: 24 de nov. de 2017.

FAULHABER, Gerald e FARBER, David. "The Open Internet: A Customer-Centric Approach". *International Journal of Communication* 4, p. 302-342, 2010. Disponível em: <<http://ijoc.org/index.php/ijoc/article/viewFile/727/411>>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

FERRONATO, Fernanda. *Regulação e poder na Internet: o direito antitruste como alternativa à imposição da neutralidade da rede proposta pelo Marco Civil*. 10.º Concurso de Monografia Levy & Salomão. São Paulo, 2014.

FOLHA DE SÃO PAULO, *Brasil Telecom bloqueia soft de telefonia via web, dizem usuários*. 13 nov. 2004. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u17342.shtml>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 7. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2014.

FRISCHMANN, B. M.; VAN SCHEWICK, B. *Network neutrality and the economics of an information superhighway: A reply to Professor Yoo*. *Jurimetrics*, 2007. p. 426-427.

GETSCHKO, Demi. *O Marco Civil não é a cura de todos os males*, 2015. Estadão. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-marco-civil-nao-e-a-cura-de-todos-os-males-imp-,1631597>>. Acesso em: 12 de dez. de 2017.

LEE, Robin S.; WU, Tim. *Subsidizing Creativity through Network Design: Zero-Pricing and Net Neutrality*. *Journal Of Economic Perspective*. Estados Unidos da América, 2009. p. 61-76. Disponível em: <<http://www.people.fas.harvard.edu/~robinlee/papers/NetNeutrality.pdf>>. Acesso em: 12 de nov. de 2017.

LEMLEY, Mark A. e LESSIG, Lawrence, *The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*. *UCLA Law Review*, Vol. 48, p. 925, 2001. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=247737>>. Acesso em 16 de out. de 2017.

LEMOS, Ronaldo. *Internet brasileira precisa de marco regulatório civil*. UOL Notícias. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. Acesso em: 01 de out. de 2017.

LEMOS, Ronaldo et al. *Comentários e Sugestões sobre o substitutivo do Projeto de Lei de Crimes Eletrônicos (PL no 84/99) apresentado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/7719>>. Acesso em 1 de outubro de 2017.

LESSIG, Lawrence. *Hearing on the future of the internet*. Testemunho realizado no U.S. Senate Committee on Commerce, Science and Transportation em 22/04/2008. Disponível em: <<http://msl1.mit.edu/furdlog/docs/hearings/2008-04-22/lessig.pdf>>. Acesso em: 14 de nov. de 2017.

MOBILE TIME, *Zero rating: Proteste recorre contra decisão do Cade de arquivar investigação*, 2017. Disponível em: <<http://www.mobiletime.com.br/11/09/2017/zero-rating->

proteste-recorre-contradecisao-do-cade-de-arquivar-investigacao/476522/news.aspx>. Acesso em: 09 dez. 2017.

NAZARENO, Cláudio. *Nota técnica*: Texto referência acerca do Marco Civil da Internet para o “fique por dentro”. Brasília: Consultoria Legislativa, 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/marco-civil/texto-base-da-consultoria-legislativa-pdf>>. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

OLIVEIRA, C. E. E. de. *Aspectos principais da Lei n. 12.965 de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidades jurídicas*. Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível em:<<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-148-aspectos-principais-da-lei-no-12.965-de-2014-o-marco-civil-da-internet-subsidios-a-comunidade-juridica>>. Acesso em: 24 de dez. de 2017.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2.ed.São Paulo: Rev. dos Tribunais. 2013.

PAPP, A. C. *Em nome da internet: os bastidores da construção coletiva do Marco Civil*. São Paulo, 2014. Disponível em:

<https://issuu.com/annacarolinapapp/docs/em_nome_da_internet>. Acesso em: 20 de set. de 2017.

RAMOS, Pedro H. S. *Arquitetura da Rede e Regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. 2015.

_____. *Uma Questão de Escolhas - o debate sobre a regulação da neutralidade da rede no Marco Civil da Internet*, Anais do XXII CONPEDI, 2013, p. 266 – 291. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b750f74544cb00c>. Acesso em: 12 out. 2017

_____, *Neutralidade Da Rede e o Marco Civil da Internet: um guia para Interpretação*, Setembro, 2014. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2496076>>. Acesso em: 23 de out. de 2017.

_____, *Towards a Developmental Framework for Net Neutrality: The Rise of Sponsored Data Plans in Developing Countries*. Telecommunications Policy Research Conference, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2418307>>. Acesso em 26 de nov. de 2017.

ROCHET, J.C e TIROLE, J. *Two-Sided Markets: An Overview*. Março, 2004. Disponível em: <http://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf>. Acesso em: 24 de out. de 2017.

SALTZER, J.h.; REED, D.p.; CLARK, D.d.. End-to-end arguments in system design. *Acm Transactions On Computer Systems* 2, v. 2, n. 4, nov. 1984. Disponível em: <<http://web.mit.edu/Saltzer/www/publications/endtoend/endtoend.pdf>>. Acesso em: 24 de dez. de 2017.

SANTOS, Vinicius Wagner Oliveira. Governança da internet no Brasil e no mundo: a disputa em torno do conceito de neutralidade da rede. *ComCiência*, Campinas, n. 158, maio 2014 . Disponível em <http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542014000400009&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 23 set. 2017.

SILVA, L.N., LEURQUIN, P., BELFORT, A; Os acordos de zero-rating e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede. *Revista de Direito da Concorrência*, Vol. 4, nº 1, maio 2016.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TELE.SÍNTESE, "Zero rating contraria Marco Civil da Internet, afirma FGV-RIO". Fevereiro, 2015. Disponível em: < <http://www.telesintese.com.br/zero-rating-contraria-marco-civil-da-internet-afirma-fgv-rio/>> Acessado em: 24 de nov. de 2017.

TEREPINS, Sandra. *Neutralidade de rede: uma análise concorrencial da discriminação do conteúdo e aplicativos pelo detentor de rede de internet banda larga*. V Prêmio SEAE (2010). Concurso de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica (categoria profissionais). Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda. 2010. Disponível em: < http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2010/v-premio-seae-2010/Tema_1_3_lugar_Sandra_Diagramado.pdf>. Acesso em: 14 de nov. de 2017.

THE GUARDIAN, "Mark Zuckerberg says connectivity is a basic human right – do you agree?". Janeiro, 2014. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2014/jan/03/mark-zuckerberg-connectivity-basic-human-right>>. Acesso em: 24 de nov. de 2017.

VAN SCHEWICK, Barbara. *T-Mobile's Binge On Violates Key Net Neutrality Principles*. Stanford, 2016. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/downloads/vanSchewick-2016-Binge-On-Report.pdf>>. Acesso em: 26 de nov. de 2017.

_____. *Network Neutrality and Zero-rating*. Contribuição à FCC. 2014, [S.l: s.n.]. Disponível em: <<https://ecfsapi.fcc.gov/file/60001031582.pdf>>. Acesso em: 23 de nov. de 2017.

WESTIN, Roberta. Neutralidade de Rede: Quem Ganha e quem perde? In ARTESE, Gustavo. *Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial*. p. 136-157. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015.

WIKIMEDIA, “*Ente regulador chileno le da la bienvenida a Wikipedia Zero*”. 2014. Disponível em: <<https://blog.wikimedia.org/es/2014/09/23/ente-regulador-chileno-le-da-la-bienvenida-a-wikipedia-zero/>>. Acesso em: 13 de dez. de 2017.

WU, Tim; YOO, Christopher. "Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate" *Federal Communications Law Journal*: Vol. 59: Iss. 3, Article 6, 2007. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol59/iss3/6>>. Acesso em: 1 de out. de 2017.

WU, Tim. *A Proposal for Network Neutrality*. Charlottesville: University of Virginia, junho, 2002. Disponível em: <<http://www.timwu.org/OriginalNNProposal.pdf>> Acesso em: 24 de dez. de 2017.

_____, Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, 2003. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=388863>. Acesso em: 12 de out. de 2017.

YOO, Christopher. Beyond Network Neutrality. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 19, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v19/19HarvJLTech001.pdf>>. Acesso em: 2 de out. de 2017.