

A aplicação do modelo de exceção a práticas discriminatórias de tráfego da internet no Brasil: as práticas *zero-rating* em análise da Nota Técnica n. 34 do CADE

George Lucas Souza DIÓGENES*

Rodrigo Vieira COSTA**

RESUMO: O artigo ocupa-se com a aplicação do princípio da neutralidade da rede a partir da nota técnica n. 34 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que aborda as práticas do *zero-rating* e também seu impacto na legislação nacional de proteção à concorrência. Para possibilitar o objetivo de esclarecer como aquele princípio é interpretado pela autoridade administrativa brasileira, se expõe primeiro o conceito básico de neutralidade da rede e a sua relação com a estrutura que lhe é subjacente. Segue-se a isso a elucidação das práticas de *zero-rating* e seus possíveis efeitos, com atenção ao caráter especulativo do tema. Em um terceiro momento, precisa-se a argumentação trazida na nota técnica e suas respectivas formas teóricas, ao mesmo tempo em que se põe em discussão as questões concorrenciais e consumeristas trazidas pelo documento. Por fim, lida-se com a problematização da conjunção do quadro teórico trabalhado com as correlatas peculiaridades do ordenamento jurídico nacional. A conclusão é que a autoridade administrativa brasileira descarta o conceito de neutralidade da rede em favor do princípio da diversidade da rede, contrariando a estrutura normativa *ex ante* em que se funda o Marco Civil da Internet.

PALAVRAS-CHAVE: Marco Civil da Internet; neutralidade da rede; diversidade da rede; *zero-rating*; regulamentação antitruste.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Neutralidade da rede e sua expressão normativa no Brasil; – 3. A prática do *zero-rating*; – 4. Apresentação de caso: a nota técnica n. 34 do CADE; – 5. Análise do caso: entre a neutralidade e a diversidade da rede; – 6. Conclusão; – Referências.

TITLE: *The Application of the Legal Exceptions to Discriminatory Practices Regarding Network Traffic in Brazil: The Zero-Rating and the Technical Note n. 34 by CADE*

ABSTRACT: *This article deals with the application of the network neutrality principle from the underlying perspective of the technical note n. 34 provided by the Administrative Council of Economic Defense (CADE), which covers the commercial practices known as zero-rating and their impact on Brazilian antitrust regulations. In order to achieve the objective of clarifying the guidelines and framework employed by the Brazilian administrative competent authorities to interpret that principle, it is necessary to elucidate first the definition of network neutrality and its relation to the underpinning structure. Afterwards, the text expounds the definition of zero-rating practices and their possible effects, dedicating attention to the speculative nature of the topic. In a third moment, the analysis will scrutinize the arguments presented in the technical note and their respective theoretical forms, at the same time that the competition and consumer issues raised by the*

* Mestre em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido.

** Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido. Investigador Visitante com Estágio Pós-Doutoral no Centro de Estudos Sociais (CES) na Universidade de Coimbra (2020-2021). Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (PPGD/UFERSA). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisador-Líder do DiGiCULT/UFERSA - Estudos e Pesquisas em Direito Digital e Direitos Culturais.

document are addressed. Lastly, the survey deals with the problematization raised by the conjunction of that theoretical framework with the peculiarities of the Brazilian legal system. The article concludes that the Brazilian administrative authority sets aside the concept of network neutrality in favour of the network diversity principle, so that there is a conflict with the ex ante regulatory model embodied by Brazil's Internet Bill of Rights.

KEYWORDS: *Brazil's Internet Bill of Rights; network neutrality; network diversity; zero-rating; antitrust regulation.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Network neutrality and its normative expression in Brazil; – 3. The practice of zero-rating; – 4. Case presentation: CADE's technical note n. 34; – 5. Case analysis: between neutrality and network diversity; – 6. Conclusion; – References.*

1. Introdução

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) está em vigência há sete anos no Brasil e faz contar entre suas normas aquelas que perfazem o princípio de neutralidade da rede, o qual, em virtude da novidade e do conteúdo técnico que porta, desvela a problemática de sua aplicação.

Mais especificamente, este artigo tem como objetivo analisar de que forma a autoridade administrativa brasileira compreende e interpreta o princípio da neutralidade da rede, a partir do caso exposto na nota técnica n. 34 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

A presente pesquisa ocupar-se-á, primeiramente, do conceito de neutralidade da rede, discernindo seus elementos característicos e a descrição legal dada ao tema, expondo o modo específico no qual a legislação brasileira decidiu incorporar o princípio.

Em seguida, a conceituação das práticas que constituem o *zero-rating* preencherá o segundo tópico de desenvolvimento da pesquisa, acompanhado pela exposição dos principais argumentos a favor e contra a permissibilidade dessas condutas. A razão para tanto é que o *zero-rating* é o objeto central da discussão presente na nota técnica n. 34 do CADE, a qual, por sua vez, é objeto deste estudo.

Após a tessitura desse quadro conceitual, abre-se espaço para o terceiro tópico, o qual introduz o caso que dá causa à referida nota técnica e põe em destaque os argumentos nela expostos para sustentar a decisão de arquivar o inquérito administrativo aberto para a apuração de supostas práticas anticoncorrenciais em razão da aplicação do *zero-rating*.

É a partir da identificação dos pressupostos e das consequências desses argumentos que se buscará indicar como a autoridade administrativa brasileira interpreta o princípio da neutralidade da rede e o que isso significa para a sua concretização. Essa é a missão específica da quinta seção, o que não será feito sem o suporte das teorias de Christopher Yoo e de Tim Wu acerca dos modelos aplicáveis para melhor prevenir e resolver os possíveis conflitos oriundos dessa tecnologia de interação humana que é a internet.

Com o fim de trazer à realidade o objetivo e a estrutura apresentados nas linhas anteriores, a metodologia adotada consiste no uso do procedimento dedutivo aplicado à pesquisa documental e bibliográfica. Trata-se de estudo de caso baseado na nota técnica n. 34 do CADE.

A proposta de analisar qual interpretação se deseja conferir ao princípio da neutralidade da rede não se restringe à mera descrição dos entendimentos adotados pelas autoridades competentes para a aferição do alcance e do sentido do conteúdo principiológico. A presente pesquisa também ingressará nos esforços relativos à definição da substância essencial do princípio da neutralidade da rede.

Pois, em primeiro lugar, reconhece-se que a legislação que serve de base ao presente estudo é suficientemente vaga para permitir múltiplas acepções dos termos empregados, a exemplo da ordem transmitida pelo artigo 9º do Marco Civil da Internet para a realização de um “tratamento isonômico” dos pacotes de dados.

Em segundo lugar, parte considerável da principal literatura especializada na temática que trata da neutralidade da rede e do modo como esta se comporta em face de práticas negociais, aqui sobretudo o *zero-rating*, ignora as especificidades do ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, ao pesquisador que ajusta seu foco de observação ao nível nacional cabe parte da missão construtiva do sentido da norma com o fim de esclarecer à qual corrente o direito pátrio está associado e em que medida é possível discernir tal associação.

Em terceiro lugar, ainda que se parta de uma abordagem preponderantemente descritiva, o tratamento das interpretações dadas à neutralidade da rede realça a problemática oriunda das variadas repercussões que o princípio sob estudo emana sobre a estrutura da rede. Essas consequências passam, sem se deter, por questões de ordem estritamente técnica e atingem a dinâmica dos participantes da rede nas dimensões socioeconômicas e mesmo culturais e políticas, o que se noticia ao examinar os efeitos

vantajosos e negativos que se atribuem ao *zero-rating*. Ilustram esse ponto, além da abordagem sob o foco do direito concorrencial conferido pela nota técnica n. 34, as considerações tecidas no terceiro tópico deste texto, bem como a conexão das novas práticas comerciais com temas relativos à proteção dos direitos do consumidor.

Em outras palavras, a depender da forma como se concretiza o princípio da neutralidade da rede, consequências distintas são esperadas, sobretudo em relação aos usuários. Nisso se encontra a importância de recorrer ao modo de decidir das autoridades competentes para a aplicação da norma, nesse caso, a autoridade administrativa do CADE, para compreender as potencialidades instauradas por essas decisões.

2. Neutralidade da rede e sua expressão normativa no Brasil

A presença dos aparelhos eletrônicos e dos serviços de internet faz-se sentir em boa parte do Brasil, onde, segundo o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor,¹ cerca de três quartos da população possuem acesso à rede mundial de computadores, mormente por intermédio da internet móvel. Por outro lado, é razoável a presunção de que o tratamento normativo destinado às condutas relacionadas com práticas no ambiente virtual não é geralmente conhecido, tanto pela sua recente edição como pelo conteúdo especializado de suas normas.

Provável exceção é o caso das condutas que, sucedendo nos moldes informatizados, se assemelham a conteúdos normativos já mais difundidos em moldes anteriores, a exemplo dos crimes contra a honra. Não é esse, porém, o caso dos princípios e regras que incorporam a neutralidade da rede no ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo da regulação da internet pode se dar dentro de uma de suas várias camadas, que envolvem desde as infraestruturas físicas, passando pelos intermediários de conteúdos como aplicações e plataformas, até o transporte e o fluxo de dados e o acesso à rede. Tanto no Brasil, quanto na União Europeia, por exemplo, o princípio da neutralidade da rede é dirigido aos provedores de acesso à internet² (empresas operadoras de telecomunicação) como proibição ao tratamento discriminatório no tráfego de dados.

¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Acesso móvel à internet no Brasil: limites e bloqueios*. 2021. Disponível em: <https://idec.org.br/pesquisas-acesso-internet>. Acesso em: 26 de março de 2022, p. 5.

² DENARDIS, Laura. *The Global War for Internet Governance*. Londres: Yale University Press, 2014, p. 132.

No Brasil, a matéria é tratada pela Lei 12.965/2014³ (Marco Civil da Internet – MCI), cujo artigo 3º, em seu inciso IV, classifica a preservação e a garantia da neutralidade da rede como princípio da disciplina do uso da internet no Brasil. Todavia, a definição dada à neutralidade da rede espera até o artigo 9º da Lei para se revelar na qualidade de mandamento de não-discriminação de pacotes de dados, independentemente de seu conteúdo, origem, destino, terminal, aplicação ou serviço.

Ramos⁴ oferece o conceito de neutralidade da rede como a determinação aos provedores de acesso de tratar com isonomia os pacotes de dados que circulam na internet, e que, para tanto, o usuário não apenas deve possuir a possibilidade de acessar qualquer conteúdo oferecido pelos provedores de aplicação, como esse acesso deve também não ser comprometido por outras formas além do bloqueio (forma mais extrema de discriminação de pacotes de dados), a exemplo de discriminações por velocidade e por preço para o uso de determinadas aplicações em detrimento de outras.

Todavia, o conceito de neutralidade da rede não é assim tão pacífico entre os pesquisadores nacionais, e, com isso, não se quer simplesmente apontar que há rejeição ao princípio. Ao contrário, o que se verifica é que, mesmo quando se parte da aceitação da referida norma, surgem divergências sobre o conteúdo.

Outra razão para isso é que alguns desses pesquisadores, apesar de apoiarem-se em teses estrangeiras, a exemplo da obra de Christopher Yoo,⁵ não fazem uso da mesma terminologia oferecida pelo aludido referencial teórico e optam por distinguir entre duas possibilidades interpretativas do princípio. É o caso de Silva, Leurquin e Belfort,⁶ que partem da premissa de que há duas principais acepções do conceito de neutralidade da rede, uma radical, que não admitiria qualquer forma de discriminação, e outra flexível, compatível em maior medida com inovações comerciais e tecnológicas.

A bifurcação principiológica a que se acaba de referir parece ser uma influência direta da aplicação de técnicas de ponderação em sede constitucional, de forma que seria possível

³ BRASIL. *Lei 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

⁴ RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 13.

⁵ YOO, Christopher S. *Beyond Network Neutrality*. *Harvard Journal of Law and Technology*. Cambridge, v. 19, n. 1, 2005, p. 1-77. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 6 jul. 2020.

⁶ SILVA, Leandro Novais e; LEURQUIN, Pablo; BELFORT, André Costa. Os acordos de zero-rating e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede. *Revista de Defesa da Concorrência*. Brasília, v. 4, n. 1, 2016, p. 24.

falar que todo princípio, e não apenas aquele sob estudo, apresenta uma dimensão radical e flexível.

Para ser mais preciso: todo princípio abrigado pelo ordenamento jurídico é apenas flexível, se radical significar absoluto, haja vista que tal característica é rejeitada, de modo que falar de aspectos radical e flexível não oferece, por si só, uma definição precisa sobre o conteúdo de qualquer coisa. Assim, os problemas relativos a práticas comerciais (no presente caso, o *zero-rating*) tendem a ser deslocados da questão sobre sua compatibilidade com a neutralidade da rede para a missão de saber se o ordenamento, como um todo, as recebe, o que, ao lado da vaguidade de alguns termos adotados na legislação específica, abriria espaço para diversos posicionamentos. O próprio Marco Civil da Internet atesta essa postura quando, no parágrafo único de seu artigo 3º, afirma a não-taxatividade dos comandos principiológicos aplicáveis às matérias de que trata.

O debate nacional, nesse sentido, tende a fugir dos moldes construídos pela doutrina estrangeira para compatibilizar eventuais propostas de aplicação das leis reguladoras do uso da internet com a ordem jurídica brasileira. Os problemas de interpretação que esse desvio envolve serão explorados ao lado do tratamento das teorias de Christopher Yoo e Tim Wu,⁷ na quinta seção deste artigo.

De todo modo, nessa breve elucidação conceitual é de se observar o papel de dois principais agentes nas relações que constituem o substrato das relações em que incide o princípio da neutralidade da rede: os provedores de conexão e os provedores de aplicação.

Os primeiros são, mantendo o recurso às definições propostas por Ramos,⁸ as empresas encarregadas de prover o acesso à internet, podendo ser subclassificadas como provedores de acesso e provedores de trânsito, em que o primeiro tipo se diferencia por geralmente prover o acesso à internet ao usuário final e aos provedores de aplicações, enquanto que os provedores de trânsito, dispendo de uma pesada infraestrutura para realizar a conexão das redes que compõem a internet, prestam serviços a outros provedores de acesso e provedores de aplicações, geralmente de grande porte. Os provedores de conexão ocupam uma posição privilegiada na estrutura da rede na medida

⁷ WU, Tim; YOO, Christopher S. Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate. *Federal Communications Law Journal*. Washington DC, v. 59, n. 3, 2007, p. 575-592; Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 5 jul. 2020.

⁸ RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 36-37.

em que se põe como o canal (*gatekeeper*) entre os usuários destinatários desses pacotes de dados e os provedores de aplicação que, por sua vez, são os responsáveis pela introdução de serviços e produtos na rede, formando uma chamada “camada de conteúdo” e que precisam dos serviços dos provedores de acesso para entregar o conteúdo produzido ao usuário final.

Para esclarecer esses elementos, é preciso enfatizar que, quando aqui se fala de usuários como destinatários do conteúdo produzido na rede, não se quer com isso afirmar apenas a passividade do indivíduo na internet, ignorando a característica de intercriatividade descrita por Castells⁹ na observação dos fenômenos constituintes da sociedade da informação. Por essa característica, as pessoas que operam na internet, mesmo na condição de usuários, dispõem da habilidade e das ferramentas de produzirem novos conteúdos, de forma a serem emissários e receptores de dados ao longo da rede e destacando tal traço característico como consequência de uma considerável liberdade nos usos da internet e como causa de inovação cultural e tecnológica. Refere-se à condição de destinatário do usuário somente para destacar uma de suas dimensões, a qual é realçada nas relações envolvendo a transmissão de dados, e para não causar confusão com o conceito de provedor de aplicação.

Sendo uma certa liberdade nos usos da internet o pressuposto de um elemento descritivo da sociedade da informação, cujos resultados na vida social dizem respeito à produção material e imaterial do ser humano enquanto indivíduo situado num ambiente ao mesmo tempo formado por relações e símbolos culturais e por efeitos dos avanços tecnológicos, se torna mais evidente a importância da discussão sobre a disciplina que deve ser conferida ou não a essa certa liberdade. É nesse sentido que o direito será colocado como um dos pontos centrais em torno do qual orbitam as tratativas sobre o tema.

As análises sobre a necessidade de regulamentação do tema pelos ordenamentos normativos dividem-se em duas abordagens. Uma delas identifica-se com a aplicação de um controle *ex post*, isto é, a resolução caso a caso de conflitos provenientes da discriminação de pacotes de dados na rede, dispensando uma regulamentação prévia proibitiva de práticas discriminatórias em geral e/ou apoiando-se no modelo antitruste de combate a comportamentos anticoncorrenciais, ao passo que a outra abordagem propõe um modelo regulatório *ex ante*, expresso numa norma de preservação de

⁹ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. v. 1 (A sociedade em rede). São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 35.

neutralidade da rede a regular os conflitos de forma prévia e geral e cujas especificações variam conforme os “submodelos” possíveis de uma regulação *ex ante*.¹⁰

A variedade dos modos de incorporação da neutralidade da rede em um determinado ordenamento jurídico encontra sua causa na ponderação entre a segurança jurídica e a necessidade de flexibilização, a qual decorre do fato de que a internet não existe em uma realidade inteiramente etérea, senão encontra suas raízes em um conjunto de objetos que formam sua infraestrutura.¹¹

Tal como todas as demais coisas passíveis de mensuração e portadora de materialidade, também se sujeitam à regra da escassez os componentes infraestruturais da internet, os quais recebem uma demanda de uso maior que a oferta do crescimento de sua base física. Aponta-se, com isso, para a sensibilidade da questão do gerenciamento do tráfego na internet e para a possibilidade de congestionamentos prejudiciais aos usuários.¹²

Assim, com o fim de propiciar uma regulação que se julga adequada à preservação e à garantia da neutralidade da rede em harmonia com a fática necessidade de gerenciamento de tráfego, que pode importar em discriminação de pacotes de dados para garantir a estabilidade e a qualidade da rede, o Brasil deixa claro o tipo de modelo regulatório escolhido no artigo 9º do Marco Civil da Internet, que nem adere ao tipo *ex post* e tampouco a uma proibição total de quaisquer discriminações.

Esse dispositivo, ao mesmo tempo que determina uma proibição geral de condutas discriminatórias, prevê um regime de situações específicas em que, uma vez preenchidas as condições apontadas no texto normativo, são justificadas eventuais condutas dos provedores de acesso que tenham por objeto o tratamento não-isonômico de pacotes de dados.

As exceções admissíveis são nomeadas nos incisos I (requisitos técnicos indispensáveis para a prestação adequada dos serviços e das aplicações) e II (priorização dos serviços de emergência) do primeiro parágrafo do artigo 9º. Ainda assim, não basta que o objeto da

¹⁰ RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 40-41.

¹¹ RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 42-50.

¹² SILVA, Leandro Novais e; LEURQUIN, Pablo; BELFORT, André Costa. Os acordos de zero-rating e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede. *Revista de Defesa da Concorrência*. Brasília, v. 4, n. 1, 2016, p. 27-28.

conduta apresente identificação com esses discriminados entre parênteses. É preciso, de acordo com o texto da Lei, guardar os quatro requisitos estabelecidos no parágrafo 2º do mesmo artigo.

Os dois tipos de exceções à preservação da neutralidade da rede, conforme o parágrafo primeiro do artigo 9º, poderão ser regulamentados de forma mais pormenorizada – uma vez que a mera menção aos objetos das condutas admissíveis, conforme foi trazido no Marco Civil da Internet, é sobremodo vaga –, o que veio a ocorrer pela edição do Decreto n. 8.771/2016.¹³

Ademais, se soma à imprecisão daqueles termos a multiplicidade (dezoito, no total) de princípios, fundamentos e objetivos enumerados em caráter não excludente, o que, no entender de Ramos¹⁴ corresponde originalmente à pluralidade de interesses políticos e econômicos por ocasião da elaboração da Lei 12.965/2014 e que, em vez de ser uma canalização normativa da pacificação de conflitos daqueles interesses, poderá provocar o desencadeamento de novos e profundos conflitos.

Essa característica é imprescindível para compreender os debates que continuam a existir a respeito do tema, seja no meio político ou acadêmico, bem como para visualizar a amplitude de irradiação da discussão, que passa desde tópicos sobre a livre-iniciativa até a proteção do consumidor.

Tendo conhecido os traços gerais da estrutura regulatória optada pelo Brasil para o tratamento do tema, para os fins da presente pesquisa, que se ocupa especificamente da prática conhecida como *zero-rating*, se passa à análise do que se constitui propriamente

¹³ BRASIL. Decreto 8.771, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

“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. § 2º A Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel atuará na fiscalização e na apuração de infrações quanto aos requisitos técnicos elencados neste artigo, consideradas as diretrizes estabelecidas pelo Comitê Gestor da Internet - CGIbr.

Art. 8º A degradação ou a discriminação decorrente da priorização de serviços de emergência somente poderá decorrer de: I - comunicações destinadas aos prestadores dos serviços de emergência, ou comunicação entre eles, conforme previsto na regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel; ou II - comunicações necessárias para informar a população em situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública. Parágrafo único. A transmissão de dados nos casos elencados neste artigo será gratuita.”

¹⁴ RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 62-82.

tal conjuntura comercial para só então investigar quais figuras normativas aplicam-se ao caso. Isso é, discernir se o *zero-rating* é recepcionado por uma das duas classes de exceções prevista no Marco Civil da Internet e pormenorizadas no Decreto n. 8.711/2016 e, em caso afirmativo ou negativo, discernir quais e como as molduras teóricas são utilizadas pela administração pública brasileira para resolver o caso prático que será comentado.

3. A prática do *zero-rating*

Por *zero-rating* não se define apenas uma espécie de relação e uso na e da internet. Conforme Bates, Bavitz e Hessekiel,¹⁵ esse conceito enfrenta algumas dificuldades porque designam, em vez de um, vários modelos de iniciativas comerciais envolvendo provedores de acesso e provedores de aplicação. Dessa forma, no presente trabalho, o objeto sob discussão será considerado em seu sentido amplo. Em geral, essas práticas permitem ao usuário a utilização de uma ou mais aplicações ou serviços sem que o seu uso seja descontado na quantidade de dados consumidos disponibilizados. Isso pressupõe um contrato entre o provedor de acesso e o provedor de aplicação e outro contrato entre o usuário e o provedor de acesso, este oferecendo aquele um pacote de internet limitado na quantidade de dados transmitidos (franquia de dados).

Ao próprio conceito de *zero-rating* é inerente a discriminação do tráfego na internet, de maneira que fica superada *a priori* a discussão de sua compatibilidade com o conceito de neutralidade da rede.¹⁶ Restaria, em lugar disso, a questão de averiguar essa compatibilidade apenas em relação a um determinado tratamento de neutralidade da rede em um ordenamento jurídico em particular.

Outras possibilidades de investigação que se abrem diante de tal constatação dizem respeito à efetividade do *zero-rating* na promoção e difusão do acesso à internet; à relação entre as práticas de *zero-rating* e a competitividade no mercado de aplicações; e até aos efeitos sociopolíticos desses arranjos comerciais em países em desenvolvimento.

Assim, essa pluralidade de direcionamentos das análises do objeto repercute na variedade de argumentos favoráveis e contrários a esses tipos de contratos. Passa-se,

¹⁵ BATES, Samantha; BAVITS, Christopher; HESSEKIEL, Kira. Zero Rating & Internet Adoption: The Role of Telcos, ISPs & Technology Companies in Expanding Global Internet Access. *Workshop Paper & Research Agenda*. Cambridge, n. 9, 2017, p. 1-15. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 20 jul. 2020, p. 1-3.

¹⁶ MARINI-BALESTRA, Federico; TREMOLADA, Riccardo. The EU Debate on Net Neutrality: What About Zero-Rating? *Computer and telecommunications law review*. London, v. 21, n. 5, 2015, p. 115-119. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2994741>. Acesso em: 20 jul. 2020, p. 2.

pois, a elencar alguns dos pontos destacados nas obras de alguns autores.

Layton e Elaluf-Calderwood,¹⁷ em estudo dirigido em três países (Chile, Eslovênia e Países Baixos), destacam preliminarmente o que tomam como sendo as principais objeções gerais ao *zero-rating*: 1) a escolha sobre o conteúdo a ser acessado entraria no bojo de discricionariedade do provedor de acesso, e não do usuário, o que impactaria na capacidade de inovação e de investimentos do mercado; 2) prática anticoncorrencial em virtude da gratuidade total ou parcial destinada apenas a certas aplicações e serviços; e 3) criação de internets paralelas em razão da retenção dos usuários com menor condição de acesso em redes sociais populares, dificilmente podendo ir além desses ambientes virtuais.

Faz-se um aparte, uma vez que mencionados Eslovênia e Países Baixos, para oferecer uma perspectiva comparada da questão com relação ao tratamento dispensado pela União Europeia. Como se fez aqui desde as primeiras páginas, a questão do *zero-rating* entende-se dentro de um contexto mais amplo, o da neutralidade da rede. Na União Europeia, também a mesma contextualização é imprescindível, o que se manifesta normativamente através da Regulação (EU) 2015/2120.¹⁸

Já no primeiro artigo da regulação, é evidenciado o objetivo de assegurar o tratamento não-discriminatório e equitativo do tráfego de dados. Não obstante, o texto não prevê qualquer menção expressa às práticas *zero-rating*. O que há é que, conforme Brouwer¹⁹ explica, a legislação em comento proíbe a discriminação técnica no tratamento de dados, o que não se repete com o caso da discriminação comercial, na qual incide frequentemente o *zero-rating*, o que não impede o autor de levantar a posição pela necessidade de sua proibição total quando se considera os potenciais efeitos (não restritos apenas a um *approach* meramente econômico) desse tipo de discriminação comercial.

¹⁷ LAYTON, Roslyn; ELALUF-CALDERWOOD, Silvia. *Zero Rating: Do Hard Rules Protect or Harm Consumers and Competition? Evidence from Chile, Netherlands and Slovenia*. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 20 jul. 2020, p. 3.

¹⁸ Regulamento (EU) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de dezembro de 2015 que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta e que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrônicas e o Regulamento (UE) n.º 531/2012 relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União. Disponível em: <http://data.europa.eu/>.

¹⁹ BROUWER, Dennis. *Zero-rating and net neutrality in the European Union: what legal approach should the EU legislator adopt with respect to zero-rating offers where applications do not count towards the data cap of the consumer?* 63 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Tecnologia) – Tilburg University, Tilburg, 2017, p. 41-43.

Todavia, ao final de sua pesquisa, Layton e Elaluf-Calderwood²⁰ concluem que não se apurou que a prática de *zero-rating* provoque algum dano, podendo ter um impacto negligente, mas não negativo no mercado. O uso dessas práticas indicaria uma necessidade do operador de telefonia móvel para se manter na concorrência, o que acontece até de ser contrariado pelos resultados após a implementação desses acordos comerciais.

Bates, Bavitz e Hessekiel,²¹ em face da falta de consenso sobre a nocividade ou benefício do objeto, sugerem como forma benéfica, compatível e aceitável de *zero-rating* aquela cujo conteúdo oferecido nessas práticas seja relacionado a serviços de emergência, segurança e áreas de interesse público, como sites e aplicações mantidas pelo Estado. Mesmo assim, não deixam de enfatizar que daí também emergem outras dificuldades, como a possibilidade de abuso governamental da facilidade de acesso para implantar antidemocraticamente suas eventuais políticas.

A sugestão encontra um ponto de conexão com o debate brasileiro na medida em que aplicações *zero-rated* voltadas para serviços de emergência e segurança estariam, a deduzir pelas definições de Ramos,²² inclusas, respectivamente, nas exceções do inciso II e I, parágrafo primeiro, do artigo 9º do Marco Civil da Internet, encontrando ainda no Decreto regulamentador n. 8.771/2016 a específica previsão, no artigo 8º e seu parágrafo único, que as transmissões de dados necessárias para realizar comunicações em serviços de emergência ou em situações de risco de desastre ou calamidade pública deverão ser gratuitas.

Por fim, movendo uma objeção fortemente não-econômica que se contrapõe à defesa do *zero-rating* com base na aptidão deste na promoção e na ampliação do acesso à internet, Sylvain²³ parte do pressuposto de que tecnologias da comunicação são fundamentais para o engajamento na vida pública. Por isso, o sucesso da internet não deveria ser medido em taxas de acesso, senão do nível de engajamento. Além disso, levanta a possibilidade de ocorrer uma disparidade de recursos para comunicação e aprendizado,

²⁰ LAYTON, Roslyn; ELALUF-CALDERWOOD, Silvia. *Zero Rating: Do Hard Rules Protect or Harm Consumers and Competition?* Evidence from Chile, Netherlands and Slovenia. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 20 jul. 2020, p. 36-37.

²¹ BATES, Samantha; BAVITS, Christopher; HESSEKIEL, Kira. *Zero Rating & Internet Adoption: The Role of Telcos, ISPs & Technology Companies in Expanding Global Internet Access. Workshop Paper & Research Agenda.* Cambridge, n. 9, 2017, p. 1-15. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 20 jul. 2020, p. 5-6.

²² RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil.* 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 113-119.

²³ SYLVAIN, Olivier. *Integrative Information Platforms: The Case of Zero-Rating.* *Georgetown Law Technology Review.* Georgetown, v. 2, n. 2, 2018, p. 360-375. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 20 jul. 2020, p. 372-373.

que são vitais para a formação do conteúdo cultural da cidadania. O cenário ideal defendido pelo autor consiste na presença de infraestrutura de comunicação suficiente e igualmente disponível para todos.

De mais a mais, uma conclusão que se repete em vários dos autores mencionados é a falta de estudos empíricos que estejam aptos a mapear os efeitos do *zero-rating*. É nesse ponto que, tendo já oferecidos os conceitos centrais dos objetos apreciados nesta pesquisa e já opostos os correlatos argumentos, se poderá fazer descer a investigação a um âmbito mais específico consistente no modo como a autoridade administrativa brasileira está a decidir casos envolvendo a aplicação do modelo normativo de proteção da neutralidade da rede.

4. Apresentação de caso: a nota técnica n. 34 do CADE²⁴

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é estruturado pela Lei n. 12.529/2011,²⁵ a qual também lhe atribui os conteúdos e os limites de competência. Trata-se de autarquia federal a integrar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

A competência do CADE é expressa, através das atribuições do Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (art. 5º, inciso I), as quais compreendem, de acordo com o inciso II do artigo 9º da Lei 12.529/2011, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei.

Quanto à Superintendência-Geral, cabe a essa, por força do artigo 13 da referida Lei, proceder a procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para a apuração de infração à ordem econômica. Tem também em sua competência a capacidade de instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, bem como, diante da insubsistência de indícios, arquivar os autos inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório.

As infrações à ordem econômica, por sua vez, encontram-se arroladas ao longo dos dezenove incisos do artigo 36 do documento legal.

²⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71*. 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

²⁵ BRASIL. *Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 15 jul. 2020.

Vistos esses pontos iniciais, é de se compreender com clareza que a nota técnica sob análise é produto da manifestação da competência da Superintendência-Geral do CADE. Tendo sido aberto, por provocação em representação do Ministério Público Federal (MPF) contra quatro provedores de acesso e de telefonia móvel (sob nomes fantasia Tim, Oi, Claro e Vivo) inquérito administrativo para a apuração de infrações econômicas.

O Ministério Público Federal sustentava que as referidas empresas estavam incorrendo em práticas anticoncorrenciais infringentes das normas da Lei de Defesa da Concorrência e do Marco Civil da Internet em razão do estabelecimento de discriminações no acesso e no preço de aplicações na internet.

A causa disso é que as Representadas, que, consoante os parágrafos 129 ao 133 da nota, detêm quase a totalidade do mercado de telefonia móvel, estabeleceram acordos com provedores de aplicações. O objetivo era que, no plano de dados oferecido pelas Representadas, o uso das aplicações acordadas sem escolha do consumidor seja destituído total ou parcialmente de custos, ao passo que todas as outras aplicações estariam submetidas à cobrança ordinária conforme o valor e o limite de dados dos planos.

Na representação, o órgão ministerial traz uma variada argumentação que compreende aspectos econômicos e não econômicos quanto aos supostos prejuízos decorrentes da permissibilidade do *zero-rating* (entendido no sentido amplo, o qual abarca também modalidades específicas como o acesso patrocinado, em que provedor de aplicação remunera o provedor de acesso para que os usuários acessem sem custos as aplicações oferecidas), muito disso nas formas argumentativas já abordadas no tópico anterior: atentado à livre iniciativa e à neutralidade da rede; óbice ao investimento e à inovação tecnológica; segregação dos indivíduos transposta ao mundo virtual; e redução da participação cultural e política.

Nisso é possível observar que o Representante não se limitou a reproduzir objeções voltadas aos moldes normativos e teóricos da esfera concorrencial, o que guiou as manifestações das Representadas a arguir a parcial incompetência do CADE para a apreciação dos assuntos que fogem da regulação anticoncorrencial e de proteção à ordem econômica.

Outro elemento proposto pela defesa das Representadas consiste na alegação de que a argumentação ministerial se sustenta unicamente sobre frágeis especulações destituídas

de estudos empíricos que confirmem a suposta prejudicialidade de práticas comerciais envolvendo o *zero-rating*.

Por fim, as Representadas enfatizam que as condutas descritas não são anticoncorrenciais por não estarem situadas num modelo de empresa vertical, não fundarem qualquer relação de exclusividade contratual entre os provedores de acesso e de aplicações, e por serem práticas diferenciadoras nos modelos de negócio. Além disso, as condutas deveriam ser aferidas sob uma regra de razoabilidade, de forma que os diferentes modelos comerciais não sejam previamente banidos de forma geral, mas sim analisados caso a caso conforme se constatem evidências de efeitos negativos gerados por tais práticas.

Reunidos os pontos de tensão entre o Representante e as Representadas, a nota técnica n. 34, de 2017, passa a transcrever, além do entendimento do CADE, as considerações da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) por meio de pareceres em resposta aos ofícios expedidos pela Superintendência-Geral do CADE.

O MCTIC destacou que, embora o Decreto n. 8.771/2016 não faça menção proibitiva explícita ao *zero-rating*, uma interpretação extensiva de determinados dispositivos do documento (art. 9º, I e II; e art. 10., I) possibilitaria o enquadramento daquele modelo negocial como exceção defesa nas normas que regulam o princípio da neutralidade da rede no Brasil.

Segundo a redação do artigo 9º, II, ficam vedadas condutas unilaterais ou acordos entre os responsáveis pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento e os provedores de aplicações que priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais.

Em relação a esse dispositivo em específico, firmou, contudo, o entendimento de que a prática descrita não se trata de *zero-rating*, senão de *fast lane*, a qual se identifica com o estabelecimento de vias de velocidades distintas de tráfego, em que os dados de uma determinada aplicação trafega em maior velocidade em detrimento de outras aplicações.

Em todo caso, o MCTIC buscou realizar uma divisão conceitual ao afirmar que a vedação à discriminação de dados de que trata o princípio de neutralidade da rede diz respeito apenas a questões de tráfego (proibição de regras específicas de tráfego), e não a questões comerciais (possibilidade de diversos modelos de negócio). Entendeu que não há como

discernir, *a priori*, um atentado ao referido princípio, de forma a reputar inadequado o entendimento por uma proibição *ex ante*.

Quanto à alegação de violação às normas que visam proteger a concorrência e a livre iniciativa, o MCTIC também levou em consideração a complexidade envolvendo as práticas de *zero-rating* e a escassez de dados empiricamente demonstráveis para concluir que a acusação abstrata do Ministério Público Federal não poderia surtir os efeitos jurídicos que intentou.

A Anatel, a seu turno, acompanhou de forma próxima o entendimento exposto pelo MCTIC, tendo ainda destacado os benefícios da conduta representada na nota técnica sob estudo.

O CADE inicia seu parecer com a asserção sobre sua competência limitada para analisar as implicações das práticas de *zero-rating*: cabe ao Conselho tão somente a avaliação das relações e circunstâncias que tocam a disciplina anticoncorrencial, ainda que se materializem por práticas que ocorrem no mercado de produtos e serviços da internet. Portanto, a apuração dos elementos que indicariam uma quebra aos mandamentos da neutralidade da rede escapa da competência do CADE, reconhecendo, todavia, que a compreensão do tema não é prescindível para o escrutínio do caráter concorrencial da conduta em questão.

Assim, após relatar as posições do MCTIC e da Anatel em respeito à compatibilidade entre a conduta das Representadas e o conteúdo normativo do princípio da neutralidade da rede, o Conselho introduz os parâmetros de análise anticoncorrencial. Principia ao afirmar que, em vista de determinados modelos negociais não serem intrinsecamente nocivos à concorrência e, portanto, passíveis de gerar benefícios para a sociedade, a aplicação das normas antitruste deve guiar-se por um princípio de razoabilidade a discernir caso a caso em todas suas peculiaridades. Mesmo estabelecendo as particularidades da conduta e aferindo a posição de dominância dos agentes econômicos envolvidos, ainda assim seria necessário ponderar se a conduta, sendo anticoncorrencial, não traria mais benefícios que prejuízos à sociedade.

É nesse sentido que a compreensão da questão pelo CADE, não obstante restrita ao aspecto econômico concorrencial, aproxima-se da do MCTIC e da Anatel ao criticar a desviante abstratividade e a falta de conteúdo empiricamente demonstrado na exposição

do Ministério Público Federal e ao sustentar o uso de uma regra de razoabilidade para aplicação das normas correlatas ao caso.

A isso seguem as investigações do CADE sobre a relevância, natureza e distribuição do mercado no qual se inserem os serviços e produtos prestados pelas Representadas para, depois, analisar individualmente cada uma das condutas imputadas às quatro empresas de telefonia móvel, chegando à conclusão de que aquelas condutas não se subsomem nos tipos anticoncorrenciais da Lei 12.529/2011.

Um ponto que precisa receber destaque é que, conquanto a nota técnica centre suas considerações no aspecto concorrencial das práticas representadas no inquérito administrativo que lhe deu origem, também se trata o *zero-rating* do ponto de vista dos direitos do consumidor, cuja ofensa também foi rejeitada pelo CADE.

O destaque justifica-se na medida em que o tratamento legislativo no Marco Civil da Internet põe, lado a lado, a livre concorrência e a defesa do consumidor como fundamentos da disciplina do uso da internet no Brasil, conforme o artigo 2º, inciso V.

Igualmente devem ser mencionados os artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, ambos da Constituição da República, que estabelecem o projeto constitucional para a proteção ao consumidor e marcam a ascensão desta à qualidade de um dos princípios de toda atividade econômica.

As abordagens consumeristas, é verdade, são majoritariamente apenas ramificações da discussão concorrencial subjacente ao inquérito. Mas a resposta da Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Proteste), à qual foi expedido ofício para oportunizar sua manifestação, oferece ao assunto a expressão autônoma em dois tópicos: o direito de escolha do consumidor e a proibição à venda casada.

Quanto ao primeiro, cujo fundamento legal é aferido no artigo 6º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor, cumpre dizer que uma boa parte dos argumentos correlatos foram antecipados na seção anterior, ao se investigar os efeitos positivos e negativos do *zero-rating*. Porém, a própria análise da seção a que por ora se remete o leitor cuida de explicitar o caráter especulativo e a ausência de base empírica suficiente para apontar conclusivamente para uma ou outra direção.

Brito e Reis²⁶ também trabalham com a consideração do impacto que essa prática comercial exerce sobre os direitos do consumidor, a partir do ponto de vista do direito à livre formação da vontade. Eles avaliam que o *zero-rating* tem potencialidade para frustrar o exercício desse direito, tão logo se considera a concentração no domínio econômico e o poder de controle de informação de que gozam as empresas de telecomunicações. Isso afetaria, ainda segundo os autores,²⁷ especialmente as populações de baixa renda, cujo acesso à internet ocorre majoritariamente mediante aparelhos telefônicos e via dados móveis. Também aí é necessário destacar a qualidade especulativa da ponderação.

No que tange à caracterização do *zero-rating* como venda casada, a questão torna-se ainda mais problemática, pois, em primeiro lugar, o CADE não retorna ao assunto além da manifestação inicial da Proteste.

Em segundo lugar, e nisso está um ponto relevante, tome-se as definições de *zero-rating*, discriminadas na terceira seção desta pesquisa, e de venda casada, explicitada na vedação do inciso I, artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor²⁸ ao ato de “condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”.

Ocorre que a conjugação de ambos os conceitos é impossível de ser realizada apenas num plano abstrato. É que, como foi exposto alhures, o *zero-rating* engloba diversas estratégias comerciais, cada uma com suas próprias características e possibilidades combinatórias, em vez de definir-se como uma prática monolítica.

Desse modo, seria preciso investigar cada caso particular para chegar à conclusão sobre a configuração ou não do arranjo comercial como prática coibida pelo artigo 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

²⁶ BRITO, Brunna Victória Gurgel de Paiva; REIS, Ulisses Levy Silvério dos. Neutralidade da rede no Brasil: uma análise dos contratos de zero rating à luz da legislação brasileira de proteção ao consumidor e à livre concorrência. In: ARAÚJO, Francisco Marcos de; SALDANHA, Ana Clara Bezerra de Góis; AMARAL, Maria Teodora Rocha Maia do (Org.). *O direito e as novas tecnologias na sociedade da informação*. São Paulo: Dialética, 2021, p. 132-139.

²⁷ BRITO, Brunna Victória Gurgel de Paiva; REIS, Ulisses Levy Silvério dos. Neutralidade da rede no Brasil: uma análise dos contratos de zero rating à luz da legislação brasileira de proteção ao consumidor e à livre concorrência. cit., p. 135.

²⁸ BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 26 de março de 2022.

Tal ponderação é corroborada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor²⁹ que, ao tratar de modalidades de *zero-rating*, oferece a classificação como serviço não contabilizado em vez de venda casada, embora reconheça que possa haver arranjos de precificação diferenciada de serviços no uso da internet categorizáveis na última definição. Na mesma linha, a manifestação da Proteste afirma que a prática do *zero-rating* não é, por si só, lesiva, o que, novamente, demanda a análise de cada caso particular, ultrapassando as margens propostas pelo presente estudo.

5. Análise do caso: entre a neutralidade e a diversidade da rede

Considerações sobre qual modelo teórico dispõe da melhor prestabilidade para a ordem socioeconômica na resolução de conflitos originados da diversidade de formas de gerenciamento de tráfego da rede e da liberdade de modelos negociais transcendem os limites desta pesquisa.

O escopo é, antes, as formas teóricas e as colunas argumentativas expostas no tópico precedente, as quais informam como a autoridade administrativa brasileira interpreta o princípio da neutralidade da rede e se essa interpretação se assenta na respectiva estrutura normativa do tema, que, como exposto no primeiro tópico, é cunhada pelo caráter *ex ante* transposto num regime de exceções específicas sob abrigo de um mandamento geral antidiscriminatório de pacotes de dados.

Os relatados pareceres do CADE, do MCTIC e da Anatel erigem-se sobre um pressuposto comum, que se define na complexidade do objeto (*zero-rating*) e na impossibilidade de uma rejeição apriorística de um modelo de negócios.

As conclusões a que esse pressuposto leva o raciocínio das autoridades mencionadas são as ressalvas à regulação *ex ante*; a proposição de uma regra de razoabilidade e a conseguinte análise caso a caso.

Esses elementos argumentativos podem ser vertidos, sem prejuízo ao seu significado essencial, dentro de uma formulação teórica como a de Christopher Yoo.

²⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Acesso móvel à internet no Brasil: limites e bloqueios*. 2021. Disponível em: <https://idec.org.br/>. Acesso em: 26 de março de 2022, p. 9-10.

É que Yoo³⁰ dá início à sua crítica a partir da constatação da ambiguidade das práticas comerciais no ambiente da internet. Isto é, os efeitos negativos ou positivos de um determinado modelo de negócio são recobertos de uma imprevisibilidade que se deixa vencer apenas depois de um período de experimentação e de coleta de dados empíricos. Junta-se a isso a rápida inovação tecnológica própria das telecomunicações a contrastar com a inaptidão da legislação para acompanhar tais mudanças (*regulatory lag*), formando o conteúdo básico do conceito da humildade tecnológica (*technological humility*).

É por isso que Yoo³¹ considera que presunções em favor de um determinado modelo de arquitetura da rede preveniria os eventuais benefícios dos modelos comerciais. Propõe, então, que uma arquitetura menos restrigente, mantendo o benefício da dúvida através de uma regra de razoabilidade, permita as experiências de diversos tipos de negócios.

O efeito disso é realocar o ônus da prova para dentro do bojo de obrigações daquele que alega que um determinado modelo de negócio na internet é prejudicial à competitividade, cabendo ao que deduz tal alegação a apresentação de provas e evidências empiricamente demonstráveis que sustentem sua argumentação.

Até esse ponto, fica demonstrada já a subsunção dos pressupostos e das conclusões utilizados na nota técnica n. 34 do CADE por aquelas autoridades da administração pública indireta – encarregadas da apreciação de temas direta ou indiretamente relativos à neutralidade da rede no Brasil – dentro da moldura teórica fornecida do Christopher Yoo.

Resta dar continuidade ao raciocínio do autor para precisar o significado último a que aquelas formas teóricas guiam.

Yoo³² levanta as objeções de que a neutralidade da rede se baseia na falsa presunção de demanda homogênea aos usos da internet e que os advogados desse princípio partem de um foco errôneo nas relações entre os agentes econômicos atuantes na estrutura da rede mundial de computadores: o foco da proibição da discriminação de pacotes de dados estaria posto em um mercado já competitivo (provedores de aplicações) em vez de na

³⁰ YOO, Christopher S. Beyond Network Neutrality. *Harvard Journal of Law and Technology*. Cambridge, v. 19, n. 1, 2005, p. 1-77. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 6 jul. 2020, p. 7-12.

³¹ YOO, Christopher S. Beyond Network Neutrality. cit., p. 13-27.

³² YOO, Christopher S. Beyond Network Neutrality. *Harvard Journal of Law and Technology*. Cambridge, v. 19, n. 1, 2005, p. 1-77. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 6 jul. 2020, p. 27-37.

parte mais concentrada (*last mile*) da rede, dominada por poucos provedores de acesso. O caso do *zero-rating* é sobremodo ilustrativo do que Yoo atribui como erro de foco decorrente do conceito de neutralidade da rede, dado que, como visto no segundo tópico, se trata de uma discriminação entre aplicações.

A consequência disso é que a solução tomada pelo modelo estrutural de neutralidade da rede é a obrigação de compartilhar com os demais agentes econômicos a estrutura monopolizada pelos provedores de acesso. Isso significa, para Yoo,³³ em vez da quebra do monopólio ou oligopólio, a perpetuação destes.

Para tanto, o autor baseia-se na teoria econômica de que, ao compartilhar a estrutura desenvolvida por um mercado monopolizado, apenas se permite a prolongação deste, sem resultar em retornos benéficos adicionais ao consumidor. Verifica-se, em tal compartilhamento, a diminuição do potencial de investimento de outros entrantes. Competidores que tinham um motivo para investir em novas redes não o fazem, uma vez que a estrutura monopolizada da rede é forçadamente compartilhada. Além disso, a variação de modelos de negócios fornece um elemento a mais que o preço para apoiar a competitividade entre os agentes econômicos. Apenas tomando dimensão do preço em consideração, seria raro que jogadores menores pudessem competir com agentes econômicos de grande porte.

De mais a mais, Yoo³⁴ examina que a própria nomeação do princípio em destaque como “neutralidade” tende a ser problemática, posto que um princípio só pode ser aplicado de forma neutra após ser estabelecido, mas a própria escolha do princípio não pode jamais ser neutra. Ademais, regulações tendem a ser *ex ante*, o que não é compatível com toda a exposição teórica trazida nas linhas anteriores, de modo que o legislador não deve proibir ou impor certa prática até que se tenha evidências empíricas suficientes para comprovar o prejuízo ou benefício dessas.

Importante destacar que também autores que propõem o modelo regulatório com base no princípio de neutralidade da rede apontam algumas deficiências numa proibição total de discriminação. É o caso de Tim Wu,³⁵ que defende que algumas das ferramentas destinadas a realizar o princípio da neutralidade da rede são inadequadas. A sua maior

³³ YOO, Christopher S. Beyond Network Neutrality. cit., p. 48-53.

³⁴ YOO, Christopher S. Beyond Network Neutrality. cit., p. 25.

³⁵ WU, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*. Boulder, v. 2, n. 1, 2003, p. 141-176. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 5 jul. 2020, p. 142-158.

crítica dirige-se ao modelo de acesso aberto (*open access*), o qual constitui um tipo de estrutura de rede que beneficia apenas aplicações e serviços com maior resistência à latência da internet (*data applications*).

Contudo, sustentando posição cética sobre a possibilidade de uma mudança da situação economia básica na posição *last mile* da internet³⁶ e apontando existir evidências do problema de que os provedores de acesso tendem a visar benefícios de curto termo, em razão de que erigem discriminações no tráfego na rede para obter vantagens, Wu³⁷ opina pela necessidade de uma regulamentação proponente do princípio de neutralidade da rede.

A posição de Yoo,³⁸ diante de tudo que foi exposto, é de sustentar um princípio em substituição ao de neutralidade da rede, qual seja, o de diversidade da rede (*network diversity*).

Em evidência do fato de que a análise das razões do MCTIC, do CADE e da Anatel levou a uma identificação com o modelo teórico que desemboca no princípio de diversidade da rede, a própria pergunta que orientava inicialmente esta pesquisa (de que forma a autoridade administrativa brasileira interpreta o princípio da neutralidade?) encontra remodelados os termos que emprega. Isto é, não se trata de uma interpretação do princípio de neutralidade da rede conforme a legislação, mas sim a adoção de outra base principiológica e teórica com efeitos sobre as normas e as práticas relativas ao tema.

Visto como as duas teses se discernem com clareza uma em relação à outra, é de causar estranheza que, embora a legislação nacional consagre o princípio da neutralidade da rede, se faça a opção pelo arcabouço teórico do princípio da diversidade da rede. Porém, note-se que a introdução de tal teoria contrária surge, no Brasil, como produto de um exercício de ponderação de princípios.

A teoria encontra ressonância entre pesquisadores nacionais e, quanto a isso, se refere ao posicionamento que defende já existir no Brasil um regime híbrido em que a proibição *ex ante* à discriminação de pacotes de dados convive com um tratamento *ex post*

³⁶ WU, Tim; YOO, Christopher S. Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate. *Federal Communications Law Journal*. Washington DC, v. 59, n. 3, 2007, p. 575-592; Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 5 jul. 2020, p. 581-582.

³⁷ WU, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination. cit., p. 175.

³⁸ YOO, Christopher S. Beyond Network Neutrality. *Harvard Journal of Law and Technology*. Cambridge, v. 19, n. 1, 2005, p. 1-77. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 6 jul. 2020, p. 76-77.

referente para a avaliação de modelos comerciais.³⁹ Nas palavras dos autores, “a regra da neutralidade não abrange acordos comerciais, os quais se encontram no campo da liberdade negocial e não são regulados pelo Marco Civil”.⁴⁰

O posicionamento é ilustrativo da formação da compreensão do tema, ainda quando se considera que um de seus autores participou, na qualidade de advogado das Representadas, do inquérito administrativo no qual a nota técnica n. 34 se originou.

Para entender a argumentação dos autores, é necessário observar que ela se estrutura em dois pontos principais: 1) a posição do princípio constitucional da livre iniciativa; e 2) a interpretação unilateral do mandamento de não-discriminação do artigo 9º do Marco Civil da Internet.

O princípio constitucional da livre iniciativa identificaria a intervenção estatal, nesta incluída a atividade legislativa, como excepcional, o que se aplica, por conseguinte, ao regime legal relativo aos serviços de telecomunicações.⁴¹ Contudo, cabe objetar que o artigo 170 da Constituição⁴² não explicita a posição principal da livre iniciativa mesmo sob a literalidade do texto. Os fundamentos da ordem econômica são ordenados lado a lado e submetidos aos fins de existência digna e justiça social.

A Constituição, todavia, não expõe quais seriam todos os casos que compreenderiam as manifestações desses dois ditames, às quais a livre iniciativa é submetida. Assim, o mesmo texto prevê situações de intervenção estatal lastreadas em outros princípios e de forma não taxativa, de modo que cabe à legislação materializar a tensão dialética e especificar a ponderação entre ambos os direcionamentos.

Além disso, o artigo 3º, inciso VIII, do Marco Civil da Internet,⁴³ que promove a livre iniciativa nos negócios relativos ao uso da internet, a condiciona da seguinte forma:

³⁹ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LEMOS, Ronaldo; ADAMI, Mateus Piva; CARVALHO, Felipe Moreira de. A compatibilidade da prática de zero-rating com a previsão da neutralidade da rede. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 15, n. 2, 2019, p. 28.

⁴⁰ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LEMOS, Ronaldo; ADAMI, Mateus Piva; CARVALHO, Felipe Moreira de. A compatibilidade da prática de zero-rating com a previsão da neutralidade da rede. cit., p. 22.

⁴¹ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LEMOS, Ronaldo; ADAMI, Mateus Piva; CARVALHO, Felipe Moreira de. A compatibilidade da prática de zero-rating com a previsão da neutralidade da rede. cit., p. 9.

⁴² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 16 jul. 2020.

⁴³ BRASIL. *Lei 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

“desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei”, o que é lido pelos autores como critério restritivo ao mandamento de não-discriminação.⁴⁴

Há, todavia, mais razão em fazer o raciocínio inverso: 1) o inciso VIII do artigo 3º é condicionado ao respeito dos demais princípios elencados na lei; 2) o inciso IV do mesmo artigo erige como princípio “a preservação e a garantia da neutralidade da rede”; 3) o mandamento de não-discriminação é concretização da neutralidade da rede; 4) logo, a legislação brasileira, em vez de identificar os demais princípios como exceção ao da liberdade negocial, põe este último como exceção em função dos demais.

Portanto, a remissão a uma interpretação com base preponderante no princípio da livre iniciativa é insuficiente para obter uma resposta final sobre a licitude dos acordos comerciais em debate, considerando que já há legislação que indica a ponderação a ser feita.

Faz-se necessário, ainda, recorrer ao artigo 9º do Marco Civil da Internet, que estabelece o dever de “tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”. A isso se acompanhada a previsão de discriminação excepcional em caso de requisitos técnicos indispensáveis e priorização de serviços de emergência.

A norma é interpretada⁴⁵ de forma que por “discriminação” só se compreende no sentido unidimensional de prejuízo causado ao tráfego de pacotes de dados originados de uma determinada aplicação, deixando de contar com a possibilidade de que a discriminação possa ser feita de modo positivo e levando em conta apenas o vocábulo “conteúdo”, o que lhes permite concluir pela compatibilidade do *zero-rating*. Assim, também nesse ponto, há de se destacar a arbitrariedade interpretativa.

Por fim, embora se trate de um ponto menor por não concernir ao debate entre os tipos teóricos sobre o funcionamento e a estruturação das relações entre os agentes econômicos na internet, se faz a última ressalva à interpretação dada pelo MCTIC ao art. 9º, II, do Decreto n. 8.771/2016,⁴⁶ conforme transcrito na seção anterior.

⁴⁴ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LEMOS, Ronaldo; ADAMI, Mateus Piva; CARVALHO, Felipe Moreira de. A compatibilidade da prática de zero-rating com a previsão da neutralidade da rede. cit., p. 21.

⁴⁵ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LEMOS, Ronaldo; ADAMI, Mateus Piva; CARVALHO, Felipe Moreira de. A compatibilidade da prática de zero-rating com a previsão da neutralidade da rede. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 15, n. 2, 2019, p. 15-22.

⁴⁶ BRASIL. *Decreto 8.771, de 11 de maio de 2016*. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8771.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

Os elementos requeridos pelo dispositivo para caracterização da conduta defesa são: 1) a unilateralidade da conduta ou o acordo entre provedores de acesso e provedores de aplicações; 2) priorização de pacote de dados; 3) existência de arranjo comercial como razão da priorização.

Assim como, é verdade, o inciso não menciona explicitamente a designação “*zero rating*”, também não o faz em relação a “*fast lane*”, conforme pretende a argumentação do MCTIC. Além disso, os elementos do dispositivo também se adequam à descrição das práticas de *zero-rating* conforme o que se apresentou alhures, não subsistindo qualquer fundamento lógico, senão, no máximo, de autoridade, para imprimir uma das interpretações em caráter único e exclusivo.

6. Conclusão

A aplicação do princípio da neutralidade da rede encontra-se presente nas discussões relativas a vários ordenamentos jurídicos das sociedades da era da informação, pois diz respeito à regulamentação dos usos e da estruturação da internet e ramifica-se para consequências de cunho econômico e sociopolítico, desde impactos nas medidas de proteção à concorrência e ao consumidor até a participação cultural e política dos cidadãos em função dos conteúdos que consomem na rede.

As tentativas de propor o que se julga a melhor forma de reger e lidar com esses efeitos do uso e da estrutura da internet informam a problemática em que se insere as teorias formuladas por Tim Wu e Christopher Yoo, cujo embate entre a defesa da neutralidade da rede e a alternativa para a diversidade na rede se faz ouvir também no Brasil.

O artigo aponta que, mediante uma adaptação de tal discussão ao contexto nacional, os pesquisadores e as autoridades administrativas do País veem prolongar-se os conflitos de interesses e de princípios que já existiam à época dos debates legislativos para a aprovação do Marco Civil da Internet. A pluralidade principiológica traduz-se numa complexidade que, por sua vez, desemboca na ampliação da liberdade decisória das autoridades judiciais e administrativas.

Todavia, a legislação em comento, por mais sobejante em normas principiológicas que seja, estabelece a direção em que as técnicas de ponderações devem ser feitas: o ordenamento jurídico brasileiro opta por um modelo restritivo *ex ante* de aplicação da neutralidade da rede, com a admissão de exceções de ordem técnica e emergencial, não

comercial. Dessa forma, não há sentido em propor uma ponderação de princípios para mitigar um comando não-discriminatório, o qual é, ao mesmo tempo, a medida das ponderações e das mitigações.

Posto de outro modo, conclui-se que o Marco Civil da Internet não suprime o princípio da livre iniciativa, ainda mais quando se toma em consideração que o serviço de provimento de acesso, conexão e aplicações cabe a agentes privados, de modo que a proibição de alguns modelos comerciais como o *zero-rating* na qualidade ataque à livre iniciativa não é tão evidente como se possa desejar.

O que a referida legislação faz a respeito do princípio da livre iniciativa é estabelecer o grau da sua realização deste. Ocorre que a alteração desse grau não é realizável mediante investigação científica, mas por atividade legislativa, de maneira que a aceitação das práticas de *zero-rating* no Brasil depende sobretudo da reforma das normas em vigor.

Assim, conclui-se, da investigação de como a autoridade administrativa brasileira entende deve ser concretizado o princípio da neutralidade da rede, que, na nota técnica n. 34 do CADE, há a adoção de um modelo distinto de estrutura da rede, qual seja, o de diversidade da rede em detrimento do de neutralidade da rede. Os pressupostos e as conclusões da decisão, sem aqui tomar em apreciação se benéficos ou nocivos para a sociedade, contrariam a estrutura normativa do Marco Civil da Internet para o tema.

7. Referências

BATES, Samantha; BAVITS, Christopher; HESSEKIEL, Kira. Zero Rating & Internet Adoption: The Role of Telcos, ISPs & Technology Companies in Expanding Global Internet Access. *Workshop Paper & Research Agenda*. Cambridge, n. 9, 2017, p. 1-15. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRITO, Brunna Victória Gurgel de Paiva; REIS, Ulisses Levy Silvério dos. Neutralidade da rede no Brasil: uma análise dos contratos de zero rating à luz da legislação brasileira de proteção ao consumidor e à livre concorrência. In: ARAÚJO, Francisco Marcos de; SALDANHA, Ana Clara Bezerra de Góis; AMARAL, Maria Teodora Rocha Maia do (Org.). *O direito e as novas tecnologias na sociedade da informação*. São Paulo: Dialética, 2021, p. 111-148.

BROUWER, Dennis. *Zero-rating and net neutrality in the European Union: what legal approach should the EU legislator adopt with respect to zero-rating offers where applications do not count towards the data cap of the consumer?* 63 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Tecnologia) – Tilburg University, Tilburg, 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Inquérito Administrativo nº08700.004314/2016-71*. 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. v. 1 (A sociedade em rede). São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DENARDIS, Laura. *The Global War for Internet Governance*. Londres: Yale University Press, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Acesso móvel à internet no Brasil: limites e bloqueios*. 2021. Disponível em: <https://idec.org.br/>. Acesso em: 26 de março de 2022.

LAYTON, Roslyn; ELALUF-CALDERWOOD, Silvia. Zero Rating: *Do Hard Rules Protect or Harm Consumers and Competition?* Evidence from Chile, Netherlands and Slovenia. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MARINI-BALESTRA, Federico; TREMOLADA, Riccardo. The EU Debate on Net Neutrality: What About Zero-Rating? *Computer and telecommunications law review*. London, v. 21, n. 5, 2015, p. 115-119. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LEMOS, Ronaldo; ADAMI, Mateus Piva; CARVALHO, Felipe Moreira de. A compatibilidade da prática de zero-rating com a previsão da neutralidade da rede. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 15, n. 2, 2019, p. 1-32.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2015.

SILVA, Leandro Novais e; LEURQUIN, Pablo; BELFORT, André Costa. Os acordos de zero-rating e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede. *Revista de Defesa da Concorrência*. Brasília, v. 4, n. 1, 2016, p. 21-56.

SYLVAIN, Olivier. Integrative Information Platforms: The Case of Zero-Rating. *Georgetown Law Technology Review*. Georgetown, v. 2, n. 2, 2018, p. 360-375. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2015/2120* do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta, 25 nov. 2015. Disponível em: <http://data.europa.eu/>. Acesso em: 30 mar. 2020.

WU, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*. Boulder, v. 2, n. 1, 2003, p. 141-176. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 5 jul. 2020.

WU, Tim; YOO, Christopher S. Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate. *Federal Communications Law Journal*. Washington DC, v. 59, n. 3, 2007, p. 575-592; Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 5 jul. 2020.

YOO, Christopher S. Beyond Network Neutrality. *Harvard Journal of Law and Technology*. Cambridge, v. 19, n. 1, 2005, p. 1-77. Disponível em: <https://ssrn.com/>. Acesso em: 6 jul. 2020.

Como citar:

DIÓGENES, George Lucas Souza; COSTA, Rodrigo Vieira. A aplicação do modelo de exceção a práticas discriminatórias de tráfego da internet no Brasil: as práticas *zero-rating* em análise da Nota Técnica n. 34 do CADE. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 1, 2023. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-marco-inicial-da-contagem/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

5.9.2022

Aprovado em:

27.4.2023